



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando  
è tratto da un volume pubblicato su  
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

### **CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO**

---

**SOMMARIO:** 1. Significato normativo e funzione suppletiva del concorso. – 2. Varie concezioni e condotta concorsuale. – 3. I requisiti del concorso. – 4. L'elemento soggettivo del concorso: il previo concerto. Concorso e fattispecie associative. – 5. Problemi di costituzionalità: rapporti tra il principio "*Lex praevia, semper certa et stricta*", ex artt. 1 c.p., 25, 2° comma, Cost., e la nuova fattispecie criminosa del «concorso esterno in associazione di tipo mafioso». – 6. Note conclusive sulla condotta concorsuale.

**Riferimenti normativi:** artt. 110 c.p.; 416 c.p.; 416-*bis* c.p.; 25, 2° comma, Cost.; 24, 2° comma, Cost.

---

#### **1. Significato normativo e funzione suppletiva del concorso**

Ai fini di una corretta ed adeguata valutazione dei rapporti tra il concorso di persone e il reato plurisoggettivo, va subito detto che il concetto di concorso è evincibile dalle disposizioni che lo prevedono e disciplinano: è tipicamente un concetto normativo. La *regula juris* del concorso di più persone nel «medesimo reato» svolge il ruolo, veramente significativo, di ampliare l'ambito di operatività delle previsioni di reato monosoggettive, nel senso di consentirne la realizzazione plurisoggettiva. Posto che nel nostro ordinamento fondato, fin dall'art. 1 c.p., sul principio di legalità, i fatti di reato sono rigidamente tipizzati, senza l'art. 110 c.p. le condotte descritte nella fattispecie monosoggettiva, ma realizzate in forma plurisoggettiva, non potrebbero essere valutate, pur esprimendo un accentuato disvalore giuridico<sup>1</sup>. Com'è stato correttamente osservato, «la causa di concorso vive di tutti gli apporti che appaiono premesse indispensabili del risultato che in varia misura, ma sempre in qualche misura, consegue da essi. Può risultare difficile graduare l'efficienza causale dei comportamenti in concorso, ma tutti devono avere un rilievo anche minimo nella fase ideativa o esecutiva del reato. L'apporto causale, cioè, può essere lontano o prossimo al risultato antigiuridico, ma deve essere sempre in qualche misura rilevante per la produzione di esso»<sup>2</sup>. In definitiva, la causa di concorso è sostanzialmente caratterizzata da plurimi apporti individuali di vario rilievo, ma tutti tipologicamente indispensabili ad integrare la condotta antigiuridica idonea a

---

<sup>1</sup> Così, senza l'art. 110 c.p. non sarebbe possibile, nel caso di omicidio commesso in concorso, distinguere, per le adeguate valutazioni giuridiche, l'oggettiva convergenza di comportamenti dalla condotta unitaria, ma realizzata da più persone.

<sup>2</sup> Cfr. PATERNITI, *La causa del fatto reato*, Milano, 1994, 128; VALIANTE, *La criminalità*, cit., 19-27, il quale evidenzia che le condotte che collaborano alla realizzazione del reato, senza svolgerne l'intera ipotesi tipica, non sono riconducibili ad una fattispecie specifica e, pertanto, essendo atipiche, non sarebbero punibili se non fossero assunte nella nuova fattispecie combinata e valutate come se fossero tipiche anch'esse.

produrre il risultato (“Azione adeguata a produrre il risultato”)<sup>3</sup>. È evidente, allora, che, ai fini della sussistenza del concorso di persone nel reato, pur non occorrendo la prova del previo concerto tra i concorrenti, è necessario, tuttavia, dimostrare che ciascuno di essi abbia agito per una finalità unitaria, con la consapevolezza del ruolo svolto dagli altri e con la volontà di agire in comune<sup>4</sup>. Non può revocarsi in dubbio, pertanto, che il concorso di persone sia un istituto suppletivo che spiega i suoi effetti ogni qualvolta la condotta, che contribuisce alla realizzazione della fattispecie criminosa, non è prevista dalla norma incriminatrice specifica: l’art. 110 c.p. equipara alla condotta antiggiuridica tipica, rendendole punibili, **condotte** che altrimenti non lo sarebbero, proprio perché incomplete (**atipiche**), pur essendo connesse in relazione all’evento da tutti voluto. Così, mentre chi svolge la condotta tipica è autore o coautore del reato e, per ciò stesso, punibile in base alla norma incriminatrice specifica, il concorrente, invece, realizzando soltanto una parte della fattispecie con un contributo alla condotta tipica dell’autore, diventa partecipe ed è punibile in virtù dell’art. 110 c.p. Ai coagenti e ai partecipi viene attribuita dal codice la qualifica di «concorrenti» (artt. 116, 117 c.p.). Ecco, allora, qual è, com’è stato osservato, «la formula che a noi sembra meglio esprimere l’essenza del concorso: è vietato dare un contributo “medio” alla realizzazione di una delle fasi del concorso (ideazione, decisione, preparazione, esecuzione) ... in altri termini: si può essere concorrenti quando, rispetto ad altri soggetti che agiscono per realizzare il medesimo fine criminoso, si fa lo stesso, oppure quando si fa altrettanto. Questa è una differenza essenziale ... quando si fa lo stesso, l’accertamento del fatto di concorso dipende da un giudizio d’identità: in tal caso, il giudizio è puramente naturalistico, perché si tratta di accertare l’uguaglianza di due condotte ... quando si fa altrettanto, l’accertamento del fatto di concorso dipende da un giudizio di equivalenza, ossia da un giudizio di valore»<sup>5</sup>. L’art. 110 c.p. è tuttora in vigore proprio perché ha avuto, sul piano storico, il merito di sollecitare l’interprete a riconoscere nell’equivalenza tra i concorrenti la *substantia* della compartecipazione criminosa. Non è, dunque, senza una profonda ragione se nel concorso di persone nel reato il legislatore ha adottato la teoria monistica, ripudiando le varie e antiche figure di compartecipazione primaria, se-

<sup>3</sup> Cfr. PATERNITI, *La causa*, cit., 131: «Il giudizio d’adeguatezza investe, dunque, l’azione. Azione causalmente efficiente è quella adeguata a produrre il risultato ... Azioni inadeguate alla produzione del risultato non possono servire alla spiegazione causale dei fatti. L’uso di un fucile scarico non può cagionare la morte dell’uomo».

<sup>4</sup> Cfr., tra le altre, Cass., sez. VI, 10-7-2003, D’Amico, rv. 227321 (Fattispecie in cui il concorso nel reato di turbata libertà degli incauti è stato ritenuto sussistente a carico del Presidente della Commissione giudicatrice della gara d’appalto, nonché Presidente dell’Ente appaltante che non aveva impedito l’evento turbativo, pur avendone l’obbligo giuridico, omettendo di intervenire sul comportamento delittuoso di un dipendente); cfr. anche, per quanto riguarda il concorso di persone nel reato, quando l’attività sia ancora *in itinere*, Cass., sez. III, 5-3-1996, Mele, rv. 204868.

<sup>5</sup> Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti*, cit., 25 e 29; cfr. anche 30: «... l’influenza del partecipe è presunta *juris et de jure* ogni qualvolta sussista un fatto di equiparazione: è accertata dal giudice di merito nel caso concreto ove il fatto di equiparazione manchi»; cfr., inoltre, 42: «Si discute da venti secoli se l’uccisione di Giulio Cesare sia stata un assassinio o un tirannicidio legittimo; ma nessuno dubita che i cesaricidi siano tutti nella stessa posizione e a tutti vada attribuito – a seconda dei punti di vista – il merito o la colpa della morte del dittatore. Quando i concorrenti fanno tutti lo stesso, la pena non può che essere la medesima per tutti, per evidenti ragioni di giustizia».

condaria, morale, psichica, formale, di correttezza, di complicità *et similia*, ed accogliendo il principio dell'equivalenza delle cause: tutti i tentativi di fissare le diverse specie di concorso sono risultati insoddisfacenti e in sede dottrinale e sotto il profilo giurisprudenziale.

Dalle considerazioni fin qui svolte discende che, com'è stato correttamente osservato, occorre inserire nell'art. 110 c.p. il capoverso: «È concorrente colui che, in una delle fasi del concorso, compie atti od omissioni di rilevante utilità per la realizzazione del fine criminoso comune ... i principi che giustificano la rilevanza della condotta di concorso sono due: premesso che per la “condotta di concorso” intendiamo, sotto il profilo soggettivo, la condotta volontaria e consapevole ed efficace, diretta ad un fine criminoso, la rilevanza dell'efficacia della condotta dipende: A) ove possibile, da un fatto di equiparazione tra i contributi dei concorrenti; B) ove manchi il fatto di equiparazione, da una concreta rilevanza della condotta del concorrente che deve avere la stessa importanza di quella di un altro concorrente»<sup>6</sup>. Se quanto precede è esatto, il concorrente deve rendersi conto di contribuire alla realizzazione del fine criminoso altrui e l'atteggiamento psicologico del concorrente può essere caratterizzato da dolo eventuale. Solo in presenza di tale componente soggettiva, si può ritenere che «concorrano le persone e non solo le condotte nel loro aspetto materiale»<sup>7</sup>. La compartecipazione criminosa, pertanto, è la manifestazione di quel fenomeno generale che va sotto il nome di «associazione»: per conseguire certi scopi è indispensabile mettere insieme le energie di più persone, giacché, «*viribus unitis*, non poche imprese (intendendo questa espressione nel senso più ampio), altrimenti irrealizzabili, possono essere condotte a termine»<sup>8</sup>. In siffatte ipotesi le azioni dei singoli si integrano a vicenda e costituiscono un'operazione unica, sicché ben può dirsi, secondo l'antica massima criminalistica: *quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*. In sintesi, è autore chi compie un'azione che, valutata in se stessa, è conforme a quella descritta nella norma incriminatrice; partecipe è l'individuo che pone in essere una condotta che di per sé sola non può essere sussunta nella fattispecie criminosa. L'art. 110 c.p., pertanto, «svolge una funzione incriminatrice *ex novo* di una condotta “atipica”. Perciò, non può applicarsi alla condotta “tipica” del concorrente necessario, poiché già prevista come elemento costitutivo nella fattispecie del reato plurisoggettivo ... si tratterebbe, altrimenti, di *analogia in malam partem* dell'art. 110»<sup>9</sup>. Ma se così è, appare evidente che non è ontologicamente configurabile il concorso, *ex art. 110 c.p.*, nell'associazione per delinquere semplice e di tipo mafioso, perché si tradurrebbe, in ultima analisi, sempre nel fatto tipico previsto dagli artt. 416, 416-bis c.p.: è veramente difficile, per non dire impossibile, ipotizzare un contributo del c.d. *extraneus* al sodalizio criminoso che non rientri direttamente nell'ambito di operatività della partecipazione punibile *tout court ex artt. 416, 416-bis c.p.*

Così sintetizzato il problema del concorso di persone nel reato, ci si chiede, *incidenter*

<sup>6</sup> Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti*, cit., 69.

<sup>7</sup> Cfr. PROSDOCIMI, *Dotus*, cit., 194.

<sup>8</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., cit., 480.

<sup>9</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 551; cfr., per la tesi della non configurabilità del concorso, *ex art. 110 c.p.*, nell'associazione per delinquere, l'esauritiva motivazione di Cass., 11-11-1987, *CP*, 1989, 34, con nota di DE LIGUORI.

*tantum*, se la vigente disciplina dell'art. 110 c.p. contrasti con il principio di colpevolezza<sup>10</sup> e con il canone di tipicità dell'illecito, configurando un conflitto con il principio costituzionale di determinatezza/tassatività<sup>11</sup>. La clausola generale dell'art. 110 c.p. («Quando più persone concorrono nel medesimo reato ...») può risultare pericolosamente indeterminata, in mancanza di criteri idonei a determinarne la portata<sup>12</sup>, con la conseguenza aberrante: a) di applicare tale norma anche a fattispecie criminose (artt. 416, 416-bis c.p.) caratterizzate normativamente da plurime condotte tipiche; b) di ampliare, oltre ogni ragionevole misura e senza la benché minima giustificazione, l'ambito di operatività delle predette norme incriminatrici, in violazione del principio di legalità e, quindi, del divieto dell'*analogia in malam partem*. Ciò vale anche a voler prescindere dalla considerazione, di tipo elementare, che non si vede come più persone – i c.d. *extranei* – possano concorrere nel reato di associazione per delinquere, semplice o di tipo mafioso, successivamente alla sua costituzione e realizzazione! In siffatta ipotesi, infatti, non può parlarsi, per la contraddizione che non lo consente, di “concorso nel medesimo reato”: non può essere “medesimo”, per i c.d. *extranei*, il reato che è stato già realizzato dai concorrenti necessari<sup>13</sup>, con la conseguenza che o gli *extranei* realizzano la condotta tipica della partecipazione, punibile *ex* artt. 416, 416-bis c.p., o pongono in essere una condotta penalmente irrilevante: *tertium non datur*.

## 2. Varie concezioni e condotta concorsuale

Una volta precisato (par. 1) il significato dell'espressione «concorso nel medesimo reato», appare a tutta prima imprescindibile evidenziare – sempre al precipuo fine di ulteriormente chiarire i rapporti e la compatibilità o meno tra l'art. 110 c.p. e gli artt. 416, 416-bis c.p. – che, secondo la concezione tradizionale, la compartecipazione criminosa è configurabile come unità di reato con pluralità di agenti (**teoria monistica ed unitaria**). L'opinione contraria<sup>14</sup>, che ipotizza un «reato di concorso» non può essere, a mio avviso, condivisa, giacché nella compartecipazione criminosa le plurime condotte con-

<sup>10</sup> Cfr. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, RIDPP, 1984.

<sup>11</sup> Cfr. gli autori richiamati da DONINI, *La partecipazione*, cit., 175, nt. 1; GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* a cura di Stile, Napoli, 1991.

<sup>12</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1998, 372.

<sup>13</sup> Medesimo, agg. e pron.: quello, quella cosa nominata prima, *idem, eadem, idem*. Stesso, aggettivo: identico, medesimo; cause assai simili tra loro o piuttosto le stesse, *causae simillimae inter se vel potius eadem*, Cic.; nello stesso tempo (simultaneamente), *uno tempore*.

<sup>14</sup> Cfr., per quanto riguarda i sostenitori della teoria pluralistica, MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, 198 ss., con bibliografia; BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958, 22. L'Autore afferma che nel concorso di persone ciascun soggetto è responsabile di aver realizzato una diversa fattispecie; tale indirizzo è condiviso anche da PAGLIARO, *Principi*, cit., 552 s.; cfr. anche DELL'ANDRO, *La fattispecie*, cit., il quale afferma, invece, che il reato concorsuale, pur essendo riconducibile a plurime condotte, ha una sua autosufficienza lesiva; cfr., infine, per un tentativo di sintesi, NUVOLONE, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, RI, 1959, 1085.

vergono nell'unico risultato e, cioè, nel fatto vietato dalla legge. Non a caso nell'art. 110 c.p. è contenuta l'espressione, veramente significativa, "Quando più persone concorrono nel medesimo reato". Con riferimento alle dominanti teorie del concorso criminoso, ci si riferisce principalmente a quella dell'accessorietà ed a quella della fattispecie pluri-soggettiva eventuale. La prima, sorta in Germania, fondata appunto sul principio della natura accessoria della partecipazione, sostiene che nel reato perpetrato da più persone è sempre configurabile un'azione principale, da cui sono distinguibili le azioni secondarie, poste in essere da quelli che istigano o aiutano a commettere un determinato reato: le azioni dei partecipi (o «partecipanti») in tanto hanno un significato in quanto vengono collegate col reato commesso dall'agente principale. Tali azioni di per sé non sono punibili, non realizzando la fattispecie tipica prevista dalla norma incriminatrice, ma diventano punibili in virtù delle norme sul concorso criminoso che, pertanto, hanno efficacia estensiva (**natura «condizionale» del concorso**). In definitiva, «la teoria dell'accessorietà subordina la rilevanza penale del contributo atipico di partecipazione alla realizzazione della condotta principale di autore, tipicizzata dalla fattispecie incriminatrice ... Si può, quindi, ipotizzare una accessorietà minima, che presuppone una nozione di reato come fatto conforme al modello legale, limitata, che richiede, accanto alla tipicità, l'antigiuridicità del fatto principale, estrema, che affianca ai due precedenti requisiti quello della colpevolezza»<sup>15</sup>.

Ora, la dottrina della natura accessoria della compartecipazione criminosa a me pare del tutto insoddisfacente, proprio perché considera le varie condotte dei *soci sceleris* isolatamente, come se fossero "monadi" indipendenti tra loro, mentre in concreto sono connesse, materialmente e moralmente, formando un tutt'uno finalizzato al perseguimento di uno scopo comune: il fatto dell'autore non è ontologicamente estraneo a quello del c.d. partecipe. Ma v'è di più. La dottrina dell'accessorietà non ha alcuna ragion d'essere nel caso di reato perpetrato da più coautori, senza l'intervento di alcun partecipante. Né miglior pregio ha la teoria secondo cui la base del concorso criminoso va ravvisata nel principio di causalità<sup>16</sup> (**concausazione del fatto antigiuridico**): tutte le condizioni che cooperano a determinare l'evento si equivalgono e ogni persona che concorre a produrlo lo cagiona nella sua totalità. Orbene, la supposta equivalenza delle condizioni, lungi dal poter essere dimostrata, è, a dir poco, discutibile, essendo in contrasto con il diritto positivo che non considera equivalenti le condotte dei vari compartecipi: alcuni aggravamenti e attenuazioni di pena sono correlati ad una diversa rilevanza causale delle plurime condotte. Non può e non deve passare inosservato, d'altro canto, che il principio di causalità prescinde *tout court* dalla componente psi-

<sup>15</sup> Cfr. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, *Digesto/pen.*, Torino, 1988, 445; cfr. anche, sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa, GABRIELI, *L'orientamento moderno dei concetti di autore dell'infrazione e di partecipazione all'infrazione*, *AP*, 1957, I, 89; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 36 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; SAMMARCO, *Il concetto di autore e partecipe del reato nella più recente dottrina tedesca*, *RI*, 1979; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 114.

<sup>16</sup> La teoria della causalità, accolta nella Relazione ministeriale al Progetto definitivo del nostro codice, è molto diffusa nella dottrina tedesca. Cfr. V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Vol. II, 1930, 448 ss.; cfr. anche RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*<sup>2</sup>, Milano, 1952, 16.

cologica, grandemente importante nella disciplina del concorso di persone. Com'è stato correttamente osservato, peraltro, la crisi della teoria dell'accessorietà è «anzitutto determinata dall'irriducibilità ai suoi canoni dell'ipotesi di esecuzione frazionata del reato. Dove "i requisiti dal cui insieme si costituisce un'offesa non si riscontrino tutti nel comportamento di un medesimo soggetto, ma appaiono invece suddivisi tra le condotte di più soggetti, nessuna delle quali, isolatamente considerata, appare fornita delle note della tipicità e dell'antigiuridicità. L'offesa prende vita, appunto, dall'incontro e dalla fusione di queste condotte collegate tra loro"»<sup>17</sup>. La *substantia*, quindi, della compartecipazione criminosa è riconducibile al fenomeno generale che anche *in rerum natura* viene considerato "associazione": *viribus unitis*, con divisione di ruoli e compiti, è più agevole il raggiungimento del fine comune e così i contributi dei singoli associati vengono a perdere la loro individualità. Nella compartecipazione criminosa si viene a realizzare un'associazione di diverse volontà finalizzate alla realizzazione dello stesso evento, sicché ciascun partecipe deve rispondere degli atti compiuti personalmente, ma anche di quelli posti in essere dai correi, dovendosi considerare l'evento verificatosi come l'effetto dell'azione combinata di tutti i concorrenti<sup>18</sup>. Tale "costruzione" del fenomeno associativo è all'unisono con i principî generali del diritto, essendo imputabili all'uomo non soltanto le dirette conseguenze del suo agire, ma anche quelle dei fatti esterni che egli ben avrebbe potuto e dovuto prendere in considerazione. Com'è stato correttamente osservato, "forse non uccide chi lega un uomo all'albero di una nave che affonda"? Senza dubbio, a questo criterio generale si ispira l'antica massima criminalistica: *quis per alium facit per se ipsum facere videtur* ... «La responsabilità dei vari compartecipi trova la sua giustificazione appunto nel fatto che tutti ne sono autori, perché a ciascuno di essi appartiene l'operazione complessiva che ha dato origine al reato medesimo»<sup>19</sup>. A tale conclusione si perviene anche sulla base della considerazione che, alla stregua dell'art. 110 c.p., tutti i compartecipi sono considerati come autori e ciascuno di essi soggiace alla pena stabilita per il reato commesso, «salve le disposizioni degli articoli seguenti». Quanto fin qui esposto rende veramente inconcepibile il concorso esterno nel reato associativo, giacché, se la condotta del c.d. *extraneus* si integra con quella del membro del sodalizio criminoso, c'è quanto basta per ipotizzare una vera e propria partecipazione punibile *tout court ex art. 416-bis* c.p., a meno che non si voglia configurare – ma ciò sarebbe giuridicamente e logicamente assurdo – una partecipazione autonoma e distinta rispetto a quella tipica contemplata negli artt. 416, 416-*bis* c.p. Tale conclusione è conforme, d'altro canto, alla **teoria monistica** accolta dal legislatore nel concorso di persone nel reato, secondo cui l'evento è posto a carico di tutti i con-

<sup>17</sup> Cfr. M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 54, 55; INSOLERA, *Concorso*, cit., 456.

<sup>18</sup> Cfr., in tal senso, Cass., sez. I, 8-5-1998, Negri, rv. 210806; Cass., sez. I, 28-1-1998, Mendoza, rv. 210757; cfr. anche, per quanto riguarda il carattere decisivo dell'unitarietà del «fatto collettivo» realizzato per la configurabilità del concorso di persone nel reato, Cass., sez. VI, 27-2-1995, Gherrino, rv. 203077.

<sup>19</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., cit., 481-482; cfr. anche MORO, *Unità e pluralità di reati, Principî*, Padova, 1959, 5 e 6: «... l'unità del reato non si può determinare, se non in quanto si stabiliscono, altresì, l'antigiuridicità penale sostanziale costante e l'antigiuridicità penale formale ... Unità ed antigiuridicità si presentano come attributi essenziali del fatto, tali che ne fanno appunto un reato».

correnti (principio dell'equivalenza delle cause), proprio perché il reato è di tutti e di ciascuno di quelli che vi presero «parte»<sup>20</sup>, è il risultato della comune cooperazione morale e materiale (**solidarietà nel delitto e, quindi, nella pena**). Ancora una volta, in ultima analisi, emerge che il reato plurisoggettivo esclude ontologicamente il reato concorsuale.

### 3. I requisiti del concorso

Nel nostro diritto positivo gli elementi tipici del concorso criminoso sono: *a)* una pluralità di agenti; *b)* la realizzazione dell'elemento oggettivo di una fattispecie criminosa da parte di taluno dei concorrenti; *c)* un contributo causale alla verificazione del fatto; *d)* la volontà di cooperare alla perpetrazione del reato. Quanto al primo requisito è logicamente imprescindibile la necessità dell'intervento di due o più persone, evincibile dalla stessa essenza della compartecipazione criminosa<sup>21</sup>. Si pone, peraltro, il problema se possano considerarsi «concorrenti», per l'applicazione delle norme sul concorso, i soggetti non imputabili e, cioè, non sani di mente. C'è chi, partendo dal presupposto che per essere «concorrente» il soggetto debba essere imputabile e agire con dolo, ritiene che non possa configurarsi concorso criminoso nell'ipotesi prevista dall'art. 86 c.p. (determinazione in altri dello stato d'incapacità allo scopo di far commettere un reato), nel caso prefigurato dall'art. 111 c.p. (determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile), nell'ipotesi di commissione di un reato da parte di persona tratta in errore dall'altrui inganno (art. 48 c.p.) e, infine, nel caso di reato commesso da persona costretta da altri mediante violenza fisica o minaccia (artt. 46 e 54, ult. cpv. c.p.). In siffatte ipotesi – si sostiene – l'esecutore materiale è un mero “strumento passivo” nel caso dell'incapace e “strumento doloso” nelle altre ipotesi, mentre colui che è penalmente responsabile deve considerarsi autore del reato, assumendo la figura di autore mediato<sup>22</sup>. A me pare, tuttavia, che tale tesi non sia condivisibile, giacché anche le persone sfornite di sanità e maturità mentale sono annoverate, nel nostro diritto, tra i concorrenti nel reato, com'è evincibile dagli aggravamenti di pena previsti nei n.ri 1, 2 e 3 dell'art. 112, ult. comma, c.p., anche se «taluno dei partecipi al fatto non è imputabile<sup>23</sup> o non è punibile». Ma v'è di più. L'art. 119, 1° comma, c.p. recita letteralmente: «Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alle persone a cui si riferiscono». Orbene, posto che tra queste cause è da comprendere, al di là di ogni dubbio, la mancanza di impu-

<sup>20</sup> Prendere «parte» equivale a partecipare con la propria condotta alla perpetrazione di un reato.

<sup>21</sup> Cfr. DELL'ANDRO, *La fattispecie*, cit., 81: «La sintesi tra l'art. 110 c.p. ed una delle disposizioni incriminatrici di Parte speciale non soltanto qualifica penalmente condotte irrilevanti ai sensi delle singole disposizioni di Parte speciale, ma ben prima crea una realtà nuova, una forma (unitaria) nuova nella quale le singole condotte perdono la loro autonomia per divenire parte di un tutto».

<sup>22</sup> Cfr. RICCIO, *L'autore mediato*, Napoli, 1939; GRISPIGNI, *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato*, Sc. pos., 1911, I, 2; SINISCALCO, *Autore mediato*, Enc. dir., IV, Milano, 1959, 443 ss.; DELL'ANDRO, *La fattispecie*, cit., 67; LATAGLIATA, *I principi*, cit., 78.

<sup>23</sup> Cfr. VERRINA, *L'imputabilità e il reato*, Rimini, 1984, 13-122 e, in particolare, Cap. V, Imputabilità e colpevolezza, 85-121.



tabilità (così come la mancanza di dolo), ne deriva che devono ritenersi «concorrenti», per il nostro diritto, anche le persone che si trovano nelle predette condizioni, con la conseguenza che tutte le persone che cooperano materialmente alla perpetrazione di un reato possono ritenersi concorrenti nel reato medesimo, a condizione che sussista, s'intende, il requisito della volontà di cooperare alla commissione del reato. La compartecipazione criminosa può sussistere anche con un solo responsabile. La natura stessa della compartecipazione presuppone, naturalmente, che taluno dei concorrenti abbia realizzato l'elemento oggettivo di un reato: l'autore *stricto sensu* deve aver posto in essere il fatto materiale descritto nella norma incriminatrice, richiedendosi peraltro che siano stati realizzati almeno gli elementi tipici di un tentativo<sup>24</sup>.

L'elemento oggettivo di un reato non comporta la punibilità del fatto, giacché per il nostro diritto sono considerati «concorrenti», come già detto, anche le persone non punibili per mancanza di imputabilità o di dolo e, *generaliter*, per la presenza di una causa soggettiva di esclusione della pena. Al riguardo la dottrina parla di «azione oggettivamente antiggiuridica», mentre più esattamente può dirsi, con l'Antolisei, che, per la sussistenza del concorso criminoso, è sufficiente che l'autore abbia realizzato un fatto non punibile esclusivamente per cause soggettive<sup>25</sup>. Oltre ai due predetti requisiti, sinteticamente enunciati, si richiede che il soggetto abbia recato un contributo causale al verificarsi del fatto criminoso: è causale il fatto senza il quale il reato non si sarebbe verificato. Ben può dirsi, dunque, che il fondamento del concorso di persone è «il finalismo efficace per la realizzazione del fine criminoso. Chiunque agisca ad un fine che è comune ad altri ed agevoli – anche in misura minima – il conseguimento di detto fine è concorrente in senso naturalistico»<sup>26</sup>. Ora, se è richiesto che il soggetto contribuisca causalmente alla realizzazione del fatto criminoso, ne consegue che non è configurabile, per la contraddizione che non lo consente, compartecipazione rispetto ad un reato già consumato<sup>27</sup>, a meno che non si dimostri che tale intervento è stato promesso antecedentemente, suscitando in tal modo o, comunque, rafforzando il proposito criminoso dell'agente. Va da sé, peraltro, che è possibile il concorso anche in caso di omissione<sup>28</sup>,

<sup>24</sup> Al riguardo è appena il caso di avvertire che, come ha statuito il giudice di legittimità, l'accordo tra più soggetti di realizzare uno o più reati, per essere rilevante deve pervenire alla concreta realizzazione del reato, quanto meno a livello di tentativo (art. 115, 1° comma, c.p.) – Cfr. Cass., sez. VI, 5-12-2003, Giacalone, rv. 228482 –. Così, come non è rilevante la sola intenzione del soggetto monoagente per la configurabilità di un reato, di regola non è rilevante l'intenzione rimasta nella fase di solo accordo tra più soggetti in ordine alla forma consorsuale nella commissione di un reato.

<sup>25</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., cit., 488. L'Autore osserva che questa subordinazione è l'unica parte rilevante della teoria dell'accessorietà, peraltro modesta, e non legittimante l'importanza ad essa attribuita dalla dottrina tedesca e la spiegazione dell'istituto del concorso criminoso.

<sup>26</sup> Cfr. GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti*, cit., 47; cfr. anche PATERNITI, *La causa*, cit., Cap. II, par. 2. Il controllo sulla norma incriminatrice attraverso le serie causali, e par. 3. L'intelligibilità del fatto causalmente descritto, 39-42.

<sup>27</sup> Ma se così è, com'è possibile configurare il concorso esterno in un reato associativo che sia già venuto a giuridica esistenza?

<sup>28</sup> Cfr. DELOGU, *La «partecipazione negativa» al reato secondo il nuovo codice*, *Annali*, 1935, 927; ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, *RI*, 1936, 133; VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio*, *RI*, 1967, 307; cfr. anche GUARNIERI, *Omissione causale e obbligo*

richiedendosi in tal caso la violazione di un obbligo giuridico da parte del soggetto (art. 40 c.p.): la mera causalità non basta, occorrendo l'esistenza dell'obbligo di compiere una determinata azione e, cioè, proprio quella che avrebbe potuto impedire il verificarsi dell'evento. Da quanto fin qui esposto si deduce la rilevanza dell'elemento soggettivo nel fenomeno concorsuale. Così, l'ideatore e l'organizzatore di un fatto criminoso sono ritenuti «correi», pur non partecipando alla realizzazione materiale del fatto, alla stessa maniera dell'esecutore materiale, a condizione che abbiano «**il compossesso finalistico dell'azione**» e, cioè, la signoria del programma criminoso<sup>29</sup>.

#### 4. L'elemento soggettivo del concorso: il previo concerto. Concorso e fattispecie associative

Dell'elemento psicologico del concorso si è già detto, sia pur sinteticamente, nel par. 5 e tuttavia a me pare imprescindibile la trattazione più approfondita del quarto requisito del concorso criminoso. Orbene, entrando subito *in medias res*, va precisato che dottrina e giurisprudenza quasi unanimemente fanno riferimento, nell'evidenziare la dimensione soggettiva del concorso di persone, alla consapevolezza di cooperare, che è la caratterizzazione psicologica che anima la prestazione del contributo causale<sup>30</sup>: volontà o reciproca consapevolezza dell'altrui concorso, che può esprimersi anche unilateralmente<sup>31</sup>. Com'è stato esattamente affermato, «il partecipe dovrà, quanto meno, rappresentarsi il significato che il suo contributo atipico riveste nell'ambito di quel momento prodromico e funzionale alla realizzazione del reato ... il partecipe atipico, anche se privo della particolare proiezione intenzionale animante l'esecutore, dovrà, tuttavia, esserne consapevole»<sup>32</sup>. Il requisito psichico del concorso criminoso è caratterizzato, dunque, dalla volontà di cooperare al fatto costituente reato, sicché presuppone la conoscenza o la rappresentazione delle condotte che altri soggetti hanno posto in essere per la perpetrazione di un determinato reato e, nel contempo, la volontà di contribuire, con la propria azione, al verificarsi del reato medesimo. La volontà di contribuire alla realizzazione del fatto-reato è imprescindibile, giacché in caso contrario non sarebbe per alcun verso configurabile «quella convergenza ad un unico risultato, che consente di considerare comune a tutti i compartecipi e propria di ciascuno di essi l'attività che ha

*di impedire l'evento*, FI, 1936, II, 261; Di Vico, *L'omesso impedimento di un evento*, *Annali*, 1933, 764. Per quanto riguarda la disciplina dell'istituto nella Germania occidentale e nell'Austria, cfr. GRASSO, *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo par. 13 del cod. pen. della Repubblica federale tedesca*, RI, 1978, 872 ss., con ampia bibliografia sulla dottrina germanica.

<sup>29</sup> Cfr. LATAGLIATA, *I principî*, cit.; Id., voce *Concorso di persone nel reato*, *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*<sup>2</sup>, Torino, 1950, 628-629, che riproduce la Rel. al prog. def. del cod. pen., I, 165; INSOLERA, *Concorso*, cit., par. 2, L'identificazione della condotta concorsualmente rilevante, 69-73.

<sup>30</sup> Cfr., in tal senso, MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1980, 471; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 1984, 267 e la relativa bibliografia.

<sup>31</sup> Cfr., tra gli altri, FROSALI, «*Concorso di persone*», *NN.D.I.*, Torino, 1959, 1023; Id., *L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato*, AP, 1947, 10; DELL'ANDRO, *La fattispecie*, cit., 165; M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 98; SPASARI, *Profili*, cit., 78; PEDRAZZI, *Il concorso*, cit., 74.

<sup>32</sup> Cfr. INSOLERA, *Concorso*, cit., 475-476.

dato origine al reato»<sup>33</sup>. Secondo il giudice di legittimità, la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui, richiedendosi che il contributo fornito all'altrui condotta esista unilateralmente, sicché essa può manifestarsi indifferentemente o come previo concerto o come un *idem sentire* istantaneo ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che rimane ignaro<sup>34</sup>. Da quanto fin qui esposto si deduce che l'elemento psicologico del concorso doloso è caratterizzato dalla consapevolezza di un'altrui condotta illecita, dalla coscienza e volontà di collaborarvi e dalla previsione e volontà dell'evento comune<sup>35</sup>: l'elemento soggettivo è requisito essenziale del concorso, non essendo sufficiente il mero rapporto di causalità materiale tra le condotte. Ma se così è, nei rapporti tra gli artt. 416, 416-bis c.p. e l'art. 110 c.p. – rapporti che, a mio parere, sono giuridicamente inconcepibili – si pone il fondamentale interrogativo così sintetizzabile: il c.d. requisito psichico della compartecipazione si identifica con l'atteggiamento subiettivo relativo al commesso reato (nella fattispecie, con l'elemento psicologico dell'associazione per delinquere semplice o di tipo mafioso) oppure costituisce un *minus* rispetto ad esso? Secondo la dottrina più risalente nel tempo non sarebbe concepibile, alla stregua del dogma della unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti, una diversificazione dell'elemento psicologico nell'ambito del medesimo reato realizzato in concorso<sup>36</sup>. Come dire: il concorrente nei reati associativi<sup>37</sup> di cui agli artt. 416, 416-bis c.p., caratterizzati da dolo specifico, deve necessariamente agire con lo stesso atteggiamento psicologico per poter essere considerato «partecipe» di tali fattispecie criminose. La prospettiva *de qua* è stata, tuttavia, recentemente abbandonata, in considerazione della tendenza a ravvisare il profilo specifico del concorso nella sola componente oggettiva e, cioè, nella realizzazione del medesimo accadimento materiale, sicché, com'è stato osservato, «resta perciò possibile una diversificata autonomia soggettiva dei vari apporti e ciò in sintonia con l'assenza di una particolare e addizionale connotazione dell'istituto, sotto il profilo

<sup>33</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., cit., 493. L'Autore precisa, al riguardo, che la volontà deve sussistere in tutte le forme di compartecipazione criminosa e, cioè, in quella caratterizzata da un'azione (in senso stretto) e in quella che si estrinseca in un'omissione, nel concorso fisico e in quello psichico; non è elemento essenziale, invece, quello che i nostri classici denominavano «previo concerto», potendo la compartecipazione criminosa configurarsi anche in caso di accordo improvviso, che si manifesti nel corso dell'esecuzione del reato.

<sup>34</sup> Cfr., in tal senso, Cass., S.U., 22-11-2000, Sormani, rv. 218525; conformi Cass., sez. VI, 5-12-2003, Misuraca, rv. 228424, secondo cui nel reato concorsuale il dolo dei singoli concorrenti non presuppone necessariamente un previo accordo o la contestuale e reciproca consapevolezza del concorso, essendo sufficiente che ciascun agente abbia conoscenza, anche unilaterale, del contributo recato alla condotta altrui.

<sup>35</sup> Cfr. VALIANTE, *La criminalità*, cit., 59 ss.

<sup>36</sup> Cfr. MAGGIORE, *Diritto penale*, pt. gen., II, Bologna, 1955, 594; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1967, 864 ss.; RANIERI, *Il concorso di persone in un reato*, Milano, 1952, 272; BOScareLLI, *Contributo*, cit., 97 ss.; VANNINI, *Quid juris? In tema di concorso di persone nel reato*, VIII, Milano, 1953, 32; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., 1980, 494; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, 669 ss. Recentemente è stata ribadita l'esclusione di una diversificata imputazione soggettiva da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 1984, 267 ss.

<sup>37</sup> Il concorso *de quo*, come già detto, è ontologicamente inconcepibile.

dell'elemento psicologico<sup>38</sup>. Ad analogo risultato, sia pure con antitetiche argomentazioni, pervengono quelli che danno autonomia all'elemento soggettivo della partecipazione rispetto al titolo di responsabilità (dolo, colpa, responsabilità oggettiva)<sup>39</sup>. Orbene, *in subiecta materia* il giudice di legittimità ha statuito che, ai fini della sussistenza del concorso di persone nel reato, è necessario dimostrare che ciascuno dei concorrenti abbia agito per una finalità unitaria, con la consapevolezza del ruolo svolto dagli altri e con la volontà di agire in comune<sup>40</sup>. Assume carattere decisivo, dunque, l'unitarietà del "fatto collettivo" realizzato.

Con riferimento poi all'associazione di tipo mafioso, si è affermato che, ai fini della configurabilità del concorso esterno, occorre che il dolo investa sia il fatto tipico, oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione, agendo l'interessato nella consapevolezza e volontà di recare un contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio<sup>41</sup>. Si è precisato, peraltro, che, ai fini della configurabilità, sul piano soggettivo, del concorso esterno nel reato associativo, non si richiede, in capo al concorrente, il dolo specifico proprio del partecipe, consistente nella consapevolezza di far parte dell'associazione e nella volontà di contribuire a tenerla in vita e a farle raggiungere gli obiettivi stabiliti, bensì quello generico, caratterizzato dalla coscienza e volontà di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione<sup>42</sup>. È stato, inoltre, affermato che l'elemento soggettivo del reato di associazione di tipo mafioso consiste nel dolo specifico, avente ad oggetto la prestazione di un contributo utile alla vita del sodalizio ed alla realizzazione dei suoi scopi, sia nel caso della partecipazione all'ente associativo che nel caso del cosiddetto «concorso esterno», così accomunando i responsabili nell'intenzione di commettere il «medesimo reato», secondo il postulato dell'art. 110 c.p. Il dolo del partecipe si distingue da quello del concorrente per il solo fatto che il secondo, a differenza del primo, intende prestare il contributo senza far parte della compagine sociale; e ciò in corrispondenza del carattere atipico di una condotta rilevante per effetto dell'art. 110 c.p.<sup>43</sup>. Così, il discrimine tra concorso e partecipazione risiede essenzialmente nel segmento dell'atteggiamento psicologico che riguarda la volontà di far parte dell'associazione<sup>44</sup>.

Quel che qui preme sottolineare è l'indispensabilità della volontà, giacché altrimenti mancherebbe quella convergenza ad un unico risultato, che consente di considerare comune a tutti i compartecipi e imputabile a ciascuno di essi l'attività che ha dato origine al reato: è il **finalismo efficace** per la realizzazione del fine criminoso comune. Prova,

<sup>38</sup> Così PEDRAZZI, *Il concorso*, cit., 71 ss.; M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 118 ss.; FROSALI, *L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato*, AP, 1954, 1025; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 476.

<sup>39</sup> Cfr. PAGLIARO, *Principi*, cit.; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 202 ss.

<sup>40</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 21-3-2003, Salamone, rv. 225935; conforme Cass., sez. VI, 10-7-2003, D'Amico, rv. 227321.

<sup>41</sup> Cfr. Cass., S.U., 12-7-2005, n. 33748. Nella fattispecie la Corte ha precisato che deve escludersi la sufficienza del dolo eventuale.

<sup>42</sup> Cfr. Cass., S.U., 27-9-1995, rv. 202904; conforme Cass., sez. V, 22-12-2000, Cangialosi, rv. 219244.

<sup>43</sup> Cfr. Cass., sez. I, 25-11-2003, Cito, rv. 229992.

<sup>44</sup> Cfr. Cass., S.U., 30-10-2002, rv. 224181; CP, 2003, 3276; GP, 2003, II, 609; DPP, 2003, 812; cfr. anche Cass., S.U., 27-9-1995, rv. 202904.

questa, che consente di affermare che il concorso di persone nel reato trova il suo fondamento nell'elemento soggettivo. Com'è stato correttamente osservato, «l'elemento soggettivo della compartecipazione in quanto tale si sostanzia, pertanto, nella consapevolezza, nella rappresentazione dell'agire altrui cooperante con il proprio; consapevolezza e collegamento di carattere psicologico necessario per far assurgere nell'ambito del concorso di persone un combinarsi oggettivo di condotte altrimenti destinato a dar vita ad una pura convergenza e combinazione di fattori concausali. Solo in presenza di tale componente soggettiva si può affermare che concorrono le persone e non solo le condotte nel loro aspetto materiale ... L'elemento psicologico del concorso, dunque, pur corrispondendo al concetto generale di *suistas* della condotta, venendo ad impregnarsi di contenuti nuovi, relativi al coordinamento tra condotta del singolo soggetto considerato e condotte "altrui" che nel concorso si realizza, proprio in forza di tali nuovi contenuti, correlati alla peculiarità della compartecipazione, che ne fanno una figura per taluni versi speciale, risulta – come naturale – integrabile in un numero minore di ipotesi rispetto alle possibili varianti della figura generale»<sup>45</sup>. È, dunque, possibile affermare che la componente psicologica, coesistente alla compartecipazione criminosa, ha delle peculiarità che fanno sì che essa si immedesima con la c.d. *suistas* della condotta. Ma se così è, una conclusione s'impone: quando la fattispecie del reato plurisoggettivo prevede il dolo specifico (e tale è il caso degli artt. 416, 416-bis c.p.), ogni agente necessario deve svolgerlo, essendo un elemento tipico. Nel reato concorsuale, invece, tutti gli elementi tipici possono essere realizzati anche da un solo concorrente, sicché si concorre validamente ad un reato a dolo specifico anche se uno solo svolge tale elemento. In forza di esso, la stessa condotta si colora di elementi soggettivi. Ora, al di là delle diverse opinioni in tema di compartecipazione criminosa, pare a tutta prima logico e preferibile ritenere che un soggetto possa essere chiamato a rispondere, *ex art.* 110 c.p., del reato a dolo specifico solo quando sia a conoscenza della specifica finalità presente in altri<sup>46</sup> e si rappresenti, conseguentemente, «il carattere strumentale (anche) della propria attività rispetto al perseguimento del fine altrui ... è, quindi, logico richiedere negli altri concorrenti la consapevolezza di tale componente qualificante, essenziale»<sup>47</sup>. Ma se la compartecipazione criminosa, nella sua dimensione soggettiva, è quella fin qui delineata, ancora una volta appare evidente che se il c.d. *extraneus* pone in essere un'attività così qualificata sotto l'aspetto psicologico, dovrà essere considerato come «partecipe» *tout court*, *ex artt.* 416, 416-bis c.p., inconfidente ed inconcepibile apparendo il ricorso surrettizio all'art. 110 c.p. È, in sostanza, la stessa idea che, già più volte espressa ed elaborata, costituirà il «*leit-motiv*» delle successive argomentazioni che saranno svolte nella Parte II.

<sup>45</sup> Cfr. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 193, 194, 197, 198.

<sup>46</sup> Cfr. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, pt. gen.<sup>7</sup>, Milano, 1991, 156.

<sup>47</sup> Cfr. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 209.

**5. Problemi di costituzionalità: rapporti tra il principio “*Lex praevia, semper certa et stricta*”, ex artt. 1 c.p., 25, 2° comma, Cost., e la nuova fattispecie criminosa del «concorso esterno in associazione di tipo mafioso»**

Nel quadro dei problemi di costituzionalità che si pongono, è dato di poter individuare ulteriori ragioni legittimanti la tesi dell'incompatibilità tra associazione per delinquere semplice e di tipo mafioso e concorso esterno. Ed invero, la norma di cui all'art. 416-*bis* c.p. enuncia, come già detto, i connotati oggettivi e soggettivi dell'associazione di tipo mafioso in modo analitico, sia pure con la necessaria generalità ed astrattezza, ma in modo tale da soddisfare il canone della tassatività della legge penale. I fini indicati dalla norma incriminatrice, perseguiti dal sodalizio criminoso, devono intendersi posti in essere in via tra loro alternativa e disgiunta, sicché la fattispecie criminosa risulta perfezionata anche quando un'associazione, caratterizzata dal metodo mafioso, si proponga la realizzazione di uno soltanto di essi. La norma incriminatrice *de qua* non è formulata, dunque, in modo generico o, comunque, in maniera tale da impedire all'incolpato un'adeguata difesa. Trattasi di una tecnica legislativa sintetica<sup>48</sup>, che indica con certezza i comportamenti di rilievo penale e scongiura, pertanto, l'arbitrio giudiziario: la fattispecie s'intende perfezionata qualora una cosca operi avvalendosi della forza intimidatrice esercitata e persegua anche solo una delle attività tipizzate. Al riguardo è appena il caso di ricordare che il principio 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 verificabili»<sup>49</sup>. Da ciò deriva che «se la tassatività d'un fatto include anche gli elementi che lo fanno apparire verificabile, anch'essi devono emergere dalla descrizione normativa. In quanto elementi che connotano il fatto attraverso le modalità di realizzazione avute presenti dal legislatore. Pertanto la descrizione del fatto deve includerne quei connotati che lo rendano intelligibile oltre ogni possibile equivoco ... Allo scopo, appunto, potrà servire, per la precisazione del fatto, la descrizione delle modalità attraverso le quali esso è realizzato»<sup>50</sup>. Ora, non può revocarsi in dubbio che la sufficiente determinatezza della norma

<sup>48</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, 101; cfr. anche, per quanto riguarda la ritenuta manifesta infondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale, T. Lecce, 3-1-1992, *GM*, Milano, marzo-aprile 1993, 441 ss., con nota di MONTAGNI; cfr., invece, per un caso di indeterminatezza della fattispecie incriminatrice, VERRINA, *L'art. 29 della l. 18 aprile 1975, n. 110: profili di incostituzionalità e rapporti fra attentato, tentativo e reato impossibile*, *GM*, Milano, marzo-aprile 1984, 397-406, nt. a sent. A. di Brescia, 16-12-1982; Id., *Il concetto di "attentato" nell'art. 21, l. 18 aprile 1975, n. 110*, *GM*, Milano, 1983, 479-480. L'Autore evidenzia che tale norma dà adito a molte perplessità, appunto per la sua indeterminatezza, e afferma che in questo Stato di diritto, che come coscienza critica e come realtà storica affonda le sue radici nella rivoluzione francese, la caratteristica precipua dovrebbe essere rappresentata dalla certezza del diritto e, quindi, dalla sintesi del principio di legalità e del principio di uguaglianza: ogni cittadino dovrebbe conoscere a priori quali sono le conseguenze giuridiche dei suoi atti. Quando si comprime la libertà della persona, costituzionalmente protetta, cadono tutti e due gli elementi del binomio «istituzioni e libertà personale».

<sup>49</sup> Cfr. C. Cost., 9-4/8-6/1981, n. 96.

<sup>50</sup> Cfr. PATERNITI, *La causa*, cit., 37, 38 e 39. L'Autore precisa (38) che «la determinatezza del fatto è sicuramente accresciuta dalla precisazione dei comportamenti che possono realizzarsi. Dovrebbe, pertanto, essere vietata, a mio parere, la formulazione di leggi penali tecnicamente censurabili, che si

incriminatrice di cui all'art. 416-*bis* c.p., perseguita con la descrizione delle modalità della condotta, consenta il controllo sulla serietà della stessa e non dia, pertanto, adito a problemi di costituzionalità: la descrizione dei passaggi comportamentali consente, infatti, di valutarne la congruità al conseguimento del risultato lesivo ipotizzato. La Costituzione, d'altro canto, vieta le associazioni dirette a commettere reati e così si spiega l'ipotesi criminosa di associazione per delinquere, introdotta dal codice del 1930, e quella di tipo mafioso aggiunta successivamente: entrambe rispondono alla «duplice esigenza di tutelare beni di importanza fondamentale e di prevenirne la lesione con le misure più adeguate. Quindi l'intervento del legislatore penale è sicuramente giustificato»<sup>51</sup>. Da quanto fin qui esposto si deduce chiaramente che l'art. 416-*bis* c.p., lungi dal poter essere censurato sotto il profilo della violazione del principio della "*Lex praevia, semper certa et stricta*", ex artt. 1 c.p., 25, 2° comma, Cost., prevede le singole condotte criminose e, ben può dirsi, tre distinte fattispecie (promozione, organizzazione o direzione, partecipazione), con diversi trattamenti sanzionatori. La tipizzazione della norma incriminatrice *de qua*, caratterizzata da dolo specifico, e la previsione di altre fattispecie criminose (artt. 378, 379, 418, 416-*ter* c.p.) consentono, dunque, come già detto, di escludere, sul piano ontologico, la compatibilità tra l'associazione per delinquere semplice e di tipo mafioso e il concorso esterno. Se ciò è incontestabile, è altrettanto certo che la figura criminosa del «concorso esterno in associazione di tipo mafioso» («**creazione giurispudenziale**») rappresenta, al di là di ogni dubbio, un'evidente violazione del principio di tassatività della norma penale.

L'art. 110 c.p., infatti, consente la punibilità di condotte diverse da quelle tipiche previste dalla specifica norma incriminatrice, lasciando al giudice un ampio margine di discrezionalità in ordine alla configurabilità delle condotte penalmente rilevanti. *Sic stantibus rebus*, non può e non deve passare inosservato che nel nostro diritto la materia delle fonti è riconducibile al principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*»<sup>52</sup>. Il

---

prestino a tutte le interpretazioni, giacché in siffatte ipotesi si comprime la libertà personale. Si può allegare il pretesto della repressione o quello della prevenzione: nell'un caso e nell'altro si minano le basi dello Stato di diritto e si apre la strada ad uno Stato in cui il potere è di chi se lo sa prendere, non di chi combatte quotidianamente per renderlo un servizio per tutti con i mezzi riconosciuti dalla Costituzione».

<sup>51</sup> Cfr. VALIANTE, *Il reato*, cit., 23. L'Autore, precisato che le associazioni dirette a compiere ulteriori reati sono punibili a titolo di protezione anticipata di beni di particolare valore, conclude affermando che l'offensività «trova appunto conferma nella criminalità dei fatti che essi si propongono di realizzare» (25). «... Le associazioni criminali, siccome ulteriormente offensive, possono essere realizzate con semplici condotte di promozione, costituzione, organizzazione, partecipazione, ecc. e opportunamente adeguate al fine» (29).

<sup>52</sup> Cfr. VASSALLI, «*Nullum crimen sine lege*», *GI*, 1939, IV, 49 ss., con ampia bibliografia e molte notizie storiche e di diritto comparato; *Id.*, *Nullum crimen sine lege*, *NN.D.I.*, XI, Torino, 1965, 493; NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, *Studi in memoria di F. Grispigni*, *Sc. pos.*, 1956, 237 ss.; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 229 ss.; SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, *AP*, 1966, I, 36; *Id.*, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 1 ss.; PAGLIARO, *Principio*, cit., 694; GRASSO, *Il principio*, cit.; DELOGU, *Potere*, cit., 371 ss.; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, *AP*, 1976, 50 ss. (a favore di una futura normazione «per principi», pur nel rispetto dell'art. 25 Cost.); MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 95 ss.; cfr., inoltre, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*», in *Lezioni di diritto costituzionale*<sup>5</sup>, II,

**principio di «stretta legalità»** o semplicemente di legalità, sancito nello Statuto del 1848 (art. 26) e ribadito *claris verbis* nell'art. 1 c.p. e nell'art. 25, 2° comma, Cost., comporta che un fatto non è configurabile come reato e, per ciò stesso, non è punibile in mancanza di una legge che lo preveda come tale (**principio della riserva di legge**: la fattispecie che lo descrive deve essere formulata con sufficiente determinatezza – principio di tassatività-). Il legislatore riserva a sé la facoltà di determinare i fatti costituenti reati e le relative sanzioni, sicché il giudice non ha il potere di infliggere queste ultime a casi non tassativamente previsti dalla legge: unica fonte del diritto penale è il diritto positivo che ben può considerarsi un ordinamento chiuso. Com'è stato correttamente osservato, «l'art. 1 del codice è una vera e propria norma di sbarramento, in quanto rappresenta un limite che il giudice, nell'applicazione della legge, non può in alcun caso varcare»<sup>53</sup>. È evidente, allora, che il principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» garantisce la certezza del diritto e, quindi, la libertà del cittadino<sup>54</sup>. È appena il caso di aggiungere, comunque, che la «**riserva di legge**» non esclude *tout court* l'intervento dell'Autorità giudiziaria, a condizione che non venga superata la sua funzione di garanzia delle situazioni soggettive riconosciute dalla norma costituzionale ai soggetti sottoposti al potere statale<sup>55</sup>. Il principio di legalità, com'è stato esattamente osservato, «appare in intima connessione con quel concetto, o meglio principio, del cosiddetto “**Stato di diritto**” che, almeno nella cultura occidentale, viene considerato fondamentale conquista dell'esperienza giuridica moderna e contemporanea e che, comunque, viene continuamente (anche se non sempre a proposito) invocato e chiamato in causa non solo dai “tecnici del diritto”, ma anche dai filosofi, dagli ideologi e dagli operatori politici»<sup>56</sup>. Ed a questo punto, non essendo questa la sede per ulteriori precisazioni, mi sembra quanto meno opportuno limitarmi a ricordare quanto da altri è stato sottolineato, rilevando: *a*) che «la neutralizzazione della ragione ... la trasforma in sempre maggior misura in un apparato buono solo a registrare i dati»; *b*) che simile «ragione» diventa mero “strumento”, il quale peraltro «infine non è più in grado neppure di svolgere i compiti puramente formalistici ai quali si è ridotto»<sup>57</sup>; *c*) che «ai nostri giorni, il frenetico desiderio degli uomini di adattarsi a qualcosa che ha la forza di essere, ... ha condotto ad una situazione di razionalità irrazionale»<sup>58</sup>; *d*) che, infine, «quello cui abbiamo assistito è stata l'autodistruzione e l'autodissoluzione della ragione, con conseguenze che in nessun

---

*L'ordinamento costituzionale italiano* di CRISAFULLI, Padova, 1984, 55-62. L'Autore precisa che tra i casi di riserva «assoluta», secondo l'opinione prevalente, ma non esente da dubbi, sono da annoverare quelli dati dall'art. 25 Cost., là dove viene enunciato il principio secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

<sup>53</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., 1982, cit., 58.

<sup>54</sup> Cfr. LISZT, *Die deterministischen Gegner des Zweckstrafe*, in *Zweit. ges. StrW*, XIII, 357. L'Autore definisce il codice penale «la *Magna Charta* del reo».

<sup>55</sup> L'originaria funzione garantista dei diritti di libertà della riserva di legge è riconducibile alle ideologie del liberalismo democratico ottocentesco.

<sup>56</sup> Cfr. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659; cfr. anche CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*<sup>2</sup>, II, t. I, Padova, 1971, 54, e, per quanto riguarda il principio di legalità e i principi costituzionali, nonché la crisi della legalità, 669-703.

<sup>57</sup> Cfr. HORKHEIMER, *Eclissi della ragione*, trad. it., Torino, 1969, 52 s.

<sup>58</sup> Cfr. HORKHEIMER, *Eclissi*, cit., 81.



altro campo hanno operato più chiaramente e fatalmente come nel campo degli ordinamenti sociali»<sup>59</sup>. E di ciò è prova evidente, in termini di effettiva portata del concetto “*Lex praevia semper certa et stricta*”, il campo della “**creazione giurisprudenziale**” del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, ormai consolidatosi nella prassi operativa: il principio di legalità viene affievolito dalla discrezionalità giudiziale in sede di interpretazione ed applicazione degli artt. 416, 416-*bis* c.p. La Corte di Cassazione a S.U. ha enucleato, fin dal 1994<sup>60</sup>, un **nuovo tipo di reato, il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa**, che, lungi dall’essere “legale”, è “**incerto**” e “**indeterminato**”. Si tratta, a mio parere, non già di un’opzione ermeneutica, legittima perché ancorata ad un dato positivo, bensì di una palese violazione, per le plurime ragioni giuridiche fin qui esposte, del principio di legalità<sup>61</sup>. Non è vano e superfluo ricordare, al riguardo, che la Corte Costituzionale ha statuito: a) che l’art. 25, 2° comma, Cost. sancisce, in ordine alle fonti del diritto penale, la c.d. riserva di legge<sup>62</sup>; b) che la fonte del potere punitivo non può risiedere che nella legislazione dello Stato<sup>63</sup>; c) che la *ratio* della riserva di legge penale è la tutela della libertà e dei beni fondamentali dei singoli soggetti, anche se va anche e soprattutto sottolineato l’aspetto negativo della riserva stessa e, cioè, l’esclusione di possibili arbitri da parte di altri poteri dello Stato<sup>64</sup>. È veramente sintomatico, d’altro canto, che la Corte di Cassazione a S.U. abbia statuito, sia pure in tempi non recenti e circa dieci anni prima della pronuncia della sentenza Demitry, che il principio «*nullum crimen sine lege*», al pari di quello «*nulla poena sine lege*», costituisce una garanzia per tutti i cittadini contro ogni dislocazione di potere normativo, assicurandosi che non saranno puniti se non nei casi preventivamente precisati dalla legge e con le pene in questa comminate, con assoluta esclusione di ogni eventuale intervento della giustizia penale al di fuori di questi casi.

Il giudice della nomofilachia ha precisato, al riguardo, che dal principio di legalità discende che la delimitazione delle fattispecie incriminatrici rientra nei compiti esclusivi del Parlamento quale organo costituzionale che più direttamente esprime la sovranità e la volontà popolare<sup>65</sup>. Ora, tali principi, enunciati dal giudice di legittimità nel 1984, sono indubbiamente condivisibili, ma ben possono ritenersi in concreto violati *in subiecta materia* per le ragioni giuridiche già dette, sicché vien fatto di pensare che all’opera di quel giudice ben s’attaglia l’immortale e commossa apostrofe di Stazio a Virgilio: «Faccesti come quel che va di notte – che porta il lume dietro e sé non giova – ma dopo di sé fa le persone dotte»<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965, 277.

<sup>60</sup> Tale argomento sarà trattato adeguatamente nell’ultima Parte.

<sup>61</sup> Può escludersi aprioristicamente, allora, che tale *modus operandi* superi i normali e corretti criteri interpretativi, essendo sostanzialmente riconducibile alla **non consentita applicazione analogica in malam partem** della norma penale, se non addirittura ad una sostanziale appropriazione, da parte del potere giurisdizionale, di potestà normativa in materia penale?

<sup>62</sup> Cfr. C. Cost. n. 487/1989; C. Cost. n. 247/1989.

<sup>63</sup> Cfr. C. Cost. n. 26/1966; C. Cost. n. 116/1993 e n. 42/1977.

<sup>64</sup> Cfr. C. Cost. n. 487/1989; C. Cost. n. 185/1992.

<sup>65</sup> Cfr. Cass., S.U., 26-5-1984, Sommella, rv. 164857.

<sup>66</sup> DANTE, *La Divina Commedia, Purgatorio*, canto XXII, vv. 67 ss.

## 6. Note conclusive sulla condotta concorsuale

Da quanto fin qui esposto si deduce *claris verbis* che il reato concorsuale non è una diversa fattispecie criminosa, ma semplicemente una diversa forma con cui si realizza lo stesso reato prefigurato dall'originaria norma incriminatrice. A tale conclusione si perviene sulla base della semplice considerazione che il fatto tipico e lesivo è sempre quello descritto negli artt. 416, 416-*bis* c.p. e, cioè, il reato plurisoggettivo (contro l'ordine pubblico) che si realizza nella partecipazione ad un'associazione per delinquere semplice o di tipo mafioso, non richiedendosi peraltro che il vincolo tra il singolo e l'organizzazione si protragga per una certa durata: il reato può, al contrario, ravvisarsi anche in una partecipazione di breve periodo<sup>67</sup>. Ora, se l'apporto di altri soggetti integra l'azione tipica della partecipazione, prefigurata e dall'art. 416 c.p. e dall'art. 416-*bis* c.p., se ogni condotta, compresa quella del c.d. *extraneus*, si lega inscindibilmente alle altre, nell'unità lesiva del reato, sicché ogni concorrente partecipa individualmente al «tutto» e risponde del tutto, non è dato comprendere la ragione per cui l'*extraneus* dovrebbe rispondere penalmente del reato di cui all'art. 416 c.p. o di quello previsto dall'art. 416-*bis* c.p. non già direttamente in base alle predette norme incriminatrici, bensì in termini di concorso *ex art. 110 c.p.* In definitiva, è anche in ragione della natura della condotta concorsuale, determinante l'evento lesivo, che può ritenersi l'incompatibilità tra l'associazione per delinquere di tipo mafioso e il concorso esterno. Ed invero, la funzione della condotta plurisoggettiva è data appunto dalla intima connessione delle condotte dei soci<sup>68</sup> per far vivere ed operare l'associazione per conto ed in autonomia dai singoli. Dal punto di vista della struttura di reato, le associazioni per delinquere di tipo semplice e di stampo mafioso, proprio perché sono per essenza ulteriormente offensive, ben possono essere realizzate con semplici condotte di promozione, costituzione, organizzazione e con condotte di partecipazione, opportunamente adeguate al fine. L'art. 110 c.p., in ultima analisi, rende punibili le condotte di concorso non già perché siano conformi allo schema tipico del reato, bensì perché contribuiscono alla causazione dell'offesa tipica del reato: esse sono punibili esclusivamente in base ad una qualche loro relazione con l'evento. La condotta di concorso, per essere incriminabile, dovrebbe essere tipica di per se stessa per soddisfare il principio di legalità (art. 25, 2° comma, Cost.), ma non lo è. Orbene, a parte il fatto che tutto ciò che non è tipico non può essere rilevante, non può e non deve passare inosservato che le norme incriminatrici di cui agli artt. 416 c.p., 416-*bis* c.p. sono sicuramente tipiche, sicché, anche da quest'angolo visuale, non si vede perché, per le condotte poste in essere dal c.d. *extraneus*, dovrebbe ritenersi operante l'art. 110

<sup>67</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 17-7-1998, Cortes, rv. 212682; cfr. anche, per quanto riguarda il contributo che può essere costituito anche dalla dichiarata adesione all'associazione da parte del singolo, il quale presti la propria disponibilità ad agire, quale "uomo d'onore", ai fini del mantenimento in vita della struttura o al perseguimento degli scopi di essa, nel caso di associazione di tipo mafioso, Cass., sez. V, 24-6-2004, Vullo, rv. 230241; conformi Cass., sez. V, 16-6-2000, Chiovaro, rv. 217734; Cass., sez. II, 28-1-2000, Olivieri, rv. 215907; Cass., sez. I, 24-6-1992, Alfano, rv. 191309.

<sup>68</sup> Cfr. VALIANTE, *Il reato*, cit., il quale, dopo aver evidenziato che l'associazione è un reato permanente, precisa che «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» (61).

c.p. Del resto, se tutte le condotte di partecipazione sono considerate di pari valore, indipendentemente dal ruolo che hanno singolarmente svolto nella realizzazione del reato, riesce veramente difficile, per non dire impossibile, ipotizzare il concorso esterno in un reato associativo che già prevede autonomamente, tra le altre, le condotte tipiche di «partecipazione»<sup>69</sup>. E così, come le volontà dei partecipi necessari devono fondersi *ab initio* in un'armonica totalità oggettiva e soggettiva, anche quelle dei c.d. *extranei* vengono a far parte della condotta del reato plurisoggettivo, originando un insieme di condotte aggressive che operano per offendere il bene comune: è l'unità del «tutto» che costituisce appunto la condotta plurisoggettiva. Tale «**unità e pluralità**» **precettiva** è evincibile dall'analisi, già svolta, delle fattispecie criminose *de quibus*: ogni condotta rilevante ai fini associativi, ma non compresa in alcuna di quelle specifiche previste nelle singole fattispecie, rientra nell'ambito di operatività della partecipazione punibile *ex artt* 416 c.p., 416-bis c.p. *Sic stantibus rebus*, non v'è alcuna plausibile ragione che legittimi, per la condotta dei c.d. *extranei*, il ricorso all'indeterminata figura della condotta concorsuale di cui all'art. 110 c.p. in cui può farsi rientrare tutto e il contrario di tutto. *Ad hoc perventi*, è lecito e giuridicamente ineccepibile affermare che, in tema di associazione per delinquere di tipo mafioso, quando il dolo del c.d. *extraneus* investe sia il fatto tipico previsto dalla norma incriminatrice di cui all'art. 416-bis c.p. sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente al sodalizio criminoso e al suo rafforzamento, deve ritenersi applicabile *tout court* la norma *de qua* che prevede appunto la condotta di partecipazione.

---

<sup>69</sup> Qui è appena il caso di avvertire che il prossimo legislatore dovrebbe regolare il concorso di persone nel reato, nella prospettiva dei principi di determinatezza e tassatività recepiti dalla Costituzione. A parte tali rilievi d'ordine costituzionale, è fin troppo evidente che quando il c.d. *extraneus* s'inserisce, con qualsiasi condotta antigiuridica, nel reato permanente e a dolo specifico di cui all'art. 416-bis c.p., diventa in tal modo compartecipe ai sensi di quest'ultima norma incriminatrice.



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando  
è tratto da un volume pubblicato su  
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)