

Prefazione

Il 'concorso esterno' nel reato associativo continua ad apparire un istituto controverso, sfuggente, 'liquido'; ciò a causa della oggettiva difficoltà di definirne portata e limiti con quella precisione che sarebbe certo auspicabile, in nome di un'esigenza di certezza giuridica – se non assoluta e, perciò, illusoria – almeno ragionevole.

Il difetto di determinatezza, a dire il vero, è oggi riscontrabile in un numero rilevante di fattispecie incriminatrici ed è, peraltro, fenomeno noto e più volte denunciato. Ma forse in nessun altro caso l'eccesso di discrezionalità giudiziale in sede di determinazione dei presupposti della punibilità suscita reazioni e polemiche così vivaci, nel circuito politico-mediatico-giudiziario, come quelle che di solito accompagnano le indagini e i processi per concorso esterno. Com'è noto, questa iper-reattività si spiega col fatto che la categoria del concorso esterno è destinata a colpire repressivamente tipiche forme di collusione o contiguità compiacente tra organizzazioni criminali e 'colletti bianchi', esponenti a vario titolo delle classi dirigenti; e che il vaglio giudiziale della tipologia casistica statisticamente più diffusa, quella del cosiddetto patto di scambio politico-mafioso, implica una proiezione del controllo penale sul versante politico-istituzionale e sulle stesse modalità con le quali i politici ricercano e ottengono il consenso elettorale. Si tratta, dunque, di un controllo penale che i destinatari comprensibilmente percepiscono, da un lato, come indebitamente invasivo e, dall'altro, produttivo di effetti molto discredittanti in termini di immagine pubblica e delegittimanti dal punto di vista etico-politico. Da qui le accuse, non infrequentemente rivolte ai magistrati (presuntivamente sospettati di indebita 'politizzazione'), di utilizzare un tale dispositivo d'incriminazione come uno strumento comodo, duttile e servizievole per orientare il

controllo penale verso determinati versanti politici, piuttosto che verso altri, e ciò sulla base di preconcepite preferenze ideologiche o di obiettivi politici di parte. Vere o false, accuse di questo tenore continuano ad alimentare perversi tormentoni politico-mediativo-giudiziari, come è ad esempio dimostrato dalle reazioni seguite al recente annullamento in Cassazione della sentenza di condanna del senatore Dell'Utri (in proposito rinvio al mio intervento *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in www.penalecontemporaneo.it), o dalle polemiche in corso connesse all'andamento confuso e incerto delle indagini per concorso esterno a carico dell'attuale presidente della Regione siciliana Raffaele Lombardo.

Considerato il persistente carattere divisivo e polemologico del concorso esterno, tornare a sollevare l'interrogativo su 'cosa fare' per tentare di uscire dai ricorrenti tormentoni non sembra ozioso.

In sintesi, si prospettano due possibili strade.

La prima opzione, com'è intuibile, consiste nel continuare a mantenere la gestione del concorso esterno nelle mani della magistratura, ma nel contempo confidando in una ulteriore attività di elaborazione ed affinamento giurisprudenziale dell'istituto, così da rendere meno incerti i presupposti della punibilità. Anorché l'ultima sentenza a Sezioni Unite *Mannino* del 2005 abbia segnato un indubbio progresso lungo la via di una progressiva tassativizzazione per via giudiziale del concorso nel reato associativo, è altrettanto vero che i principi fissati in questa importante pronuncia – come l'esperienza giurisprudenziale successiva dimostra – vanno incontro a notevoli difficoltà applicative nei casi concreti che vengono al vaglio dei giudici di merito. Tra queste difficoltà, la principale riguarda la verifica giudiziale – con criterio di accertamento *ex post* – di un rapporto di condizionamento necessario tra il contributo fornito dall'estraneo e l'effetto di rafforzamento dell'organizzazione criminale. Stante questa difficoltà oggettiva, i giudici di merito si trovano di fronte all'alternativa o di vedere estremamente ridotta l'area di rilevanza penale delle condotte di concorso esterno, o di flessibilizzare più o meno surrettiziamente l'accertamento eziologico, accontentandosi così di una sorta di idoneità causale in una prospettiva *ex ante*.

In verità, tra i notevoli contributi forniti da Enzo Maiello con gli scritti sul concorso esterno raccolti in questo volume, rientra anche quello di avere benissimo evidenziato i limiti applicativi della rigorosa impostazione causale canonizzata nella sentenza *Mannino*; cosa che lo studioso ha fatto effettuando con acribia e rigore una rilettura critica di alcune sentenze di legittimità ad essa successive, tutte egualmente sintomatiche della tendenza a rispettare l'impianto della predetta pronuncia a Sezioni Unite soltanto nella forma e ad eluderne, invece, il forte spirito garantistico.

Se questo è il non confortante stato dell'arte della giurisprudenza, confidare in una ulteriore evoluzione dell'elaborazione giudiziale, mantenendo tuttavia fermo il paradigma causale quale fondamento dell'incriminazione, può invero apparire auspicio troppo ottimistico.

In linea teorica, si prospetta allora la soluzione alternativa dell'intervento legislativo *ad hoc*. Anzi, in termini di principio, questa seconda strada sarebbe da privilegiare in una sana prospettiva di distinzione dei poteri istituzionali: in una normale democrazia, infatti, il bandolo della ingarbugliata matassa del concorso esterno dovrebbe essere affidato al legislatore, quale titolare della responsabilità politica di dire la parola decisiva sui presupposti e i limiti di punibilità della contiguità compiacente. Ma il legislatore contemporaneo è capace di esprimere orientamenti chiari e univoci in una materia così complicata e conflittuale? Personalmente, nutrirei qualche riserva. Come ho avuto modo di sperimentare nell'ambito di due recenti audizioni parlamentari (una nella Commissione giustizia del Senato, l'altra nella Commissione antimafia), i nostri attuali politici – sia di centrodestra, sia di centrosinistra – non mostrano affatto di aver chiaro cosa si debba e cosa non si debba punire a titolo di concorso esterno: e ascoltano noi 'tecnici' con un atteggiamento perplesso e ambivalente (misto di incomprendimento, diffidenza e soggezione), come se fossimo strani abitanti di un altro pianeta.

Certo, proposte o abbozzi di tipizzazione legislativa di matrice professorale non ne mancano. L'intento politico-criminale che accomuna queste ipotesi di intervento normativo, è facilmente intuibile: incentrare la contiguità punibile su modalità di condotta sganciate dal paradigma della responsabilità per l'evento,

in modo da esimere il giudice dal difficoltoso accertamento di un effettivo nesso eziologico tra la condotta di sostegno esterno e il concreto vantaggio ricavato dall'organizzazione criminale (in proposito sia consentito rinviare, più diffusamente, al mio scritto *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, V, pp. 176 ss.).

La strada della diretta responsabilizzazione del legislatore, come via di uscita preferibile per affrontare più adeguatamente la tormentosa questione, è quella suggerita anche da Enzo Maiello. E non a caso. Tra gli studiosi contemporanei di diritto penale, egli rientra sicuramente nel novero di quelli che si distinguono tanto per acume intellettuale e perizia dogmatica, quanto per sensibilità garantistica. A dispetto del mio personale scetticismo, fare in modo che la parola passi al legislatore sarebbe davvero l'auspicabile obiettivo da raggiungere, proprio in nome di un diritto penale democraticamente legittimato.

Come che sia, gli scritti qui raccolti di Maiello – considerati sia nel loro insieme, sia nella coerente connessione evolutiva che lega tra di loro i singoli scritti – offrono in ogni caso una approfondita disamina dei fondamentali nodi problematici del concorso esterno, delineando nel contempo una prospettiva di felice interazione tra approccio dogmatico e analisi critica del diritto vivente: da tale approfondita disamina possono ricavare importanti indicazioni e molteplici spunti sia l'interprete del diritto vigente, sia il legislatore in una ottica *de lege ferenda*.

Ma vi è di più. La chiarezza espositiva e l'eleganza dello stile conferiscono al libro una ulteriore valenza didattica, che ne rende consigliabile la lettura anche a un pubblico di studenti.

GIOVANNI FIANDACA

SEZIONE PRIMA

*Una «judge-made law» italiana: l'affermata punibilità, ex artt. 110 e 416-bis c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti **

SOMMARIO: 1. La vicenda Frasca: una rappresentazione emblematica della crisi del modello di giustizia penale da Stato di diritto (c.d. parlamentare-legislativo). – 1.1. Il problema della qualificazione penale del patto elettorale politico-mafioso nelle sentenze emesse nel procedimento in questione. – 2. La legalità penale e le condizioni della sua osservanza. – 2.1. La fedeltà di tipo legale quale necessario abito mentale del giudice. – 2.2. Il ricorso a criteri condivisi di scienza della legislazione. – 3. Il carattere aporetico della tesi della configurabilità del concorso esterno nel patto elettorale tra candidato e associazione mafiosa. – 3.1. (*Segue*) Il suo contrasto con gli orientamenti della giurisprudenza in tema di (presupposti della) configurabilità del c.d. concorso esterno. – 3.2. (*Segue*) Il suo contrasto con la dottrina. – 4. L'inaccettabilità del discorso giustificativo nella sentenza Frasca del 16 marzo 2000. – 5. L'art. 416-ter c.p. e i suoi rapporti con la configurabilità del concorso esterno nell'accordo elettorale politico-mafioso. – 6. L'ambito di tutela delle fattispecie di corruzione elettorale e i rapporti con le esigenze repressive veicolate dal concorso in associazione mafiosa, in caso di accordo elettorale.

* In *Foro it.*, 2003, pp. 682 ss. come commento a Cass., Sez. I, 17 aprile 2002, n. 21356, Frasca, che aveva affermato «Il concorso c.d. “esterno” o “eventuale” in associazione per delinquere di tipo mafioso è una forma di partecipazione saltuaria o sporadica all'attività del sodalizio criminoso, connotata, sotto il profilo soggettivo, dalla consapevolezza dell'esistenza e delle caratteristiche del suddetto sodalizio nonché dalla volontà di contribuire al conseguimento dei suoi scopi in un determinato momento della sua evoluzione. La suddetta condotta partecipativa si esaurisce, quindi, con il compimento delle attività concordate, anche quando queste consistano nella semplice promessa di favori connessi alla carica o all'ufficio rivestiti dal concorrente ed alla contiguità, percepibile all'esterno, di costui con l'associazione mafiosa».

1. *La vicenda Frasca: una rappresentazione emblematica della crisi del modello di giustizia penale da Stato di diritto (c.d. parlamentare-legislativo)*

Di primo acchito, la sentenza in epigrafe suggerisce un genere di riflessioni che va oltre l'ambito delle pur dense questioni di diritto in essa affrontate, per investire – entro una visione non irrigidita sui profili esclusivamente esegetico-interpretativi del *decisum* – alcuni dei nodi di fondo, che condizionano l'effettiva attuazione del modello penalistico espressivo della tradizione dello Stato di diritto.

Benché la vicenda abbia conosciuto un epilogo favorevole alle ragioni di libertà individuale (dell'imputato), grazie al ripescaggio in *articolo mortis* di una delle sue garanzie più pregnanti e storicamente risalenti (l'irretroattività della legge penale sfavorevole)¹, essa lascia trasparire, ad un esame più meditato, quanto malfermi siano, nel nostro paese, i contesti di materiale agibilità del paradigma penalistico di matrice illuministico/liberale e quanto avanzato sia, purtroppo, il processo di trasformazione dei suoi assetti, proiettati verso un futuro nel quale non si riesce ancora a intravedere il profilo di nuovi, rassicuranti equilibri politico-criminali².

A stimolare queste affermazioni non è tanto, o probabilmente non solo, il minuetto di statuizioni contraddittorie, alternate in quattro delle cinque istanze del giudizio, e neppure la circostanza che il disorientamento e l'incertezza delle decisioni si sono manifestati addirittura sulla questione dell'astratta rilevanza penale delle condotte oggetto di imputazione; bensì il fatto che tutto ciò ha riguardato una materia – il regime penale della contiguità al crimine mafioso – nient'affatto marginale nel qua-

¹ In uno dei primi commenti alla decisione, è proprio questo l'aspetto prevalente di considerazione critica: cfr. MORETTI, *Brevi note in tema di applicazione dell'art. 416-bis, 3° comma, c.p.*, in *Riv. pen.*, 2002, pp. 778 ss.

² Il declino del diritto penale coniato dall'età moderna viene ormai da tempo rilevato come un dato del nostro tempo; tra i molti contributi, fondamentali MOCIA, *La perenne emergenza*, 2ª ed., Napoli, 1997; FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, pp. 23 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, *ibidem*, p. 1220; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

dro complessivo dei rapporti di diritto penale, ma che, anzi, rappresenta uno di quei terreni, sui quali la democrazia e lo Stato di diritto giocano carte decisive per la credibilità dei loro rispettivi, e complementari, programmi di tutela³.

1.1. *Il problema della qualificazione penale del patto elettorale politico-mafioso nelle sentenze emesse nel procedimento in questione*

La questione che ha originato i contrasti tra le varie pronunce concerne(va) l'individuazione del significato attribuibile, in termini di diritto penale, a quella particolare ipotesi di collusione politico-mafiosa, che si materializza nel patto stipulato tra un uomo politico, candidato in una consultazione elettorale, e una cosca, in virtù del quale il primo s'impegna – in caso di esito positivo della competizione – a rendere alla seconda una serie di favori, quale corrispettivo dell'attività di procacciamento di voti ad essa richiesta⁴.

Più specificamente, l'oggetto del dubbio interpretativo ha riguardato la configurabilità – nella situazione appena descritta – di una responsabilità per concorso nel delitto associativo dell'uomo politico, del quale non possa, ovviamente, essere predicato lo *status* di partecipe⁵.

³ In argomento, v. i contributi raccolti nel volume collettaneo *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di MOCCIA, Napoli, 1999, nonché il volume, pure esso impostato in prospettiva multidisciplinare, *La mafia. Le mafie*, a cura di FIANDACA e S. COSTANTINO, Bari, 1994.

⁴ Per la particolare chiarezza dei termini (generali) del problema, cfr. C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. I. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 121, e FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. II. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, *ibidem*, c. 127.

⁵ I casi nei quali un uomo politico è stato ritenuto organicamente inserito nella trama delle relazioni interne ad una cosca mafiosa definiscono uno spazio non particolarmente significativo della giurisprudenza. È stato, in proposito, osservato che il ricorso all'istituto del concorso criminoso nel delitto associativo si è rivelato utile anche per aver favorito decisioni giudiziali che non entrassero in contrasto con «un senso comune ambientalmente diffuso», evitando cioè di qualificare «come veri e propri 'partecipi' nel reato associativo soggetti a vario titolo funzionali alle cosche mafiose, ma a queste formalmente estranei»: così, FIANDACA, *La crimi-*

Le prime due sentenze di merito avevano negato che vi fosse spazio per il perfezionamento della fattispecie. Avevano, in pratica, adottato una soluzione che si muoveva nel solco dell'orientamento espresso dalla sentenza *Demitry* delle Sezioni Unite⁶ (e poi consolidatosi per via di numerose pronunce, intervenute negli anni successivi⁷), la quale – nel risolvere in chiave affer-

nalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di MILITELLO-PAOLI-ARNOLD, Milano-Freiburg, 2000, p. 254. L'utilità di distinguere, sul terreno del diritto positivo, chi è membro di un'associazione criminosa e chi, pur non facendone organicamente parte, vi conferisce dall'esterno contributi rilevanti per il suo mantenimento, è sottolineata anche da C.F. GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 144. Ad avviso dell'autore, il risultato interpretativo così raggiunto, dimostra che «la dommatica giuridica (...) è stata ancora una volta utilizzata al servizio degli obiettivi di politica criminale».

⁶ Cass., SS.UU., 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422, con nota di INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica; per ulteriori commenti*, cfr. SICILIANO, *Il concorso eventuale nel reato associativo dopo la sentenza della Cass.*, SS.UU., 5 ottobre 1994, in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 522; IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 858. Per un quadro complessivo delle posizioni sulla *vexata quaestio*, v. SESSA, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., pp. 191 ss.

⁷ Tra le molte, Cass. 25 giugno 1999, *Cusumano*, in *Foro it.*, *Rep.*, 1999, voce *Ordine pubblico (reati)*, n. 29; Trib. Palermo 18 novembre 1996, id., 1997, II, p. 611, con nota di VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*; 13 dicembre 1996, *ibidem*, 706; 4 aprile 1998, id., 1999, II, p. 44, con nota di VISCONTI. Quando il presente lavoro era già ultimato, è stata pubblicata la motivazione della sentenza delle Sezioni Unite (30 ottobre 2002-21 maggio 2003) emessa nel processo a carico dell'ex Presidente della I Sezione penale della Corte di Cassazione, dott. Corrado Carnevale (id., 2003, III, p. 453). Anche tale decisione – nel ribadire l'applicabilità del meccanismo estensivo della punibilità, di cui all'art. 110 c.p., ai reati associativi – ha, nella sostanza, confermato i principî enunciati dalla sentenza *Demitry*. In particolare, precisando che il contributo concorsuale punibile deve essere qualificato dai caratteri della «concretezza», dell'«effettività» e della rilevanza causale in direzione del mantenimento o rafforzamento dell'ente criminale. Il nuovo intervento delle Sezioni Unite si era reso necessario soprattutto dopo la pubblicazione della sentenza *Villecco*, emessa dalla VI Sezione (21 settembre 2000, id., 2001, II, p. 405, e *Cass. pen.*, 2001, p. 2064, con nota di IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*), che aveva sferrato un attacco ad ampio spettro ai capisaldi della sentenza *Demitry*, evidenziandone molteplici aporie ed auspicandone un superamento.

mativa il problema della generale ammissibilità di un concorso materiale nel reato associativo⁸ – aveva centrato la tipicità (plurisoggettiva eventuale) della condotta dell'*extraneus* su di un peculiare paradigma causale, nel quale il secondo termine di relazione del connesso giudizio veniva individuato nell'elemento dell'«organizzazione associativa», anziché nelle singole – seppur ricostruite nel loro complesso significato – figure associative di reato. Ne avevano, in particolare, identificato il contenuto di rilevanza nel fatto di chi, estraneo alla trama delle relazioni che fondano la condizione di intraneità associativa, fornisce all'organizzazione – in un tempo in cui questa vive una fase patologica di crisi (nel linguaggio evocativo delle Sezioni Unite «di fibrillazione») – un contributo, effettivo ed infungibile, di significativa rilevanza strumentale, che riproduce il risultato di mantenerla in vita, ovvero finanche di rafforzarne gli strumenti operativi e/o gli ambiti di influenza¹⁰.

⁸ Per un riepilogo dei relativi argomenti *pro* e *contra*, cfr. VISCONTI, *Il concorso «esterno» nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, pp. 1303 ss.

⁹ Esprime forti riserve sul requisito dell'emergenza, la cui valorizzazione avrebbe finito per ribaltare un pacifico dato criminologico, per il quale «la tendenza a interagire profittevolmente con settori e personaggi della società civile costituisce, piuttosto che un'emergenza patologica, una 'costante', una caratteristica normale delle organizzazioni mafiose», FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 258. La recente sentenza *Carnevale* delle Sezioni Unite – assumendo che, in realtà, anche nella pronuncia *Demitry*, il requisito dell'emergenza funzionale dell'associazione svolgeva non tanto una funzione costitutiva del tipo concorsuale punibile, bensì una funzione prevalentemente esemplificativa delle situazioni nelle quali con maggiore chiarezza e riconoscibilità quest'ultimo avrebbe potuto emergere – lo oblitera dai presupposti richiesti per la configurabilità della fattispecie concorsuale, concludendo che quest'ultima «sussiste anche prescindendo dal verificarsi di una situazione di anormalità nella vita dell'associazione».

¹⁰ Il superamento delle perplessità – sollevate da quanti hanno paventato che la tipizzazione in chiave rigorosamente causale del contributo concorsuale c.d. esterno, implicando il riferimento ad un mega-evento (quale il rafforzamento o mantenimento del sodalizio), esigesse una *probatio* diabolica rispetto a strutture connotate da un forte potenziale lesivo (così, G.A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, pp. 1289 ss., in sostanziale continuità con Trib. Catania 28 marzo 1991, in *Foro it.*, 1991, II, c. 472; ma, *contra*, v. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte specia-*

Questa linea interpretativa, che i giudici del merito avevano condiviso senza residui, non aveva tuttavia superato il vaglio di un primo giudizio di legittimità.

Con sentenza del 16 marzo 2000, infatti, la V Sezione della Cassazione¹¹ compiva un'operazione interpretativa di segno indubbiamente ambiguo, percorrendo itinerari argomentativi apodittici, logicamente non lineari e privi della necessaria consapevolezza dei fondamenti e della stessa natura delle scelte ermeneutiche implicate dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, nonché del carattere generalmente paradigmatico della soluzione ivi adottata, in quanto suscettibile di coprire l'intera area della contiguità compiacente¹².

Se, da un canto, quest'ultima decisione, invero, richiamava in forma adesiva la pronuncia del Supremo collegio, dall'altro si poneva rispetto ad essa in rotta di collisione, sconfessando – anche se nel solo ambito degli accordi collusivi in materia elettorale – il modello di tipizzazione causale del contributo punibile come concorso nel reato associativo¹³ e, così, aprendo la strada ad una pericolosa diaspora dei principî intorno ai quali era stata modellata la soluzione di compromesso, faticosamente raggiunta sulla *vexata quaestio* dalle Sezioni Unite¹⁴.

È accaduto allora che, ritessendo i fili di una lettura della

le, a cura di STILE, Napoli, 1985, p. 362) – si può leggere nella recentissima sentenza *Carnevale* delle Sezioni Unite, ove è scritto che «l'accertamento del nesso causale nel concorso esterno non comporta di per sé difficoltà maggiori di quanto può comportare l'individuazione di un caso di condotta interna o, più in generale, l'individuazione di una condotta idonea ed univoca agli effetti del tentativo o la ricostruzione dei presupposti delle singole responsabilità colpose individuali nel quadro dell'esercizio di attività complesse e via dicendo». Per la necessità di una «riduzione di scala» del mega-evento associazione, «mediante la scomposizione di esso in entità dotate di sostrato empirico maggiormente afferrabili e, soprattutto, comparabili con la singola condotta», si era espresso VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 1328.

¹¹ Riportata in *Foro it.*, 2001, II, p. 80, con nota di MOROSINI, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*.

¹² Su questa destinazione funzionale del concorso esterno, v. MOROSINI, *Le infiltrazioni mafiose negli appalti: associazione per delinquere e concorso esterno di politici ed imprenditori*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, cit., p. 276.

¹³ Per un rilievo omologo, MOROSINI, *Riflessi penali*, cit., p. 84.

¹⁴ Per una lettura prevalentemente critica di questa sentenza, v. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, pp. 106 ss.

nuova formulazione del 3° comma dell'art. 416-*bis* c.p., affacciata all'indomani della sua entrata in vigore, ma restata isolata nel panorama dottrinale e seguita da sporadiche statuizioni di merito¹⁵, i giudici della V Sezione hanno ridefinito i presupposti della configurabilità del concorso esterno nella specifica materia sottoposta al loro scrutinio. Ne hanno sfilacciato i confini e, amputando elementi reputati essenziali dal più volte richiamato indirizzo della giurisprudenza dominante, hanno arretrato pericolosamente la relativa soglia di punibilità; in particolare, promuovendo una prospettiva di depotenziamento lesivo dell'illecito, suggerita, con ogni probabilità, da esigenze di semplificazione probatoria¹⁶, hanno fatto coincidere la rilevanza penale

¹⁵ Trib. Palmi 25 marzo 1996, in *Foro it.*, 1997, II, c. 441, con nota di VISCONTI, *Patto politico-mafioso e i problematici confini del concorso esterno*; Trib. Taranto 29 giugno 1999, *ivi*, 2000, II, p. 166.

¹⁶ È ovvio che la definizione dell'apporto concorsuale punibile, nei termini di un'effettiva strumentalità causale, implichi l'adempimento di oneri probatori (in gran parte dei casi) finalizzati ad una verifica giudiziale più profonda e selettiva di quella richiesta per l'accertamento processuale delle ipotesi di partecipazione «interna». Una chiara consapevolezza di questo ordine di idee si rinviene nel lucido ed articolato impianto argomentativo di Trib. Palermo 13 dicembre 1996, *cit.*, p. 709, laddove si afferma che, nei processi nei quali la prova che regge un'accusa di concorso «esterno» sia costituita da chiamate in correità di collaboratori di giustizia, «la c.d. 'convergenza del molteplice' dovrà essere verificata sul singolo episodio, con riferimento sia al fatto storico, idoneo a rafforzare l'ente criminale, sia al soggetto che lo ha posto in essere». È stato allora soggiunto che «per questa fattispecie non è sufficiente che i collaboratori abbiano dichiarato genericamente che l'imputato è persona 'vicina' all'organizzazione, o a determinati soggetti aderenti ad essa», essendo richiesto «un *quid pluris* e, cioè, l'individuazione di singole ed autonome condotte, sulla base di chiamate incrociate, o di propalazioni accompagnate da riscontri oggettivi ed individualizzanti sull'episodio specifico da valutare, che abbiano contribuito in maniera decisiva a rafforzare o mantenere in vita l'apparato strutturale dell'ente criminale, in virtù del carattere di infungibilità della prestazione fornita dall'*extraneus*, rispetto a prestazioni pretendibili dagli associati medesimi». In dottrina, VISCONTI, *Il concorso «esterno» nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, *cit.*, p. 1346, aveva rilevato come il pericolo, paventato da qualche autore (INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, p. 97), che la figura del concorso esterno avesse potuto agevolare comode «scorciatoie probatorie», si era trasformato – in seguito alla sentenza *Demiry* delle Sezioni Unite – nel suo speculare rovescio: quelle «scorciatoie probatorie» – era stato osservato – «rischiano di diventare, in realtà, più facilmente praticabili dalla giurisprudenza al fine di contestare il reato di partecipazione all'associazione». Riflette sulla difficol-

del «tipo» di fatto considerato, con il mero scambio di promesse tra il sodalizio e il candidato alle elezioni.

Nell'uniformarsi a questo principio di diritto, il giudice del rinvio, investito dall'annullamento della sentenza assolutoria d'appello, dichiarava la colpevolezza dell'imputato, ravvisando nella sua condotta gli estremi della violazione del 3° comma dell'art. 416-*bis* c.p.

Adita nuovamente, questa volta su ricorso della difesa, la Corte si è pronunciata con la sentenza in epigrafe; con essa, per un verso, viene ratificata la svolta interpretativa impressa dal precedente arresto della V Sezione, per l'altro, dopo averne delineato con maggiore nettezza l'asserito fondamento normativo, ne è sancita l'inapplicabilità ai fatti del processo.

Sotto il primo profilo, i giudici della I Sezione hanno osservato che, effettivamente, la modifica al 3° comma dell'art. 416-*bis* c.p. – con cui è stata inserita tra le finalità che denotano il programma operativo dell'associazione di stampo mafioso, quella di «impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé od altri in occasioni di consultazioni elettorali» – va interpretata come costitutiva di una nuova ed autonoma incriminazione (sic!), «che qualifica in modo diverso rispetto alle altre finalità cui tende il sodalizio mafioso in combutta con chi va a caccia di voti e che non esita, pur di raggiungere l'agognato successo elettorale, a stipulare patti scellerati con la criminalità»(?).

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto – la dichiarata inapplicabilità di questa (che è stata) ritenuta (una) «figura inedita di reato» alle imputazioni contestate – la Corte regolatrice, sul presupposto (solo apparentemente scontato, come dimostrano le «distrazioni» in cui sono incorsi i primi giudici di le-

tà di accertamento dei «casi» di concorso esterno, da ultimo, COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 910. Sui pericoli di espansioni repressive incontrollate connesse all'utilizzazione della figura del concorso esterno, specie per colpire forme di esercizio del diritto di difesa, cfr. MANNA, *L'ammissibilità di un concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, *ivi*, 1994, pp. 1198 ss. Per un'efficace messa a punto dei problemi che sul terreno della prova determina la peculiare struttura del reato associativo, v. NAPPI, *Il problema della prova nei reati associativi*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, pp. 205 ss.

gittimità e la Corte territoriale di rinvio) che la nuova fattispecie non avrebbe potuto, in ogni caso, sfuggire al regime codicistico dei limiti temporali di operatività della legge penale sfavorevole, ha ritenuto l'imputato non punibile per i fatti a lui ascritti, in quanto, sebbene conformi ai profili di rilevanza dell'ipotesi criminosa come sopra ricostruita, commessi – secondo il medesimo capo di accusa – in epoca antecedente alla sua entrata in vigore.

Rispetto a tale ultima questione, ben può dirsi – sul piano di una valutazione puramente formale della vicenda giudiziaria – che essa si è conclusa con la riaffermazione di una idea-guida della cultura penalistica dello Stato di diritto. La «regola aurea» della irretroattività della legge deteriore¹⁷ è stata, infatti, confermata nella sua efficacia di limite garantistico assoluto, che, nel tutelare il diritto del singolo di non essere punito sulla base di una norma applicabile *ex post factum*, ribadisce, in ultima analisi, il carattere assorbente dei vincoli legali al potere di punire, rispetto a (reali o supposte) esigenze di giustizia sostanziale e/o del caso concreto.

Ma potrebbe, con altrettanta perentorietà, formularsi un giudizio analogo sul diverso, ma intrecciato, piano della sicurezza ed effettività delle garanzie (penali) di libertà?

Le spire tortuose nelle quali si è sviluppato il processo, l'inopinato mutamento in *malam partem* – verificatosi con la sentenza che definì il primo giudizio di legittimità – di un indirizzo interpretativo ricevuto pressoché pacificamente e la circostanza che, solo con una seconda pronuncia della Corte di Cassazione, sia stata riconosciuta l'inapplicabilità della modifica (avente l'asserita funzione incriminatrice) dell'art. 416-*bis*, 3° comma, c.p. ai fatti oggetto d'imputazione, stanno a testimoniare (drammaticamente) che – nella concreta esperienza di funzionamento del

¹⁷ Sul tema, da ultimo riassuntivamente, CADOPPI, *Il principio di irretroattività, in Introduzione al sistema penale*, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Torino, 1997, I, pp. 162 ss. Per la riaffermazione del principio, anche in rapporto a situazioni nelle quali una sua intransigente applicazione potrebbe condurre a risultati contrastanti con il sentimento di giustizia, VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, *passim*. Per interessanti riflessioni su quest'opera, si leggano gli interventi di ZAFFARONI e di AMATI, apparsi entrambi su *Critica del diritto*, 2002, rispettivamente pp. 361 e 375.

vigente sistema di giustizia penale – si può far fatica finanche ad applicare una garanzia fondamentale, quale la «regola d'oro» del divieto di retroattività della legge sfavorevole.

Che questo possa accadere (come attesta l'incontrovertibile andamento delle cose, purtroppo non riferibile alla sola vicenda da cui trae spunto il presente scritto) è un fatto che non vulnera mere aspirazioni vetero-illuministiche, legate, cioè, ad una sorta di «eldorado» penalistico che – forgiato dal razionalismo settecentesco (per alcuni solo astrattizzante ed utopico) – non è mai riuscito, storicamente, ad imporsi come un modello compiuto di diritto penale¹⁸.

Più precisamente: un assetto penalistico di tutela, ove riesce difficoltoso rispettare le regole che dovrebbero presidiare il diritto del cittadino di compiere libere scelte di azione, senza timori di punizioni (ma anche di accuse giudiziarie) imprevedibili¹⁹, non lede soltanto le pretese di «affidamento» ancorate ad un diritto penale «conoscibile nella sfera parallela dei laici» (in quanto costituito da figure di reato ancorate ad un sistema convenzionale di valori e di norme extrapenali di civiltà)²⁰, ma pone in crisi anche più realistiche e disincantate aspettative. Segnatamente, quelle coltivate da quanti, sulla scia degli esiti prodotti dall'er-

¹⁸ Sulla parabola involutiva, che ha progressivamente eroso la portata vincolante dei principî che connotano il modello del garantismo penale, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 1989. Con particolare riguardo alle vicende che hanno investito la tenuta del principio di legalità, cfr. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 484 ss.; ID., *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1991, pp. 3 ss.; ID., *Clausole generali e regole di interpretazione come «principî di codificazione»*, in AA.VV., *Valore e principî della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, pp. 109 ss. Per una compiuta messa a punto delle funzioni sistematiche del principio di tassatività/determinatezza, cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

¹⁹ PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 436.

²⁰ Fondamentali HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1973, p. 160 s., che parla di normative *gesellschaftliche Verständigung*; ZIPF, *Politica criminale*, trad. it., Milano, 1989, pp. 68 ss., e, nella dottrina italiana, MARINUCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 467 ss.; MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principî costituzionali*, Padova, 1988, pp. 32 ss.

meneutica gadameriana ed in opposizione all'idea dell'autosufficienza semantica propria dell'imperativismo di stampo giuspositivistico²¹, hanno preso ormai atto che l'attività interpretativa sconta un margine di creatività ineliminabile²², al punto da indurre – finanche nel diritto penale, ove la funzione di «vincolo» esercitata dal testo scritto è, per dettato costituzionale, assoluta²³ – a considerare la norma «reale» quale risultato sia della interazione discorsiva con le peculiarità del fatto concreto, sia del fatto che «l'enunciato normativo non può non essere esposto ... alla vitalità e al flusso evolutivo delle cose»²⁴.

L'ulteriore corollario di tale ordine di idee sta nell'acquisita consapevolezza che la definizione della (compiuta) portata di una regola normativa di condotta è sempre suscettibile di quegli aggiustamenti e di quelle integrazioni, imposti dal confronto incessante con la realtà dei fatti; in effetti, l'infinita morfologia degli accadimenti umani, pur se selezionati legislativamente

²¹ Sulle implicazioni che, in tema di interpretazione giuridica, scaturiscono dalla teoria filosofica dell'ermeneutica (*id est* dall'ermeneutica generale), cfr., tra gli altri, MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, spec. pp. 16 ss., e ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans George Gadamer*, Milano, 1984; ID., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984.

²² Così, LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, p. 372, per il quale «la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto». In argomento, di recente, TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 11 ss.

²³ Reinterpreta il fondamento del divieto di analogia in materia penale, e la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, alla luce della «teoria degli insiemi», PAGLIARO, *op. cit.*, pp. 440 ss. Sugli sbarramenti interpretativi discendenti dall'elemento testuale nel diritto penale, cfr. VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999, pp. 300 ss. Constata – sulla scia della posizione di Arthur Kaufmann (esposta in *Analogie und «Natur der Sache»*, Heidelberg, 1982), secondo cui ogni applicazione del diritto si configura come un processo analogico – che il divieto normativo di analogia non immunizza *ex se* dai rischi di arbitrio interpretativo, in quanto «è pur sempre interno al procedimento interpretativo, e, come tale, deve essere a sua volta interpretato», ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1552; sul punto, v. anche HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 2, 1997, pp. 171 ss.

²⁴ VIOLA-ZACCARIA, *op. cit.*, p. 307.

te sulla base di requisiti che ne fanno una classe «chiusa» di situazioni, è destinata ad esercitare – per una teoria ed una pratica dell’interpretazione che si dichiarino debitorie dell’apertura ermeneutica – una funzione di continuo rimodellamento dei confini della fattispecie legale di riferimento²⁵. Rafforzando, in definitiva, il convincimento di quanti concepiscono l’interpretazione come luogo in cui si svela il senso del diritto²⁶.

Orbene, anche nell’adesione ad un’ottica di questo tipo, che, come si è detto, reinterpreta i vincoli in materia di fonti alla luce del carattere analogico-circolare dell’epistemologia giudiziaria, l’esigenza di poter procedere ad una ricognizione dell’area di significanza del divieto – che non risulti particolarmente problematica, al punto da impedire una prevedibile applicazione del diritto compromettendo, così, l’uguaglianza giuridica dei cittadini – deve considerarsi un punto irreversibile dell’evoluzione, in chiave garantistica e ordinante, della disciplina dei poteri di autorità. Ciò in quanto – com’è stato osservato – «la legalità è anche certezza del diritto», che, se per un verso, «non può esaurirsi nel dato testuale di partenza», per l’altro, deve pur sempre poter contare «sulla certezza dei meccanismi e delle regole che attengono al procedimento applicativo della legge (da quelle concernenti l’interpretazione a quelle processuali, passando attraverso il corretto uso del potere discrezionale del giudice)»²⁷.

Ed allora, il diritto del singolo a non essere perseguito penalmente per fatti commessi in epoca anteriore all’entrata in vigore della legge incriminatrice, rappresenta una sorta di principio «primo» del sistema delle garanzie penali: senza una sua reale, ma anche agevole, praticabilità non avrebbe alcun senso la posizione degli altri vincoli liberali di tutela, nella materia dei reati e delle pene.

²⁵ In questo spazio va collocato il ruolo, progressivamente crescente, di co-produttore del diritto esercitato (talvolta in antagonismo con lo stesso legislatore) dai giudici; in proposito, cfr. FIANDACA, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, pp. 21 ss.

²⁶ VIOLA-ZACCARIA, *op. cit.*, pp. 459 ss. Cfr. anche BARATTA, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali storia cultura giur.*, 1990, pp. 189 ss.

²⁷ Le frasi riportate tra virgolette sono di GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, I, p. 83.

D'altro canto, il fatto che la irretroattività della legge sfavorevole funga da «prologo» a tutte le altre garanzie penali determina, a nostro sommo avviso, la necessità che la sua efficacia si espanda ben oltre l'ambito legato alla pronuncia definitiva del giudizio, dovendosi tradurre in un vero e proprio diritto del cittadino a non essere inquisito e, a fortiori, tratto a giudizio per fatti non denotati come reato al tempo della loro commissione²⁸.

Né, a supporto di una (pur all'apparenza prospettabile) fragilità dialettica dell'assunto, si potrebbe obiettare che esso sarebbe destinato ad infrangersi contro la previsione del codice di rito penale che – contemplando tra le formule di proscioglimento e di assoluzione l'ipotesi che «il fatto non è previsto dalla legge come reato» – metterebbe, perciò, in conto, che, a carico di taluno, possa essere esercitata un'azione penale in violazione degli artt. 25, 2° comma, Cost. e 1 c.p.

Sarebbe infatti agevole, alla stregua delle comuni regole di ermeneutica legale (oltre che del fondamentale enunciato logico, secondo cui le pretese del dover essere non possono essere ricavate dall'esperienza dell'essere²⁹), motivare la radicale insostenibilità dell'assunto, che pretendesse di inferire dalla vigenza della richiamata formula di proscioglimento una conferma indiretta del carattere fisiologico e, perciò, legittimo dei casi di esercizio dell'azione penale, avvenuto in aperto contrasto col *nullum crimen sine lege*.

In primo luogo, questa tesi non terrebbe conto della provenienza storica dell'idea stessa di «fatto tipico»³⁰, la cui irruzione – nel panorama concettuale illuministico – scaturì dall'esi-

²⁸ Osserva, tuttavia, che il disposto letterale dell'art. 25, 2° comma, Cost. stabilisce una regola fondamentale «che è tuttavia destinata a risultare 'operativa' soltanto nella fase terminale di un processo, quando si tratta di decidere per la condanna o l'assoluzione», PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, cit., p. 309; ID., *Intervento*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezza del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 22.

²⁹ Si tratta della c.d. «legge di Hume», enunciata in HUME, *Trattato sulla natura umana*, trad. it., Roma-Bari, libro III, parte I, pp. 481 ss.

³⁰ Sul tema, approfonditamente, GARGANI, *Dal «corpus delicti» al «Tatbestand» – Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, pp. 286 ss.