

Il concorso esterno di persone nel reato di associazione mafiosa: ancora molti i nodi da sciogliere in attesa di un legislatore neghittoso.

di Costantino Nassis

Nonostante siano trascorsi più di dieci anni dalla storica sentenza Demitry (Cass. sezioni unite, 16/1994), il reato di concorso esterno di persone nel reato, di matrice squisitamente giurisprudenziale, ancora oggi fa discutere.

Le Sezioni Unite del 1994, infatti, intervennero a risolvere un dibattito piuttosto acceso (sia in dottrina che in giurisprudenza) sulla configurabilità o meno di questo tipo di reato. Un primo *cotè* giurisprudenziale negava decisamente la configurabilità del concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso partendo dal rilievo che, ai sensi dell'art. 110 c. p., i concorrenti debbono «realizzare il medesimo reato» nel senso che «tutte le condotte devono essere finalisticamente orientate verso l'evento tipico di ciascuna figura criminosa» (Cass. sezione seconda, 3635/1994), il che implica anche e necessariamente la coincidenza dell'elemento psicologico. Sotto il profilo degli elementi costitutivi del reato scolpiti nell'art. 416 *bis* c. p., l'orientamento in esame specificava, poi, che «l'elemento materiale è costituito dalla condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, intendendosi tale la stabile permanenza di vincolo associativo tra gli autori del reato, almeno in numero di tre, allo scopo di realizzare una serie indeterminata di attività tipiche dell'organizzazione. L'elemento soggettivo è, infine, caratterizzato dal dolo specifico, ovvero dalla cosciente volontà di partecipare a detta associazione con il fine di realizzarne il particolare programma» (Cass. sezione prima, 2348/1994) e «con la volontà di avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per gli altri» (art. 416 *bis* c.p.).

Quanto detto consentiva alla Suprema Corte (Cass. sezione prima, 2343/1994) di escludere la configurabilità di questo reato, con la conseguenza che l'unica forma di concorso di persone nel reato in questione era quello di concorso necessario, dal momento che proprio il particolare tipo di dolo che contraddistingue i reati associativi, impedisce una partecipazione esterna: o si partecipa a pieno titolo (rendendo impossibile la distinzione tra la figura del partecipe e quelle del concorrente) o si pongono in essere attività di favoreggiamento o di agevolazione che, comunque, esulano dalla fattispecie in questione.

Un secondo orientamento (Cass. sezione prima, 2902/1993), viceversa, partiva dalla considerazione che è possibile tenere distinte le figure dell'appartenente (o partecipe) all'associazione e del concorrente. Si specifica che «le condotte di partecipazione all'associazione devono essere caratterizzate, sul piano soggettivo, da quella che in dottrina è stata chiamata l'*affectio societatis*, ossia dalla consapevolezza e dalla volontà di far parte dell'associazione criminosa, condividendone le sorti e gli

scopi e, sul piano oggettivo, dallo stabile inserimento nell'organizzazione che prescinde da formalità o riti, ben potendo risultare *per facta concludentia*, attraverso un comportamento, cioè, che, sul piano sintomatico, sottolinei la partecipazione alla vita dell'associazione» (Cass. sezione prima, 1332/1991).

Quindi il concorso eventuale non si configura solo nel caso di concorso morale, fattispecie pacificamente accettata, ma anche nel caso di concorso materiale quando il terzo, pur non avendo voluto entrare a far parte dell'associazione o non essendo stato chiamato a farne parte, presta all'organizzazione un contributo idoneo, se non al potenziamento, almeno al consolidamento ed al mantenimento dell'associazione.

Questi i contrasti esistenti in giurisprudenza risolti, poi, dalle Sezioni Unite, che, dopo aver ricostruito le argomentazioni principali degli opposti orientamenti, hanno evidenziato come entrambi ammettessero la possibilità del concorso eventuale in molte fattispecie plurisoggettive o reati a concorso necessario.

La Suprema Corte afferma, infatti che, relativamente all'elemento materiale, la condotta tipica del reato di cui all'art. 416 bis c. p. è rappresentata dalla partecipazione all'associazione, considerata come stabile permanenza del vincolo associativo tra gli autori, tale da determinare una compenetrazione del soggetto con l'organismo criminale, all'interno del quale questi svolge una attività continua, anche per settori di competenza.

Se questo è vero, è anche vero che il concorrente eventuale è quello che non pone in essere una condotta tipica, bensì una condotta atipica che, per essere rilevante, deve contribuire alla realizzazione della condotta tipica posta in essere dagli altri componenti dell'organizzazione. Il concorrente esterno si limita, in altri termini, a porre a disposizione degli altri il proprio contributo che non può non essere circoscritto nel tempo.

La sentenza in esame ha tentato anche di definire, con maggiore precisione, l'elemento psicologico. Se è pacifico che nel concorso morale il concorrente eventuale agisce con il dolo specifico pur rimanendo tale, non si comprende il motivo per il quale non possa applicarsi lo stesso principio anche al concorso materiale. Sarebbe addirittura sufficiente «la coscienza e volontà di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione» (Cass. sezioni unite, 30/1995), anche in assenza di una volontà indirizzata alla condivisione della strategia dell'organizzazione, con la conseguente individuazione di un dolo generico, di “agevolazione”.

In conclusione la Suprema Corte nella sentenza Demitry (ed nelle sentenze immediatamente successive) ha voluto tenere distinte le figure del partecipe all'associazione e del concorrente eventuale: il primo è colui il quale assume un ruolo materiale all'interno della struttura criminosa, manifestato da un impegno costante ed assiduo, se non addirittura quotidiano, funzionalmente orientato all'attività dell'organizzazione. Il concorrente è invece colui che non vuol far parte dell'associazione o che non viene chiamato a farne parte, ma al quale la stessa si rivolge o per colmare eventuali vuoti temporanei o «nel momento in cui il sodalizio si trovi in una condizione di difficoltà» (Cass. sezione sesta, 5649/1997), quando, cioè,

la fisiologia dell'associazione entra in "fibrillazione", attraversando una fase patologica.

La ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite ha, però, prestato il fianco a molte critiche, sia da parte della dottrina che da parte della stessa giurisprudenza. Il *punctum dolens* della citata pronuncia è soprattutto rappresentato dalla configurabilità in capo al concorrente di un dolo generico, teleologicamente prossimo al dolo specifico del partecipe. Questa ricostruzione si dimostra, in realtà, incompatibile con la lettera della norma in materia di concorso (art. 110 c. p.), in base alla quale il dolo del concorrente deve essere simile a quello dell'autore. Nella ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite penali della Suprema Corte non sembra addirittura ravvisabile in capo al concorrente eventuale neppure un dolo generico, dal momento che quest'ultimo si limita semplicemente a fornire all'associazione un utile contributo.

Altri autori addirittura negano l'esistenza di questa fattispecie ritenendo che il reato di cui si tratta sarebbe sussumibile nell'alveo di applicazione dell'art. 418 c. p. rubricato "assistenza agli associati" (ricostruzione questa non accettata, stante la struttura "vincolata" dell'articolo citato, laddove invece la Suprema Corte considera il reato di concorso esterno in associazione mafiosa come un reato a forma libera, nel senso che il comportamento del partecipe può realizzarsi in forme e contenuti diversi, purché di traduca in un contributo non marginale, ma apprezzabile alla realizzazione degli scopi dell'organizzazione).

L'ulteriore fragilità delle sentenza Demitry è rappresentata anche dal concetto di fibrillazione dell'organizzazione, in quanto non vengono individuati i parametri a cui occorre riferirsi per stabilire quando si versi in tale situazione.

Tutte le "sbavature" della sentenza sono state, quindi, prontamente rilevate dalla sezione sesta della Corte di Cassazione (nella sentenza del 23 gennaio 2001, n. 3299, Villecco), che contesta le conclusioni a cui sono pervenute nel 1994 le Sezioni Unite, negando la configurabilità del concorso esterno in associazione a delinquere sia per l'incompatibilità strutturale tra il concorso ed i reati associativi (che riguarderebbe soprattutto l'impossibilità di distinguere le condotte del partecipe e del concorrente: «l'aiuto portato all'associazione nei momenti di crisi o fibrillazione integra la condotta del far parte del sodalizio criminoso») sia per l'inadeguatezza della ricostruzione circa il dolo di agevolazione, che finirebbe per impedire la perseguitabilità di altri reati, come il favoreggiamento.

Per risolvere l'ulteriore contrasto verificatosi, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite che, nella sentenza che ha avuto ad oggetto la celebre vicenda del giudice Corrado Carnevale (accusato di «aver contribuito ... alla realizzazione degli scopi dell'associazione Cosa Nostra, strumentalizzando le sue funzioni di presidente titolare della prima sezione penale della Corte di cassazione ed assicurando l'impunità agli esponenti ... della medesima organizzazione»), sono ritornate – assolvendo l'imputato per insussistenza del fatto – sulle posizioni della sentenza Demitry, introducendo, però, delle correzioni (Cass. sezioni unite, 22327/03).

Anche in questo caso, come già fatto in precedenza, la Corte di Cassazione è partita da un breve riepilogo dei contrastanti indirizzi giurisprudenziali: quello che nega il concorso eventuale materiale e quello che, al contrario, lo ammette. Indi, la

Suprema Corte, al fine di impostare correttamente il problema esaminato, ha affrontato, ancora in via preliminare, la questione circa la natura del reato di partecipazione ad associazione per delinquere.

Il contrasto nascerebbe, secondo questa traiettoria ermeneutica, da un errore concettuale, che parte dalla considerazione che la partecipazione sia qualificabile come condotta monosoggettiva richiedente la sola volontà di colui che entra a far parte dell'associazione, senza tener conto di quella degli altri associati o di coloro che li rappresentano. Immaginare infatti che la partecipazione sia una fattispecie monosoggettiva comporta che la condotta sia costituita da un atto unilaterale di adesione o di *iscrizione*, non considerando che la stessa è destinata, tanto nel momento iniziale quanto durante il suo svolgimento, ad unirsi alle condotte degli altri membri dell'associazione. Ciò comporta che tutti i reati associativi sono reati a concorso necessario, fattispecie plurisoggettive nelle quali la volontà di inclusione è determinante. L'art. 110 c.p. consente, infatti, la punibilità di condotte diverse da quella tipica, parimenti necessarie ed utili alla vita dell'associazione. Sicuramente il concorso in fattispecie strutturate come monosoggettive non presenta aspetti così problematici come nelle ipotesi in cui il reato sia già strutturato come plurisoggettivo, nelle quali si potrebbe non facilmente distinguere la figura del partecipe e quella del concorrente, con la conseguente violazione del principio di tassatività della norma penale. A ben vedere, però, tale principio non viene violato quando la fattispecie raggiunga un adeguato margine di determinatezza, rispettato nell'art. 416 bis c.p. che non si limita ad un generico riferimento all'associazione mafiosa, ma specifica quelli che sono gli elementi qualificanti del sodalizio criminoso: «il *modus operandi*, consistente nell'avvalersi della forza intimidatrice che promana dalla stessa esistenza dell'organizzazione, e la specificità del bene giuridico leso, con la conseguenza che, attraverso lo strumento intimidatorio, l'associazione si assicura la possibilità di commettere impunemente più delitti o di acquisire o conservare il controllo di attività pubbliche o private, determinando una situazione di pericolo, oltre che per l'ordine pubblico in generale, anche per l'ordine pubblico economico» (Cass. sezione prima, 16464/1990).

Le riportate acquisizioni giurisprudenziali consentono di distinguere la figura del partecipe e quella del concorrente eventuale, poiché quest'ultimo non è *parte*, non è coautore della stabile permanenza del vincolo associativo, ma apporta dall'esterno un contributo rilevante alla sua conservazione.

Passando poi ad esaminare la problematica sotto l'aspetto dell'elemento soggettivo, va precisato che questo, nel reato associativo, è caratterizzato dalla coscienza e dalla volontà di associarsi con il fine di contribuire alla realizzazione dei piani dell'organizzazione. Il concorrente eventuale pone in essere una condotta atipica e, quindi, non potrà che volere solo la sua condotta e non anche quella del partecipe. Egli intende dare un contributo consapevole e volontario senza entrare a far parte dell'associazione e, dunque, in modo autonomo ed indipendente dalla stabilità dell'organizzazione. La diversità dei due atteggiamenti psicologici, quello del concorrente e quello del partecipe, ugualmente connotati dall'esistenza di un dolo

diretto, risiede proprio in questo, nella mancanza, in capo al concorrente, dell'*'affectio societatis*.

Inoltre la sentenza Demitry, nel tentativo di fissare il limite esterno della condotta concorsuale, ha qualificato il contributo del concorrente esterno come attinente ad una fase patologica della vita associativa, dal momento che interviene in una fase di “fibrillazione” dell’organizzazione. La Corte di Cassazione ha successivamente corretto il tiro, affermando che la fattispecie concorsuale sussiste comunque, anche a prescindere dal verificarsi di una situazione di patologia nella vita dell’associazione, poiché non è detto che il contributo provenga solo da un determinato soggetto senza il cui apporto l’organizzazione andrebbe inevitabilmente incontro alla fine.

Resta piuttosto da valutare quando il contributo del concorrente possa considerarsi effettivamente idoneo al conseguimento del risultato prefissato. Non ha rilievo quindi che sia stata posta in essere un’attività continuativa o ripetuta oppure occasionale o sporadica se non si dimostra che tale apporto sia stato determinante al mantenimento in vita o al rafforzamento dell’associazione.

Nonostante gli ultimi interventi della Suprema Corte, da più parti si richiede un rapido intervento del legislatore al fine di risolvere i problemi che tale fattispecie delittuosa (coniata dalla giurisprudenza) ha generato. Infatti, le principali difficoltà si sono presentate sul versante processual-probatorio, non essendo sempre possibile dimostrare in concreto la concreta incidenza di una o più condotte sulla vita di un’intera organizzazione criminale. In mancanza dell’auspicato intervento normativo, è verosimile che – stanti le su esposte difficoltà ermeneutiche (e probatorie) – l’applicazione dell’istituto sarà limitata a determinate categorie di soggetti attivi, particolarmente qualificate sul piano istituzionale o professionale (avvocati, medici, pubblici funzionari, magistrati).