

IL CONCORSO ESTERNO “ALLA VITA DELL’ASSOCIAZIONE” E IL PRINCIPIO DI TIPICITÀ PENALE^(*)

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Oggetto e obiettivi dello studio. – 2. Che cos’è il principio di tipicità penale. – 3. L’unità o la pluralità dei titoli di reato e il concorso “nel medesimo reato”. – 4. Applicazione di questi principi ai reati associativi. – 5. Legalità *vs.* formalismo nel concorso di persone nel “medesimo” (titolo di) reato. – 6. Anche nel normale concorso di persone non si concorre in un “evento” (concorso di cause), ma in un (fatto-)reato. – 7. Che cosa succede se si dà un contributo a un’associazione criminosa, senza aiutare l’attività di organizzatori, capi o partecipi. – 8. La verifica comparata del § 129 del codice penale tedesco (StGB). – 9. Che cosa ha fatto, viceversa, la giurisprudenza italiana costruendo la figura del concorrente esterno e “applicandogli” la cornice edittale e il titolo di reato del partecipe intraneo. – 10. Il caso del concorso “esterno” nella violenza sessuale di gruppo. – 11. La costruzione ermeneutica di un tipo nuovo di parte speciale e la sentenza Contrada della Corte Edu. – 12. L’impatto di una nuova lettura conforme a Costituzione dell’art. 114 c.p. (partecipazione esigua in una sola fase della realizzazione), quale regola giudiziale-commisurativa, e non regola tipizzante il limite inferiore della partecipazione. – 13. Conclusione. Esiti pratici costruttivi dell’analisi compiuta.

1. Oggetto e obiettivi dello studio.

Cercherò di sottoporre a un *test tecnico-scientifico* la vicenda della costruzione giudiziale del concorso esterno nel reato associativo apportando al dibattito ultratrentennale alcuni argomenti nuovi. L’intento è anche di arricchire l’elaborazione del *principio di tipicità*, espressione penalistica della legalità, al quale Mauro RONCO ha dedicato un libro importante una quarantina di anni orsono¹. Nell’occasione sarà proposta, nel contesto della dialettica fra logica della tipicità e logica della commisurazione sanzionatoria, una nuova interpretazione dell’art. 114, co. 1, c.p. come regola diretta al giudice e non a definire il limite inferiore della partecipazione punibile: una reinterpretazione che offre la base per una applicazione finalmente reale dell’attenuante e serve a rileggere anche i reati associativi in un contesto più “coerente” fra parte generale e parte speciale. Tutto il tema del concorso esterno, infatti, deve essere ripensato alla luce delle regole basiche del concorso di persone, dal quale trae decisivi elementi di conoscenza, così come da analisi comparate che si dimostrano in questo campo di straordinaria utilità.

Si noti che nella nostra cultura è messa in discussione, soprattutto però nella tradizione orale, la stessa possibilità che il penalista offra dimostrazioni *scientifiche* di

* Scritto destinato agli *Studi in onore di Mauro Ronco*.

¹ M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979.

alcunché². Nella tradizione scritta, invece, la maggioranza elevatissima degli studiosi, lungo tutto il Novecento, ha coltivato il convincimento teorico o pratico che la dogmatica penale costituisca una parte centrale del sapere scientifico, salvo precisare che essa non è sufficiente a esaurire lo statuto epistemologico del diritto penale come disciplina di studio, dovendo essere “integrata” da altri saperi non normativi³. Il *test* riguarderà soprattutto la dogmatica come strumento di garanzia⁴. Si tratta di una verifica di interesse teorico-pratico, che ritengo falsificabile e come tale scientifica, fondata su principi, regole ermeneutiche, categorie sistematiche, raffronti comparati, di consolidata tradizione e ricezione, utilizzati in forma dimostrativa e non meramente retorico-argomentativa⁵.

² Ci sono gli scettici ad oltranza, gli àpoti per partito preso, per convinzione, coloro che pensano che il diritto penale sia solo uno strumento della politica criminale, cioè della lotta alla criminalità; o che ritengono di fatto che *tutto il diritto* si occupi di retorica, di argomentazioni più o meno plausibili per sostenere alcune scelte politiche quali sono le norme di legge o per interpretarle processualmente in un certo modo: e dunque sono scafati e non “*se la bevono*”; “sanno” per esperienza che tutto si può giustificare e motivare, che nulla è eterno, che le soluzioni giuridiche cambiano tanto quanto le regole, che lo scopo divora ogni concetto e categoria, che di scientifico (inteso riduttivamente ed erroneamente come vero, immutabile e certo, una sorta di divinizzazione della conoscenza) non c’è nulla al di fuori (si vorrebbe credere) delle scienze naturali, sperimentali o matematiche. In un diverso contesto di pensiero, per una riflessione epistemologica sui percorsi culturali per riconoscere al diritto penale uno statuto scientifico, si consenta di rinviare a M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011 specialmente i cap. I, III e IV, nonché ID., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95 ss., e altresì in M. DONINI, L. STORTONI, a cura di, *Il diritto penale tra scienza e politica. In ricordo di Franco Bricola vent’anni dopo*, BUP, Bologna, 2015, 75 ss.

³ Sui momenti non “interdisciplinari”, ma “integrati”, delle scienze penali, cfr. per un aggiornamento del dibattito il nostro *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, cap. 3 di *Europeismo giudiziario*, cit., 121 ss., ora anche in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. MOCCIA, A. CAVALIERE, Esi, Napoli, 2016, 7 ss.

⁴ Cfr. M. RONCO, *La dogmatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *Indice pen.*, 2014, 333 ss. Sulla funzione di garanzia dei diritti (non garanzia di mera razionalità) della stessa scienza penale (che contiene in sé la dogmatica, ma anche saperi empirici) si consenta di rinviare ai nostri *Scienza penale e potere politico*, cit., 104 ss.; ID., *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.*, n. 6/2016, 1853 ss.

⁵ Sul concetto di dogmatica, che potremmo richiamare a tale riguardo, cfr. la definizione proposta in *Oggetto, metodo, compiti della scienza penale*, in *Europeismo giudiziario*, cit., cap. IV, 173 ss., spec. 197 ss. (§ 9), con altri richiami, e l’ampia rassegna comparata sulla scienza penale “dogmatizzante” del ‘900 penalistico ivi contenuta nel cap. I. La definizione della dogmatica come tipologia qualificata di argomentazione non meramente retorica, a metà strada fra l’*episteme* dimostrativa pura e la mera opinione priva di validità epistemologica, non segue il criterio “forte” per il quale “una dimostrazione di P è un’argomentazione deduttiva in cui P è la conclusione e le premesse iniziali sono tutte accettate come vere”. Infatti la dimostrazione è di varie specie, si può fondare su premesse non solo deduttive, ma anche su inferenze probabili da un sistema complesso, oltre che su principi gestiti in modo flessibile. A ciò consegue il valore più argomentativo, che dimostrativo in senso forte, del ragionamento. Tuttavia non si tratta di un’argomentazione “retorica”, ma di un modello di argomentazione finalizzato alla certezza dei rapporti giuridici. La falsificabilità della dimostrazione, se corretta, passa dunque anche qui attraverso la modifica o la contestazione delle premesse. Per una sintetica tassonomia degli argomenti (dimostrativi, quasi-dimostrativi, retorici etc.) cfr. G. BONIOLO, P. VIDALI, *Strumenti per ragionare*, B. Mondadori, Milano, 2002, 61 ss. L’ingresso di basi induttive nell’argomentazione accentua ovviamente il significato probabilistico del procedimento o il valore provvisorio delle premesse.

La *salus reipublicae* ha guidato l'indirizzo giurisprudenziale in oggetto. In ciò stanno la sua virtù e il suo limite tecnico. Poiché il nostro studio andrà a intaccare le certezze degli strumenti normativi sui quali si è costruito l'intervento giudiziario sulla fattispecie-simbolo di questa lotta, cioè il delitto di associazione di tipo mafioso, l'analisi toccherà da vicino quella che abbiamo definito *l'ermeneutica di lotta*: vale a dire l'uso delle fattispecie per combattere un fenomeno generale⁶. Nel caso di specie, si potrà vedere come la prassi giudiziaria possa essere *in parte* valutata come legittima, anche se *in parte* necessita sicuramente ancora di più oggi di un intervento legislativo.

2. Che cosa è il principio di tipicità penale.

La *tipicità penale*⁷ di cui parliamo non è il fatto tipico di Beling e Delitala, o il fatto oggettivo in senso stretto modellato sulla singola incriminazione (tipicità

⁶ M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, 55 ss.; ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS e R. ORLANDI, Giappichelli, Torino, 2006, 19 ss. Per ulteriori precisazioni dell'uso della categoria, legittima nella fase delle indagini, ma non nel controllo giurisdizionale, v. da ultimo ID., *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice penale delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Questione giustizia*, Numero speciale (e-book) su *Terrorismo, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, settembre 2016, 113 ss., spec. 125 ss., 140 ss.

⁷ Cfr. sul tema, nella letteratura italiana, oltre a G. VASSALLI, voce *Tipicità* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 535 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 112 ss. e *passim*; quindi, nel continente latino-americano, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal, Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Ed. Ibañez, Bogotá, 2011, 201 ss. (Cap. 9 su "el principio de tipicidad inequívoca"); v. pure le diffuse analisi linguistico-concettuali del tipo e della tipicità in E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal, Parte gen.*², Ediar, Buenos Aires, 2005, 434 ss.; ampiamente, a livello monografico più recente, G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, Cedam, Padova, 2009, cap. I-III e *passim*; R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, BUP, Bologna, 2007, 169 ss., 199 ss., 285 ss., 309 ss., 346 ss. e *passim*. Nella manualistica italiana, cfr. soprattutto F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, parte gen.⁵, Giappichelli, 2016, 78 ss., 81 ss. In rapporto al diritto penale internazionale M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità del reato" *nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 41 ss., 63 ss. La letteratura consolidata peraltro tratta la tipicità (anche con le sue "funzioni di garanzia", già ben evidenziate all'origine del *Tatbestand* ristretto in Beling) in senso più restrittivo e sistematico, collegandola solo al fatto tipico, cioè alle specifiche modalità descritte del comportamento tipizzato nella singola incriminazione: una storia dottrinale "universale" della categoria sotto questo profilo in L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*³, tomo III, Losada, Buenos Aires, 1965, 743-798; istruttivo, per la storia della recezione spagnola del *hecho típico*, J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, II, Teoría jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 1998, 81 ss.; v. pure M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 49 ss., 100 ss. (tipicità come sinonimo di tipicità oggettiva e soggettiva del fatto); A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2007, 74 ss. (tipicità della condotta quali aspetti soggettivi e oggettivi corrispondenti a una figura di reato); M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Giuffrè, Milano, 2004, Pre-Art. 39/28 s.; G. FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. V, 1991, 152 ss.; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, parte gen.³, Utet, Torino, 2008, 151 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen.⁶, Zanichelli, Bologna, 2010, 182 ss.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, parte gen.⁶, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, 190 ss. In prospettiva soprattutto storica, rileggendo la tipicità ristretta del *Tatbestand* di Beling, A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997,

oggettiva del fatto), ma esprime *un modo di essere della legislazione penale*, è una categoria di scienza legislativa in funzione di garanzia: non solo il comportamento incriminato deve essere un fatto del tutto specifico con un *nomen iuris*, un'autonomia di disvalore oggettivo scolpito nelle modalità di lesione (disvalore d'azione e di evento) e una corrispondente cornice di pena. Anche il dolo e la colpa che co-definiscono il comportamento tipico, ma pure le scusanti, le cause di non punibilità, le circostanze sono sottoposti a un *vincolo di tipicità*, vale a dire di tipizzazione legale dei loro contenuti e delle loro previsioni. Non possono esistere in diritto penale *illiciti innominati e atipici*⁸. Tutto ciò differenzia profondamente il penale dal mondo extrapenale, le sue logiche ascrivitive, la sua narrazione e anche i suoi limiti di prova e di garanzia processuale. Quanto alla colpevolezza interiore, essa non si prova in quanto non è tipizzabile, ma semmai solo ascrivibile (*sic*): si possono tuttavia tipizzare le scusanti che contrassegnano l'inesigibilità di un'osservanza gravemente impedita da una situazione motivante anomala.⁹

Gli istituti fondamentali della responsabilità penale (elemento oggettivo e soggettivo del fatto, causalità, circostanze, tentativo, concorso di reati, elementi della

passim. Il significato della "tipicità penale" qui ripreso e approfondito non è un concetto sistematico e non corrisponde, dunque, a quello classico della teoria del reato del Novecento di influenza tedesca, **la cui eredità dovrebbe comunque essere integralmente ripensata e riscritta**, essendo essa nata e cresciuta sul 'dogma' del fatto tipico oggettivo ristretto, il cui contenuto proprio di *garanzia* si è via via allargato sempre più, tanto che la tipicità è divenuta prima anche normativa, poi anche soggettiva e poi si è estesa a situazioni penali tipizzate, ma responsabilizzanti, estranee al 'fatto' e all'illecito. Questa evoluzione, in realtà, porta a compimento una parabola che dissolve dall'interno la sistematica tedesca del Novecento, sia se si identifica il "tipo" sistematico con un giudizio di disvalore tipico, e dunque con il tipo di illecito (per tutti J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, Parte geral, Tomo I^o, Coimbra Editora, 2012, § 10/50-57) e sia ancor più se lo si valorizza in termini di garanzia (come Ernst Beling pensò all'origine il fatto tipico): se tutto deve essere tipizzato, non esiste il fatto tipico oggettivo quale nucleo assorbente la tipizzazione e quale contrassegno della legalità penale, perché la tipicità/legalità abbraccia elemento oggettivo e soggettivo, elementi normativi del fatto, condotta, evento, causalità, ma anche tentativo, concorso di persone, offesa, scusanti, cause di esclusione della pena, circostanze, presupposti processuali. Occorre allora assegnare al fatto tipico in senso sistematico funzioni diverse e ulteriori rispetto a quelle specifiche di garanzia (esattamente J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Op. ult. cit.*, § 10/53), orientate all'identità del *tipo di illecito*, ma così ridimensionato e in realtà ampliato esso perde la sua fisionomia primigenia, ed è solo l'elemento *oggettivo* del "tipo" di illecito al quale si aggiungeranno altre "tipicità", altri elementi normativi e soggettivi "del fatto", tipizzanti l'illecito. Sviluppi di tale impostazione in M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 49 ss., 108 ss.

⁸ In termini, G. VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 536 s.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 81 s. Veramente, la giurisprudenza, valorizzando l'eccezione codicistica dell'art. 434 c.p. (che "autorizza" la costruzione di disastri innominati e dunque atipici), ha riesumato il disastro innominato dalle ceneri della dimenticanza e, come noto, ha costruito analogicamente nuovi tipi desunti da un modello ermeneutico (un "typus?") desunto dai disastri nominati esistenti. Su questa singolare vicenda, nella vigenza della Costituzione del 1948, che ha portato alla costruzione di illeciti penali innominati di matrice giurisprudenziale (anche se avallati da una norma pre-costituzionale del codice penale), si consenta di rinviare al nostro M. DONINI, [II diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, 13 ss., § 10.

⁹ La colpevolezza, nelle sue componenti interne di motivazione, non è oggetto di prova: la colpevolezza come normale motivabilità è oggetto di prova di regola solo nelle ipotesi scusanti, le cause tipiche che la escludono. *Amplius* M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss.

colpevolezza, scopi della pena, condotte riparative e benefici connessi etc.) *devono* dunque essere tipizzati, non semplicemente previsti dalla legge¹⁰. E là dove questo compito non sia stato sufficientemente compiuto dal legislatore (salva la violazione di riserva di legge e determinatezza), spetta all'interprete attuare una *tipizzazione interpretativa*, nel solco della legalità e di altri principi sovralegislativi, compiendo il disegno epistemologico-garantistico di "chiusura" degli istituti penalistici alla mera discrezionalità, a un'evoluzione ermeneutica di semiosi illimitata o di autopoiesi giuridica. Il *principio di tipicità penale*, che dunque *non è una nozione analitica della sistematica* (come lo è invece il fatto tipico), vieta di trasformare i reati in illeciti innominati e atipici, di modellarli sul paradigma dell'illecito civile extracontrattuale. Come "fattispecie di garanzia"¹¹, essa impedisce di ridurre le categorie della responsabilità penale a meri indici di discrezionalità e commisurazione della pena¹², e anzi tende al contrario a ricondurre la commisurazione a parametri tipizzati (indicazione legale di circostanze proprie e improprie) di predeterminazione delle scale sanzionatorie.

Questi tratti si manifestano in modo peculiare anche nella disciplina e nella struttura tecnica dell'istituto del concorso di più persone nel reato nel suo rapporto con

¹⁰ Legalità e tipicità, dunque, non coincidono (v. sul punto gli scritti cit. alla nota 7). La tipizzazione può anche risultare, e non solo in un sistema consuetudinario, da fonti giurisprudenziali, mentre è del tutto tradizionale la presenza di illeciti o sistemi giuridici fondati sulla legalità ma non rispettosi del principio di tipicità. **Tra i numerosi settori** che interessano **questioni di tipicità** in senso stretto, oltre al concorso di persone, si pensi alla tematica della colpa come fattispecie aperta, al nesso fra tipicità e offesa, alla tipicità del rapporto causale e del nesso di rischio, al reato proprio, all'*abolitio* parziale e del tipo di illecito, alle attenuanti generiche e alle aggravanti indefinite, alle norme penali in bianco, alle clausole di analogia espressa, alle violazioni della determinatezza/tassatività per difetto di tipizzazione e non per vaghezza linguistico-concettuale di alcuni elementi descrittivi o clausole generali, etc. Un discorso a parte va fatto per **le cause di giustificazione**. Esse appartengono di regola a tutti i rami dell'ordinamento, non sono norme penali in senso stretto (anche se alcune sono pensate per escludere l'illeceità penale prima di tutto, e tutte condizionano l'operatività degli stessi precetti penali). Pertanto, esse non soggiacciono al medesimo *standard* di tipicità delle norme penali.

¹¹ La traduzione più congrua della tipicità penale nel linguaggio della tradizione dogmatica tedesca non è dunque certo la *Tatbestandsmäßigkeit* (tipicità come conformità al tipo), e neanche l'*Unrechtstypus* (il tipo di illecito), che non comprendono elementi esterni al singolo reato, regole di parte generale, colpevolezza e scusanti, condizioni di punibilità, circostanze, forme di manifestazione etc., ma il *Garantietatbestand* (fattispecie di garanzia), risalente a elaborazioni di Lang-Hinrichsen e K. Engisch, e in generale la *Garantiefunktion des Strafgesetzes* (funzione di garanzia della legge penale). Rinvio soltanto a H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT⁵, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 133 ss., 246; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, Beck, München, 2006, § 10/2-4.

¹² La tipicità penale è dunque il contrario della discrezionalità in diritto penale: per questa valenza "antitipica" della discrezionalità, e la recezione costituzionalizzata di un concetto ampio di "fattispecie di garanzia" (*Garantietatbestand*) che è di fatto la tipicità penale di cui discorriamo, v. per tutti F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965, 100 ss., 201-202, 319 ss. e più di recente G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 75, 143 ss., 156 ss., e *passim*. Viceversa, la discrezionalità non è il contrario della legalità, potendo essere legalmente disciplinata, e potendosi prevedere per legge situazioni non pienamente "tipizzate" (per es. alcune scriminanti o vari elementi normativi) o bisognose di definizioni legali, o necessitanti, altrimenti, tipizzazioni interpretative (per es. nozioni di causalità, pericolo, concorso di persone etc.).

le diverse “tipicità” delle incriminazioni con le quali le regole di parte generale s’incontrano per generare nuove forme di responsabilità esse stesse *di parte generale*: i concorrenti¹³. Si può anzi sostenere a buon diritto che la letteratura italiana ha valorizzato la tipicità in senso moderno-legislativo, anziché dogmatico-restrittivo à la *Beling*, proprio nel concorso di persone¹⁴: perché scoprendosi qui davvero non il

¹³ Per alcuni difetti del codice penale del '30, al riguardo, in relazione al ruolo dell'illecito contravvenzionale e dello stesso istituto del concorso di persone sul piano della dissoluzione del sistema di garanzia legale in scale puramente commisurative (discrezionali), sia consentito ancora il rinvio a M. DONINI, [Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 221 ss.

¹⁴ In relazione al concorso di persone nasce una riflessione nuova, in realtà, sulla tipicità del reato: oltre al citato libro di RONCO, *Op. cit.*, spec. 261 ss., 300-306, e a quanto osservato da VASSALLI, *Op. loc. cit.* a nota 8, cfr. *ex multis* C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, Palermo, 1952, 31 ss. (“il concorso come capitolo della dottrina del fatto”), 38 ss.; R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956, 3-6, in nota (pagine ancora fondamentali sull'estensione della tipicità a tutti gli elementi legali che definiscono la responsabilità penale); M. GALLO, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1957, 10 s., 12 ss., 19 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*², Morano, Napoli, 1964, 73 ss., 149 ss. (sul ruolo della volontà e non solo della causalità, nel definire la “tipicità indiretta” delle condotte di istigazione e di agevolazione); L. MONACO, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in G. VASSALLI, a cura di, *Problemi generali di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1982, 119 ss. (e in questa raccolta, fra gli altri, i contributi di Bettiol, Contento, Padovani, Morselli); L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1358 ss., 1411 s. (che propone di colmare il difetto di tipicità della disciplina italiana sul concorso di persone attraverso una serie di letture *a contrario* della disciplina, nel senso della sufficienza di apporti tipici – accordo, istigazione, minima importanza – ma non causali); M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 179 ss. (con una rilettura sistematica dei rapporti fra tipizzazione, causalità e fatto proprio); S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, 1 ss.; G. GRASSO, *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in A.M. STILE, a cura di, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991, 131 ss.; G. INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 440 ss.; M. DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 315 ss., spec. 333 ss. (tipicità e causalità quali criteri concorrenti di individuazione delle forme di partecipazione); F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Jovene, Napoli, 2012, spec. 209 ss., 239 ss. Con riferimento (anche) al reato proprio e al concorso in esso v. per tutti, più di recente, M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Giuffrè, Milano, 2004, 62 ss., 158 ss., 249 ss., 373 ss.; A. GULLO, *Il reato proprio*, Giuffrè, Milano, 2005, 309 ss.; D. FALCINELLI, *Reato d'autore e tecniche di frammentazione penale*, Pisa Univ. Press., Pisa, 2014, 29 ss., 83 ss. In relazione al reato a concorso necessario, il tema della tipicità delle condotte descritte ha trovato approfondimenti di permanente interesse: cfr. M. ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Giuffrè, Milano, 1985, spec. 37 ss., 137 ss., e da ultimo il quadro aggiornato di I. MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Dike, Roma, 2016, 55 ss., 105 ss. In generale si può dire che anche qui ci si è distaccati dall'uso originario del concetto di “tipicità” inaugurato da *Beling* e collegato alla fattispecie-base che illuminerebbe di sé tutte le altre sue derivazioni: in realtà, le stesse “forme di manifestazione del reato” (tentativo e concorso di persone) non sono “aggiunte alla fattispecie”, o “specificazioni del fatto tipico”, ma “senza autonoma tipicità” (così, E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, Neudruck, Scientia Verlag, Aalen, 1964, 268 ss., 287 ss.: “ohne eigene Typizität”, *ivi* 287). Su punto v. anche l'analisi di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Giuffrè, Milano, 2001, 9 ss. Che la tipicità sia un contrassegno non più originario del fatto tipico oggettivo di una fattispecie-base, ma di tutti gli elementi che caratterizzano la responsabilità penale, è

“Tatbestand” del fatto tipico oggettivo, ma l’esigenza di tipizzare forme di condotta da assimilare a quella dell’autore monosoggettivo, ne è emersa da un lato la carenza di tipicità della disciplina legale di parte generale, slegata da singole figure di reato e tipologie di offesa, e dall’altro l’importanza che la tipizzazione, anche in parte ermeneutica, fosse garanzia della tenuta della legalità penalmente vincolante.

3. L’unità o la pluralità dei titoli di reato e il concorso “nel medesimo reato”.

È a tutti noto che il sistema italiano del concorso di persone nel reato è fondato su una base che fu rivoluzionaria nel 1930 ed è consolidatissima oggi: la c.d. soluzione unitaria, costruita sull’identità del titolo per tutti i concorrenti nel “medesimo” reato (art. 110 c.p.).

Autore e partecipe, istigatore ed esecutore non devono essere “ricondotti” a un tipo autonomo con relativa cornice di pena, a differenza che nella maggior parte dei sistemi penali del mondo¹⁵, e come nella tradizione storica moderna, preunitaria e anche zanardelliana.

Si è con questo attuata *una riduzione della tipicità penale delle figure normative dei concorrenti*: sapere esattamente se collocare un contributo fra i complici o gli autori è ora superfluo, essendo molto più importante decidere quale pena si debba scegliere in concreto, però partendo da una base unitaria di misura astratta.

Il legislatore del 1930, dunque, svalutando *la tipicità delle figure concorsuali*, ha preferito privilegiare *la lotta* contro il crimine, in quanto riteneva che chi delinque in concorso riveli una maggiore “capacità criminale”; per questo ha collocato l’istituto del concorso di persone fra le norme che riguardano non il reato, ma “il reo e la persona offesa” – quasi una tipologia d’autore ispirata dal Progetto Ferri del 1921 che in effetti “introdusse” nella storia delle riforme questo modello unitario¹⁶ – e ha preferito lasciare solo alla commisurazione della pena in senso stretto (art. 132-133 c.p.) attenuazioni sanzionatorie da sempre sacrificate dalla circostanza di parte generale sulla partecipazione di “minima importanza”, che peraltro la giurisprudenza non ha

un’acquisizione oggi pacifica, ma altrettanto insuperata resta l’idea che le forme di tentativo e partecipazione non possono “inventare” un *fatto tipico di parte speciale* che sia diverso da quello al quale accedono “come un’ombra” (E. BELING, *Op. ult. cit.*, 268): hanno oggi una loro tipicità, ma se costruiscono un tipo nuovo di parte speciale, come nel caso del concorso esterno, sono ormai una cosa diversa (v. *infra*).

¹⁵ Soluzioni in parte unitarie si trovano nel sistema francese attuale, in quello austriaco, e nei Paesi scandinavi. Una rappresentazione comparata della disciplina del concorso di persone nel reato nei principali sistemi giuridici si può trovare in A. REED, M. BOHLANDER (ed.), *Participation in Crime. Domestic and Comparative Perspectives*, Ashgate, Farnham (England), 2013. Manca purtroppo da questo studio comparato proprio l’Italia, crediamo per ragioni di mera indisponibilità di organizzazione o traduzione in inglese di un rapporto nazionale. V. pure la parte comparata, sui sistemi ad autorità unitaria, di T. ROTSCH, “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 151-189.

¹⁶ V. sul punto quanto osservato da M. RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 292 ss., e quindi in M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 175 ss., con altri ragguagli. V. pure, in seguito, F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, cit., 126 ss.

mai adeguatamente interpretato tanto da applicarla pochissime volte¹⁷: così privilegiando finalità generalpreventive e di lotta rispetto alla responsabilità per fatto proprio.

L'interpretazione conforme a Costituzione, peraltro, impone che i limiti della cultura del codice del 1930 siano rivisti alla luce dei principi di tipicità, appunto, e di responsabilità personale e per fatto proprio. Alla carenza di tipicità dell'art. 110 c.p.¹⁸, dunque, si è sostituita una tipizzazione interpretativa giurisprudenziale e dottrinale¹⁹, tanto più necessaria, in quanto nel concorso di persone in generale entra in crisi l'impiego della *c.s.q.n.* secondo il modello *standard* del contributo condizionale, subentrando condotte tipiche che sono produttive di effetti, e dunque causali in tal senso, senza essere *condiciones sine quibus non*²⁰. La stessa vicenda del concorso esterno, che andiamo qui a commentare, rappresenta a suo modo un'espressione della cultura della parte generale del codice del 1930, perché è un esempio massimo di tipizzazione giurisprudenziale, anche se, come vedremo, il *testo legislativo* non riproduce e non segue, nella *parte speciale* del codice, l'impostazione *generale* degli art. 110 ss. c.p., mentre la giurisprudenza ha continuato a seguire la 'logica' della soluzione unitaria della parte generale, "tipizzando" sì nuove figure di parte...speciale, ma assoggettandole a equiparazioni sanzionatorie consone alla cultura della soluzione unitaria.

L'unificazione di titoli di reato realizzata con gli art. 110 ss. c.p., infatti, notoriamente basata su ragioni sia generalpreventive, sia criminologiche o di politica criminale e sia dogmatiche, impone una differenziazione solo sanzionatoria in concreto per effetto delle circostanze del reato, o dell'art. 133 c.p. a livello di commisurazione della pena. Essa non vale tuttavia in alcuni *gruppi di reati a concorso necessario* della parte speciale del codice, dove "ritornano" gli autori e i complici, o partecipi, con distinte cornici di pena e titoli di reato²¹.

¹⁷ Per ampie rassegne critiche, sino ai nostri giorni, oltre agli AA. citati alla nota precedente, v. sul tema G. GRASSO, *Art. 114/2-5*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II⁴, Art. 85-149, Giuffrè, Milano, 2012, 250 s.; R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, Milano, 1997, 113 ss., 128 ss.; P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Jovene, Napoli, 2008, 220 ss.; F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, cit., 328 ss.; M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2013, cap. VI.

¹⁸ Nel senso che si tratta "di una norma priva di tipicità", G. VASSALLI, voce *Tipicità*, cit., 538, pur ammettendo che quel vuoto è stato riempito a posteriori in chiave ermeneutica.

¹⁹ Sul ruolo della tipizzazione interpretativa nella gestione della disciplina codicistica del concorso ci siamo ampiamente espressi a suo tempo in M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 179 ss.

²⁰ È una delle tesi di fondo sviluppate nel nostro scritto *Op.ult.cit.*

²¹ Un'efficace illustrazione recente di questo diverso registro di alcuni reati a concorso necessario in F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, cit., 13 ss., 19 ss. V. comunque quanto già osservato in G. SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, Jovene, 1979, *passim*; L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, Padova, 1981, *passim*; M. DONINI, *La partecipazione*, cit., 190 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. 2. Forme del reato*, Giappichelli, Torino, 2013, 123 e ss.

Così nell'istigazione o nell'aiuto al suicidio, per es., è prevista una pena autonomamente minore per chi istiga o aiuta, in quanto l'autore è la vittima stessa che compie un fatto "di mano propria". Mentre se si cagiona lo stesso evento col consenso della vittima, ma per effetto di condotta monosoggettiva d'autore, colui che cagiona la morte altrui col consenso della vittima è punito con pena maggiore (per la "autoria"): questo il sistema degli artt. 579 e 580 c.p.

Il caso dei reati associativi è ancora più istruttivo.

Siamo abituati a dire, nel linguaggio comune, che si risponde del reato di associazione per delinquere o del reato di associazione di tipo mafioso. Ciò peraltro non è corretto sul piano tecnico. Non esistono l'associazione per delinquere e l'associazione mafiosa come titoli autonomi di reato. Esistono come *rubriche* di incriminazioni e come *elementi costitutivi* interni di titoli autonomi e distinti. Per es. nell'associazione per delinquere il reato autonomo, quello al quale corrisponde una pena edittale indipendente e originaria, si differenzia nella condotta tipica di distinte figure che corrispondono a coloro che "promuovono, costituiscono od organizzano" l'associazione (art. 416, comma 1, c.p.), ai quali sono poi equiparati i "capi" dell'associazione (art. 416, comma 3, c.p.); e infine nella condotta tipica, cui corrisponde un altro titolo di reato con propria pena edittale, che consiste nel "fatto di partecipare all'associazione" (art. 416, comma 2, c.p.).

Rispetto a tutte queste condotte/figure di concorrenti, l'associazione costituisce *un evento* o l'impresa comune. Non esiste, peraltro, quell'evento come reato a sé stante, staccato dai soggetti tipizzati nelle figure autonome di reato. Probabilmente si tratta di **una tipizzazione obsoleta, perché i trends europei (UE e comparati) spingono verso forme di equiparazione edittali dei contributi associativi o verso l'espressa previsione di apporti esterni alle associazioni criminali**²² che sono quelli della nostra parte generale del codice (la c.d. soluzione unitaria"), ma non della parte speciale del codice italiano: tuttavia la genesi e la struttura della nostra tradizione dei reati associativi è quella indicata, tanto rinomata invero da esser stata oggetto di note attenzioni ed esportazioni, ma non nella scelta di differenziare i ruoli come titoli autonomi, come subito vedremo attraverso l'esempio illuminante e speculare del codice penale tedesco (§ 8, *infra*).

²² V. Il sintetico e istruttivo quadro comparato tratteggiato da A. BALSAMO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in B. ROMANO, a cura di, *Le associazioni di tipo mafioso*, Utet, Torino, 2015, 104 s. Il trend dell'influenza europea di direttive "unificanti" i contributi è sottolineato opportunamente, nel quadro di una più ampia analisi delle dissonanze tra diritto europeo e diritto penale interno, riferendosi al sistema tedesco, da J. BRONS, *Binnendissonanzen im AT. Die Vorfeld und Beteiligungsstrafbarkeit nach dem StGB im Spannungsfeld zwischen europäischen Vorgaben und deutscher Strafrechtsdogmatik*, Nomos, Baden-Baden, 2014, spec. 530 ss.

4. Applicazione di questi principi ai reati associativi.

Se si intende punire un qualche concorrente nell'associazione *ex art. 110 c.p.*, si dovrebbe configurare il suo apporto come di partecipazione a ciascuna delle figure autonome sopra indicate: si concorre nel fatto del partecipe, in quello del capo, di chi organizza, costituisce o promuove l'associazione²³.

Domanda: e il finanziatore? l'arruolatore? chi "si mette a disposizione"? l'«avvicinato» che non sia sicuramente interno? Il politico "di riferimento"? l'imprenditore "protetto e collaborante"? il professionista in materia di informatica, di bilanci, rapporti commerciali con l'estero? Risposta: o entra nell'associazione come una delle figure tipiche già indicate, oppure come soggetto che **concorre "con"** una di quelle figure tipiche, che dovranno essere identificate nell'imputazione.

Un'altra domanda ancora: ma non può quel soggetto **concorrere direttamente "nell'associazione"**, senza concorrere "con" o "in" una figura tipizzata? O nella rispettiva attività? **La risposta è no**, perché ciò è **precluso dal principio di legalità**: si concorre nel "medesimo reato" di un altro concorrente (art. 110 c.p.), cioè nel medesimo titolo di reato di cui si va a rispondere. Se dunque si intende applicare a qualcuno il medesimo "titolo di reato" del capo (e la pena corrispondente...), egli dovrà concorrere con lui o nel fatto di lui. Se s'intende applicargli il medesimo "titolo di reato" (e la pena corrispondente...) del partecipe interno, è con quest'ultimo che dovrà concorrere, o nel fatto di lui.

Del tutto **impossibile, pertanto, è un "concorso nell'associazione tutta intera" che avvenga in modo diretto, oppure omissio medio**. Perché non sarebbe un concorso di persone nel medesimo reato di altri associati, di tutti e ciascuno, in quanto gli altri rispondono di titoli *tutti differenziati*. Occorre scegliere tra questi titoli. Non c'è scampo. E per scegliere si deve trovare un *principium individuationis* di conformità del contributo al fatto e al tipo di associato corrispondenti al titolo, non ad un fatto esterno alle figure intranee e che sia **escluso dal titolo che viene accollato**: essendo l'esterno escluso dal titolo interno, *incompatibile* con esso, si potranno dunque, per es., applicare le cornici del partecipe interno solo agli esterni che realizzino un contributo specifico all'intraneità, alla partecipazione, alle funzioni e ai compiti di singoli associati, non agli esterni il cui apporto sia **inevitabilmente autonomo** rispetto ai ruoli e alle funzioni di organizzatori, promotori e associati.

Questo discende in modo inequivoco dal sistema delle regole sul concorso di persone nel reato previsto dagli articoli 110 e seguenti del codice penale.

²³ Per la ricostruzione del concorso esterno in questi termini, in effetti, v. soprattutto V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Cedam, Padova, 1995, 135 ss., e quindi G. A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.; ID., *Diritto penale. 2. Forme del reato*, cit., 167; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, n. 2/2012, 12 s. In chiave critica v. pure V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014, 99 ss.

5. Legalità vs. formalismo nel concorso di persone nel “medesimo” (titolo di) reato.

Quanto appena esposto *non è frutto di una lettura formalistica*, ma del pieno rispetto dei principi di legalità e di tipicità: se si estende un titolo di reato a un soggetto il cui comportamento non vi rientrerebbe autonomamente, occorre spiegare perché gli si applica *proprio quella pena*, quella cornice di pena. Se si potesse ricostruire un concorso “diretto” nell’associazione in generale, a prescindere dal suo convergere con uno specifico apporto “accessorio” a un’impresa comune con altri, si tratterebbe di *rendere autonomo quel tipo di contributo*, cioè di caratterizzarlo per una sua tipicità indipendente, anziché derivata, e trovargli peraltro una cornice di pena sua propria.

Infatti, non appena si applica al concorrente esterno una cornice di pena destinata ad altri, si compie necessariamente un’analogia, che sarebbe di per sé vietata. Perché sia consentita quell’operazione, è inevitabile applicare la regola sul concorso, notoriamente destinata a estendere la punibilità a condotte che non rientrano nelle autonome fattispecie di parte speciale. Questa ben nota *funzione estensiva* dell’istituto del concorso di persone è peraltro ammessa **solo se** si realizza un contributo a uno specifico titolo di reato (non necessariamente a una condotta “d’autore”, ossessione di troppa letteratura del Novecento): quello la cui pena viene appunto accollata anche al concorrente che non realizza autonomamente il fatto previsto da quel titolo.

Abbiamo così spiegato perché non può esistere un concorso *diretto* nell’evento associativo o nell’organizzazione criminosa: è la legalità a precluderlo, per non consentire di aggirare i tipi “chiusi” dei concorrenti previsti nella parte speciale. Altrimenti non avrebbe senso alcuno prevedere solo alcune figure e non altre, né distinguere tra partecipi interni ed esterni, dato che **tutti sarebbero implicitamente tipizzati** come concorrenti senza ulteriori aggettivazioni: sarebbe la sostituzione del paradigma causale del concorso alla tipicità delle figure, e la trasformazione del tipo penale secondo il modello di una *concezione estensiva (e causale) d’autore*²⁴.

Un paradigma causale, peraltro, **senza definizione del secondo termine del rapporto eziologico**, il quale spaziando dall’evento preciso di singoli delitti scopo, a condotte o fatti specifici delle figure di intranei alla “*vita complessiva dell’associazione*”, **non è un elemento determinato**.

Un modello causalistico – si noti bene – che non ha retto pienamente neppure nella disciplina di parte generale, che *in ogni ordinamento* ha pur dovuto tipizzare oppure ricostruire in via ermeneutica modalità più gravi e meno gravi di forme di

²⁴ Le concezioni estensive d’autore, ma anche a quelle dell’autore “unitario” sono come noto alla base delle critiche più forti a un certo modo di intendere il concorso di persone (anche nella declinazione “causalista” dei compilatori del codice Rocco), e ricorrono da sempre nella ricostruzione dell’istituto. Per tutti rinvio, oltre ai classici scritti di C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., 7 ss.; M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 12 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso*, cit., 36 ss., 41 ss., a S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., 7 ss., 186 ss. (lo studio è in larga misura incentrato sulla costruzione della categoria dell’autore: v. la parte conclusiva alle pp. 319 ss.); F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, cit., 118 ss., 153 ss.

concorso, diverse dal significato meramente causale dell'apporto²⁵. Ciò che è accaduto anche in Italia dove, tra le circostanze degli art. 111 ss. c.p. e la "parte speciale" (istigazione, determinazione, accordo, agevolazione, induzione, favoreggiamento reale prima della consumazione etc.), emerge una serie di forme tipiche di concorso di persone.

Dato il sistema tipizzato vigente, dunque, se si vuole creare un tipo nuovo, il cui "autore" risponda direttamente e autonomamente del reato associativo senza concorrere nel fatto proprio di un altro partecipe tipizzato²⁶, occorrerà costruire in modo indipendente questa nuova figura, e prevederla nel tipo legale di parte speciale, e occorrerà dire quale cornice di pena le si attribuisce: se quella del partecipe o dell'organizzatore, per esempio, o un'altra ancora.

Quanto detto sull'associazione per delinquere, si applica in modo identico all'associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.), che prevede le figure di chi "fa parte" dell'associazione (co. 1) e di coloro che "promuovono, dirigono o organizzano" l'associazione (co. 2).

L'autonomia di diversi tipi di apporti possibili e l'esigenza di prevederli in forma indipendente è comprovata in modo incontrovertibile dall'**evoluzione delle fattispecie associative in materia di terrorismo**. Qui si sono accresciute, col tempo, figure autonome di partecipi che sono state previste come titoli di reato e come tali accostate a quelle già esistenti, *vuoi "dentro" a un titolo di reato già previsto, vuoi aggiungendo nuovi titoli di reato* anche mediante articoli di legge ulteriori.

Il *primo caso* è quello del *finanziatore*, che i reati associativi comuni (per es. gli art. 416 e 416-bis) non prevedono, e che invece è stato aggiunto nell'art. 270-bis c.p. (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico) nel 2001²⁷, mentre appartiene da sempre all'associazione finalizzata al

²⁵ Di particolare insegnamento il paragrafo su "the causation quandary" nei sistemi di *common law* in J.G. STEWART, *Complicity*, in *The Oxford Handbook of Criminal Liability*, ed. by M. D. DUBBER, T. HÖRNLE, Oxford Univ. Press, 2014, 546 ss. (l'accentazione dell'imbarazzo della causalità nel concorso dipende in parte dalla gestione adottata del paradigma della condizione *but for*, che ravvisa nelle condotte sostituibili una debolezza causale, quando si tratta solo di condizioni meno importanti, o di condotte non condizionali, ma non causalmente inefficaci). Quando la più recente letteratura tedesca valorizza di nuovo le ricostruzioni del concorso in termini di "soluzione unitaria", come quella austriaca, quella scandinava o quella italiana, e registra che nella parte speciale del codice penale tedesco vi sono varie forme di equiparazione sanzionatoria tra contributi d'autore e di complicità e reati a concorso necessario (cfr. T. ROTSCHE, "Einheitstäterschaft" statt *Tatherrschaft*, cit., 206 ss.), dà anche atto che non è davvero possibile sostenere che i sistemi che adottano una "soluzione unitaria" nella parte generale, autorizzino una concezione estensiva d'autore: che siano tutti concorrenti con pena edittale indifferenziata non significa che siano tutti autori, e le differenze operative e sanzionatorie tra i sistemi c.d. ad auctoriam unam sono particolarmente rilevanti e tali da non consentire generalizzazioni: così, T. ROTSCHE, "Einheitstäterschaft" statt *Tatherrschaft*., cit., 189.

²⁶ Il *concorrente esterno* elaborato dalla giurisprudenza, infatti, come vedremo, è un tipo di autore, è una *forma di auctoriam*, e non già di partecipazione al fatto altrui: come ben sottolinea la letteratura tedesca in rapporto al § 129 StGB che prevede questa figura accanto alle altre di intranei, nel medesimo titolo di parte speciale delle associazioni criminali: v. *infra*, § 8.

²⁷ A seguito delle modifiche introdotte con l'art. 1 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. con modif. nella l. 15 dicembre 2001, n. 438.

traffico di stupefacenti *ex art.* 74 dpr. 309/1990, e a quello di banda armata sotto la previsione del fatto di chi “sovvenziona” tale gruppo criminale (art. 306 cpv. c.p.).

Il *secondo caso* è rappresentato per es. dalle figure dell’arruolatore e dell’addestratore e rispettivamente dell’arruolato e dell’addestrato (estensioni estreme del diritto penale di lotta contro il terrorismo), introdotte come artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p. nel 2005 e modificate nel 2015²⁸.

Tutte tipologie di contributi ulteriori o esterni che in tanto hanno una loro autonomia in quanto si applicano vuoi perché non ricompresi nelle primitive figure di concorrenti “interni” ma meritevoli di rientrarci (è il caso del finanziatore), vuoi perché si collocano al di fuori dell’ipotesi associativa: sono soggetti che non devono risultare punibili a titolo di partecipazione interna al reato di associazione con finalità di terrorismo (v. arruolamento e addestramento).

6. Anche nel normale concorso di persone non si concorre in un “evento” (concorso di cause), ma in un (fatto-)reato.

È importante ricordare che i punti fermi individuati non riguardano certo solo problematiche come quelle dei reati a concorso necessario o del concorso nei reati associativi. Ogni partecipazione al reato, infatti, come un normale concorso nel furto, nella bancarotta, nell’incendio, nella violenza privata, etc., non è partecipazione alla realizzazione di un evento, ma concorso in un fatto-reato. Il contributo a realizzare un qualsiasi evento non dà titolo, da solo, alla responsabilità in concorso, ma al *concorso di cause*. Prima ci deve essere concettualmente un fatto di reato, non un evento, e poi il contributo alla sua realizzazione. Per esempio, chi abbia montato in modo erroneo un sistema antifurto di fatto “concorre nella produzione” dell’evento furtivo quando l’abitazione rimarrà priva di difesa in caso di aggressione da parte dei ladri, ma non concorre nel “reato di furto” neppure se l’abbia fatto per dispetto al proprietario: a meno che non sia in combutta con i criminali. Non è richiesto che l’autore del fatto tipico sappia del complice “unilaterale” che potrebbe favorirlo a sua insaputa, ma questi, se vuole aiutare un terzo a commettere il reato, dovrà avere consapevolezza del suo contributo finalizzato a quell’obiettivo, che diventerà “comune”.

Affinché vi sia concorso “nel medesimo reato” (art. 110 c.p.), quindi, si dovrà realizzare un presupposto ben diverso dal semplice contributo al verificarsi dell’evento. Questo risultato dovrà pertanto inserirsi nel contesto complessivo di partecipazione a un’operazione comune, collettiva, oppure a un fatto altrui che

²⁸ Sulle ultime riforme e l’assetto attuale cfr. F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Wolter Kluwer, Cedam, 2016, 227 ss., 331 ss.; A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in AA.VV., *Il nuovo ‘pacchetto’ antiterrorismo*, a cura di R. KOSTORIS, F. VIGANÒ, Giappichelli, Torino, 2016, 3 ss.; R. WENIN, [L’addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal dl 7/2015](#), in *questa Rivista*, 3 aprile 2015; con accentuata censura delle criticità della riforma v. pure A. CAVALIERE, [Considerazioni critiche intorno al dl. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 226 ss., 230 ss.

diventerà proprio: vuoi accedendo a una condotta di terzi che considereremo principale (o d'autore), vuoi inserendo il proprio apporto in un disegno comune, o in un'azione concertata (eventualmente "frazionata") di più soggetti²⁹.

Su queste premesse, come risaputo, si sono costruite le varie "teorie" del concorso, quelle dell'accessorietà, del dominio sul fatto, della fattispecie plurisoggettiva eventuale etc. *Tutte* suppongono che la partecipazione non sia un concorso di cause, né la produzione di un evento a prescindere dall'apporto a un "fatto altrui" o a una "impresa comune".

Se la partecipazione non è a un'impresa "comune", né si inserisce in un "fatto altrui" che diventa proprio, non c'è "concorso di persone". Ci potrà essere, peraltro,

²⁹ L'impossibilità di ricondurre *tutte le forme di partecipazione* a criteri dogmatici unitari, quali l'accessorietà (v. l'esecuzione frazionata senza condotta d'autore principale) o il dominio sul fatto (essendovi forme di partecipazione importanti, ma con, o a volte senza, dominio sul fatto, e forme di autoria formale, ma senza dominio sul fatto), o le forme di sintesi unitarie-complesse come il contributo di istigazione (essendovi sia la determinazione e sia il rafforzamento) o molto più selezionate come quelle di agevolazione (essendovi complicità più rilevanti della "mera" agevolazione e peraltro non di coautoria), oppure riconducibili a tipologie tutte aventi un denominatore comune causale-oggettivo (essendovi condotte di partecipazione produttive di effetti, ma non condizionali, ed essendovi condotte che non hanno lo stesso secondo termine del rapporto causale: non l'evento per tutte, non l'esecuzione per tutte, non l'organizzazione per tutte), la gran parte delle "teorie generali del concorso di persone" risulta affetta dal vizio di **arbitrarietà nella generalizzazione: vizio costante delle teorie generali del Novecento**. Lo stesso concetto d'autore, pensato storicamente *ad hoc* per il concorso di persone e in vista delle diverse forme di accessorietà, è del tutto arbitrario, esistendo sia forme di autoria formale, sia di autoria sostanziale, sia di co-autoria, senza che a tali classificazioni possa spettare la parola decisiva rispetto al trattamento giuridico: anche un autore in senso sostanziale come il classico autore mediato (l'autore dietro l'autore), può vedersi riservato dall'ordinamento una disciplina speciale di concorso, come in Italia con le forme speciali di concorso autonomamente disciplinate (art. 46, 48, 51, 54, u.mo co., 86, 111, 112 c.p.), e non un trattamento parificato a quello dell'autore monosoggettivo: sì che formalmente resta un concorrente e non un autore. La verità, dunque, è che, contrariamente a quanto pensava WELZEL (*Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, Bd. 58, 1939, 537) **la teoria del concorso non è un "Prüfstein", un banco di prova, per la teoria generale: è esattamente il contrario, cioè la messa in crisi di tutte le teorie "generali" pensate sul modello monosoggettivo**, richiedendo essa una ricostruzione autonoma, e non "a conferma" delle categorie pensate per le realizzazioni monosoggettive. Su tale difetto delle teorie del concorso del Novecento di essere a impronta monosoggettiva, v. le esatte considerazioni di G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1986, 5 ss., 45 ss., 56 ss.; ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, Utet, Torino, 1988, 462 ss.; ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, Aggiornamento I, Utet, Torino, 2000, 72 s. La teoria più coerente e utile, la più onnicomprensiva, ci pare sul piano *formale* quella della *fattispecie plurisoggettiva* inventata da Renato Dell'Andro e poi approfondita in chiave personalistica e individualizzante da Antonio Pagliaro (R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., 75 ss. e *passim*; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG⁷, Giuffrè, Milano, 2000, 536-539), e sul piano *sostanziale* la tripartizione delle forme in a) *partecipazione accessoria*, che accede a un fatto principale esecutivo (istigazione, complicità, agevolazione a fasi esecutivo-consumative), b) *forme di contributo a modalità rilevanti di un disegno comune* (partecipazione con condotte produttive di effetti sulle modalità della preparazione o dell'esecuzione), c) *forme di coautoria* (esecuzione frazionata e coautoria integrale, allorché tutti insieme realizzano integralmente il fatto tipico). Il tema della perseguibilità di *contributi privi di effetti* sull'evento o su modalità organizzative co-determinanti l'evento storico (per es. prestito di mezzi inutilizzati, consiglio tecnico non adottato, istigazione potenzialmente rafforzante, ma non provata nei suoi risultati), resta sempre *de lege ferenda*, legato soprattutto alla tipizzazione di *forme di tentativo di partecipazione* oggi irrilevanti, ovvero già apprezzabili in chiave di favoreggiamento reale.

una forma autonoma di responsabilità, come nel caso dell'arruolatore o dell'addestratore.

7. Che cosa succede se si dà un contributo a un'associazione criminosa, senza aiutare l'attività di organizzatori, capi o partecipi.

Il quesito che titola questo breve paragrafo suppone *che sia davvero possibile aiutare un'associazione senza concorrere con altri ad essa intranei, ma nonostante la loro piena accettazione del contributo e collaborazione a riceverlo.*

Questo è un punto centrale di tutto il nostro tema.

Si potrebbe **negare in radice che ciò sia possibile**, postulando che una simile attività sia per necessità di cose un pieno concorso **anche** nell'attività o di un partecipe o di un capo, organizzatore etc. Ma se Tizio si "mette a disposizione" aiuta automaticamente il capo, l'organizzatore oppure i singoli partecipi? Occorrerà scegliere, essendo *reati diversi*. O aiuta *tutti* costoro? E allora *quale titolo* gli spetterà? O non aiuta *nessuno* di costoro specificamente? Ha senso, del resto, che si debba "per forza" scegliere chi sta aiutando, quando comunque egli dà un aiuto all'associazione nel suo complesso? In effetti, *de lege lata*, questa necessità di scegliere con chi si concorre è data dai **diversi titoli di reato** e dalle **diverse cornici di pena**. Non si può optare per la pena del partecipe se si dà un contributo all'organizzazione, a chi organizza l'associazione: perché chi organizza ha la pena del capo. Se, viceversa, si dovesse "decidere" che chi concorre da esterno, da non associato, debba comunque rispondere della cornice edittale del partecipe intraneo, si sarebbe **arbitrariamente scelta una cornice di pena per tutta una tipologia svariaticissima di contributi da esterno**: ciò che può fare, eventualmente, il legislatore, ma non certo l'interprete.

Ed è stata questa, infatti, **l'opzione del legislatore tedesco.**

8. La verifica comparata del § 129 del codice penale tedesco (StGB).

La differenza tra il sistema di tipizzazione italiano e quello tedesco dimostra *il diverso significato della tipicità concorsuale nel concorso di persone e nei reati associativi*, per l'esemplarità alternativa a quella italiana della disciplina contenuta nella norma del codice penale tedesco sulle associazioni criminali e sulla partecipazione al reato: due modelli parimenti antitetici.

Questo il testo dell'incriminazione: § 129 **Costituzione di associazioni criminali** – *Chiunque costituisce una associazione che abbia come fine la realizzazione di reati o la cui attività sia diretta a tale scopo, o chiunque prende parte a tale associazione come componente, oppure svolge attività di propaganda per accrescerne i componenti o i sostenitori, oppure chi la sostiene [appoggia], è punito con la sanzione detentiva fino a cinque anni o con*

*pena pecuniaria....*³⁰.

In questa incriminazione il codice tedesco opta per una soluzione che è *esattamente all'opposto del codice penale italiano*. Mentre nella "parte generale" del codice penale tedesco (§§ 25, 26, 27 StGB) sono distintamente tipizzate le figure dell'autore, dell'istigatore e del complice, con distinte cornici di pena e titoli di reato (è il contrario della soluzione unitaria dei nostri art. 110 ss. c.p.), rispetto alle condotte "di parte speciale" dei reati associativi il legislatore germanico opta per una cornice di pena e per un titolo di reato unici in rapporto a tutte le figure di apporto, "interno ed esterno", al reato associativo. Sceglie dunque una "Einheitstäterlösung", un'autoria unitaria: il concorrente esterno è un tipo d'autore come il concorrente interno, come lo è, per es., il finanziatore nell'associazione terroristica in Italia³¹. Per fare ciò, il codice prevede espressamente già dentro alla fattispecie criminosa associativa anche il contributo di chi (con qualsiasi modalità di condotta) appoggia o sostiene l'associazione o la sua attività di propaganda, *accanto* alla diversa condotta di chi "prende parte a tale associazione come componente".

C'è dunque una scelta di legalità che doveva essere espressa, perché contraddice la regola di parte generale: i diversi contributi sono equiparati nel titolo, ma vi si mette dentro anche ed *esplicitamente* quel "**concorrente esterno**" che non potrebbe rientrarvi attraverso regole differenziate come quelle della parte generale.

La scelta risponde a precise indicazioni politico-criminali di differenziazione (in Italia) o di equiparazione sanzionatoria (in Germania). In ogni caso è evidente che se la cornice è identica e si prevede nel suo ambito la condotta di aiuto o sostegno all'associazione realizzata da chi "non fa parte" della stessa, la legalità è perfettamente rispettata: sono tutti "co-autori", nessuno accede a una condotta o a un fatto altrui. Se invece le cornici sono diverse e non si prevede il concorso esterno, logica vuole che l'opzione incriminatrice sia legislativa, non ermeneutica: a meno che il concorso sia nel fatto-reato altrui (di capo, promotore etc.), anziché consistere direttamente in un "appoggio" all'associazione.

Ciò premesso, va anche osservato che, *una volta inserito come reato autonomamente previsto ed equivalente il fatto del "concorrente esterno" al pari di quello interno, sarà poi possibile applicare le regole di parte generale del concorso, e cioè*

³⁰ § 129 **Bildung krimineller Vereinigungen** (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt **oder sie unterstützt**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, etc. V. sulla fattispecie l'ampio commento di M. KRAUß, § 129 in *StGB Leipziger Kommentar*¹², Bd. 5, W. De Gruyter, Berlin, 2008, 306 ss.

³¹ Sulla problematica attrazione della disciplina dei reati associativi verso quel modello di "autoria unitaria" che la tradizione dogmatica del codice penale tedesco ha sempre rifiutato e ora invece si afferma in varie figure della parte speciale, anche per influenza di direttive europee che in diversi settori di intervento promuovono l'incriminazione di condotte parallelamente indicate o pensate come "equivalenti", J. BRONS, *Binnendissonanzen im AT*, cit., 470 ss., 528 ss., dove sono esplorate varie "strategie" per resistere alle contraddizioni di derivazione europea o per attenuarle. Una diversa attenzione e apertura alle ipotesi di disciplina (più che autoria) unitaria (nella parte speciale) nel libro di T. ROTSCH, *"Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, cit., *passim*.

l'istigazione e la complicità nel fatto di lui, dell'esterno equiparato: una complicità, per es., con il concorrente esterno-equiparato per legge nella autonoma figura di parte speciale. Ed è **quanto è accaduto effettivamente in Germania**, con larga e maggioritaria adesione³².

9. Che cosa ha fatto, viceversa, la giurisprudenza italiana costruendo la figura del concorrente esterno e “applicandogli” la cornice edittale e il titolo di reato del partecipe intraneo.

Abbiamo visto che, come per il codice penale tedesco, la nostra parte speciale abbandona il modello di parte generale, ma in senso specularmente opposto. Questo significa, tuttavia, che una volta escluso (via italiana) il possibile concorrente esterno dal recinto dei titoli autonomi del reato associativo – in quanto sono previsti solo concorrenti “interni” – l’inclusione in una cornice di pena di parte speciale di una simile partecipazione, che in realtà compendia un complesso di numerose e diverse figure di apporti ben differenziati, esige o un contributo mirato alle figure e alle tipologie di condotte dei concorrenti interni (e qui *nulla quaestio*), oppure un’ulteriore previsione di parte speciale: dato che non si tratterebbe di una “normale” applicazione dei parametri generali sul concorso, ma della ricostruzione di **figure nuove di parte speciale, di nuovi “autori”**.

Nel primo caso, beninteso, ciò è possibile se l’agire da “esterno” va davvero ad accedere a una delle figure tipizzate, inserendosi nei loro fatti tipici: questo il secondo termine del rapporto causale. E noi crediamo che in vari casi di contestato concorso esterno una simile riconfigurazione fosse e sia possibile, così come in alcuni casi era possibile una riqualificazione in termini di intraneità.

Viceversa se la tipologia di condotta si mantiene in una sua autonomia di partecipazione ausiliatrice al complesso, alla “vita” dell’associazione, allora la scelta di una cornice edittale adatta – ma anche del nesso di condizionamento – si fa precaria e arbitraria.

La *prassi giudiziaria* evidenzia modalità di apporti³³ che si caratterizzano per la “disponibilità” ad adottare provvedimenti amministrativi o legislativi o giudiziari o di

³² Riferimenti, anche a posizioni divergenti, in M. KRAUß, § 129/158 ss. in *StGB Leipziger Kommentar*, cit. 365 s.; K. MIEBACH/J. SCHÄFER, § 129/99-100, in B. HEINTSCHEL-HEINEGG (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 2/2, Beck, München, 2005, 490 s. *Si noti bene*: chi esclude l’applicabilità delle regole sulla partecipazione di parte generale, in realtà non sostiene la non punibilità di tali apporti, ma la loro rilevanza *diretta* (almeno per gli apporti di tipo materiale-esecutivo) ai sensi della stessa normativa di parte speciale: chi aiuta un esterno che appoggia l’associazione l’appoggia pure lui. L’esclusione delle regole di parte generale è dunque *in malam partem*: nel senso che impedisce la diminuzione di pena obbligatoria che comporterebbe essere un “mero complice” (§ 27 StGB) del partecipe esterno tipizzato come autore nel § 129 StGB.

³³ Per una ampia rassegna anche prasseologico-criminologica si rinvia, da ultimo, a A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all’associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in B. ROMANO, a cura di, *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 127 ss.

informazioni; oppure una qualche “messa a disposizione”, oppure un qualche finanziamento rilevante o prestazione d’opera intellettuale utile per singoli scopi. Ma non solo. Queste ‘forme’ di aiuto si stemperano nel corso degli anni e vengono contestate come elementi complessivi dai quali desumere un ‘ruolo’ peculiare di concorrente esterno, oscillante in modo incerto o “misto” fra il contributo all’organizzazione, o agli scopi o a un determinato risultato³⁴. Ecco che allora noi non abbiamo più la normale applicazione di regole di parte generale (l’art. 110 c.p.) alla fattispecie di parte speciale: **abbiamo invece la costruzione di una nuova figura di parte speciale, accanto alle altre esistenti**. Addirittura si afferma che il concorso esterno è esso stesso un *reato permanente*: contrassegno di un “ruolo” autonomo, non di una mera partecipazione al fatto di un terzo³⁵.

La diretta applicazione di norme di parte generale (art. 110 ss. c.p.) significherebbe l’intrusione della logica della soluzione “unitaria” dentro alla soluzione differenziata: quale tipologia di concorrente interno scegliere per quello esterno? Se dà un contributo all’organizzazione dovrebbe rispondere come l’organizzatore, mentre se dà un contributo al ruolo o all’attività di un associato dovrebbe rispondere della pena per questi prevista.

Infatti, in questo caso non è più il contributo causale a un determinato evento dell’organizzazione o dell’altrui partecipazione che viene in rilievo, ma un misto di favoritismi che contengono *profili di evento e di pericolo insieme*, e che caratterizzano vere e proprie figure ulteriori di parte speciale, **applicabili solo a queste fattispecie**: l’aggiustatore di processi, il finanziatore, il “messo a disposizione”, l’informatore etc. non sono “forme di partecipazione” ai reati di calunnia, di estorsione o di incendio, per intenderci, e non sono contributi specifici all’attività del “capo” o del “partecipe interno”.

Anche se si mantiene valido il c.d. “paradigma causale” e si esige, seguendo l’impostazione della sentenza delle Sezioni Unite Mannino³⁶, che il secondo termine del rapporto causale riguardi le “capacità operative” dell’associazione o alcuni suoi aspetti organizzativi rilevanti, e tuttavia si adotti poi la cornice editale del partecipe, non

³⁴ *Amplius* M. DONINI, *Il caso Contrada*, cit., 354 ss., 359 ss. Più in generale, sul rapporto di apparente alternatività fra paradigma causale e organizzatorio v. l’analisi di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003, cap. III (e 238 ss.), 309 ss., 483 ss. di vent’anni di giurisprudenza (al 2003). E quindi, G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *Arch. Pen.*, 2012, 487 ss.; C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un’auspicabile (ma improbabile?) riforma “possibile”*, in AA.VV. *Scenari di mafia*, a cura di G. FIANDACA e C. VISCONTI, Giappichelli, Torino, 2010, 189 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 99 ss.; A. BALSAMO, *La contiguità all’associazione mafiosa*, cit., 127 ss.

³⁵ V. sul punto le osservazioni critiche di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 167 ss.; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit., spec. 500 ss.

³⁶ Sez. Un. 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss., 3749 ss., spec. 3754.

dell'organizzatore, ognuno comprende come si sia operata una scelta politica per una cornice a cui vengono ricondotte tipologie autonome di apporti associativi nuovi.

Per tali ragioni, **l'attività della giurisprudenza** che, dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso, ha rinverdito prassi giudiziali anche riscontrabili nell'Ottocento³⁷, ma per nulla consolidate in una realtà normativa certa, ed è progressivamente approdata a chiarire o tipizzare diverse tipologie di concorso esterno, tra la fine degli anni '80 e il 2005 e anche oltre le Sezioni Unite Mannino del 2005, **ha dato un contributo di tipizzazione di nuove figure di parte speciale: essa non ha semplicemente applicato "normali regole di parte generale"**³⁸.

10. Il caso del concorso "esterno" nella violenza sessuale di gruppo.

Quanto detto trova un chiarimento ulteriore osservando in che cosa consiste l'applicazione dell'art. 110 c.p. (concorso eventuale) a un caso ben definito di reato a concorso necessario come la *violenza sessuale di gruppo*.

Qui, al contrario del concorso esterno nei reati associativi, non abbiamo la costruzione di nuove figure di concorrenti di parte speciale, perché l'art. 609-*octies* c.p. prevede un titolo di responsabilità unitario per tutti i suoi partecipi di parte speciale. C'è in effetti una "normale" applicazione delle regole del concorso: se due o più persone "riunite" (cioè contestualmente presenti e operanti agli atti di violenza sessuale) si avvalgono dell'apporto di un'altra persona a esse "non riunita", ma operante a distanza, o nella fase preparatoria, troveranno sicura applicazione le normali regole sul concorso di persone, con responsabilità per il concorrente "esterno", o semplicemente eventuale (= non riunito), adottando le consuete regole concorsuali, e approdando all'unica cornice di pena e all'unito titolo di reato previsti dall'art. 609-*octies* c.p.³⁹

Quest'opzione, si capisce, non porta a individuare tipologie nuove di concorrenti di parte speciale, e dunque non mette certo in crisi la legalità ordinatrice dell'art. 110 c.p. L'esito è ben diverso, come chiarito, quando si impiega la regola di parte generale come "grimaldello" per scassinare la tipicità delle figure autonome di parte speciale (capi, organizzatori, partecipi), e per effetto di ciò si tipizzano a posteriori, nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale, diverse nuove 'forme' di concorrenti esterni emergenti dalla prassi che si applicheranno solo a quelle incriminazioni.

³⁷ C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione*, cit.

³⁸ È quanto abbiamo già evidenziato nel commento a *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., 359 s., e in *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 22 ss.

³⁹ M. DONINI, *Commento all'art. 9 l. 15 febbraio 1996, n. 66* [art. 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo)], in AA.VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*⁴, a cura di A. CADOPPI, Padova, Cedam, 2006, 778 s.

11. La costruzione ermeneutica di un tipo nuovo di parte speciale e la sentenza Contrada della Corte Edu.

Ciò che è successo veramente è stato il prevalere di *un'ermeneutica di lotta* su un'applicazione tecnica delle regole di parte generale e di parte speciale: un prevalere della giurisprudenza "di scopo"⁴⁰ su quella di garanzia. "Occorreva" (giudizio valutativo-politico) un altro tipo di garanzia: assicurare argini contro la più temibile criminalità organizzata, e dunque, nell'assenza dell'intervento parlamentare sul punto, adottare una soluzione suppletiva (soluzione ermeneutica "di lotta"). I presupposti per analogie di trattamento c'erano tutti: un contributo esterno di messa a disposizione di un'associazione criminale da parte di un politico, di un amministratore, di un capo della Polizia, vanno molto oltre il significato puntuale di singoli apporti, e anche oltre l'apporto di un modesto associato interno. Escludere tali condotte dall'assimilazione a quelle degli intranei appariva irragionevole in termini di politica criminale, considerate le ragioni dell'equità di trattamento e della prevenzione generale.

Il resto è storia.

Quando allora la Corte Edu, nella sentenza sul caso Contrada, afferma che il concorso esterno è un "reato" di origine giurisprudenziale⁴¹, dice una cosa vera nella sostanza, anche se non si cimenta nella dimostrazione di ciò. Però non si è trattato di una *creazione* giurisprudenziale, in quanto i passaggi interpretativi utilizzano, anche se in modo scorretto, regole di parte generale e dunque uno stile ermeneutico aderente in linea di principio, ma solo formalmente, al sistema della legalità.

I passaggi logico-concettuali di questa **costruzione ermeneutica di un vero tipo di parte speciale** non mi pare che siano stati svelati e dimostrati in modo evidente in passato. Ci si limitava a sostenere l'erroneità se non anche la preclusione in astratto dell'impiego delle regole di parte generale sul concorso al reato associativo. Ciò peraltro era frutto di un pregiudizio, che oggi nessuno più condivide.

Una volta ammesso il concorso esterno non solo ai fatti tipici degli associati, ma "alla vita dell'associazione", le discussioni hanno riguardato soprattutto la determinatezza e dunque la vera identità del tipo, non la legittimità di configurarlo come un concorso diretto nell'associazione⁴².

Decisiva è invece la dimostrazione che c'è un 'salto normativo' nell'accollare all'*extraneus* la pena dell'*intraneus*, per effetto del *titolo di reato* che si estende: dato che non si esige che si concorra "con" colui che integra pienamente questo titolo di parte speciale.

⁴⁰ Su questa figura del giudice di scopo cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, 51 ss., 161 ss. e *passim*.

⁴¹ In termini, Corte Edu 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, ric. 66655/13, § 66.

⁴² L'A. che con più ampia e significativa argomentazione ha sostenuto l'esigenza di ricostruire il concorso esterno come partecipazione alle condotte tipiche dei vari soggetti intranei tipizzati dalle fattispecie associative, è V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, cit., 135 ss. e *passim*. V. pure gli scritti di G. A. DE FRANCESCO, T. PADOVANI e V. MAIELLO cit. a nota 23.

Chiarito ciò, ne risulta rafforzata l'esattezza della decisione della Corte Edu, in quanto è davvero nato un tipo nuovo, un tipo di parte speciale.

Il vero problema (per le conseguenze della decisione europea nel caso Contrada) è che quel 'tipo' non si è affatto consolidato nel 1994 con le Sezioni Unite Demitry, come affermato dalla Corte Edu, ma neppure nel 2005 con le Sezioni Unite Mannino. Esso, infatti, ondeggia anche oggi tra il *paradigma organizzativo* e il *paradigma causale*, con permanenti *imputazioni alternative implicite* tra quei due possibili esiti che rendono incerte le stesse strategie processuali di ogni possibile difesa tecnica dell'imputato.

Beninteso *ci sono oggi almeno 'x' tipologie di condotte che rilevano sicuramente ai sensi della sentenza Mannino delle sezioni Unite*, ma ce ne sono altre che non dovrebbero rilevare in quanto non rispondono al paradigma causale, e altre ancora che dovrebbero rilevare comunque perché molto significative e tali da attestare che non sempre il paradigma causale deve ritenersi adeguato⁴³.

Tale situazione attende perciò un intervento legislativo, che forse non sarà miracolistico, e tuttavia potrà chiarire la cornice edittale adatta a questa varietà di possibili apporti esterni, e ciò che dovrà essere oggetto di contestazione, anziché di semplice prova, al fine di rendere processualmente gestibile questa forma di responsabilità.

12. L'impatto di una nuova lettura conforme a Costituzione dell'art. 114 c.p. (partecipazione esigua in una sola fase della realizzazione), quale regola giudiziale-commisurativa, e non regola tipizzante il limite inferiore della partecipazione.

Come anticipato, l'accessorietà di un contributo parziale a uno principale non è indispensabile, bastando un contributo a un'impresa comune o collettiva, a condotte variamente ripartite. Né vi è la necessità di identificare una condotta d'autore, quando tutti potrebbero esserlo a pari merito, e quando chi impartisce ordini e pianifica (pur non essendo "autore formale" dei fatti commessi da terzi) ha spesso un ruolo e un peso maggiore nell'impresa criminale. Tuttavia, proprio la valutazione di questi apporti "atipici" come più importanti ed espressione di un pieno dominio sul fatto concorsuale, da un lato mette in gioco *una rilevante discrezionalità del giudice* (che le teorie straniere del "dominio sul fatto" quale contrassegno dell'autoria non possono

⁴³ Muovendo da simili osservazioni critiche, in prospettiva di riforma, cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 494; V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti*, in *Riv. pen.*, 2004, 927 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in AA.VV. *Scenari di mafia*, a cura di G. FIANDACA e C. VISCONTI, Giappichelli, Torino, 2010, 211; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, *ibidem*, 172 s.; G. INSOLERA, in *Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2012, 281 ss., spec. 289 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1327 ss.

certo dissimulare), dall'altro spiega il valore decisivo di un accertamento non puramente causale-condizionalistico⁴⁴.

Le *teorie del dominio sul fatto*, che nei sistemi con disciplina pluralistica dei concorrenti servono per far diventare autore chi formalmente non lo è, hanno lo scopo pratico di gestire la discrezionalità del giudice là dove ha fallito la tipizzazione. Una tipizzazione ermeneutica correttiva di quella legale⁴⁵.

Il codice del 1930 ha pensato di realizzare lo stesso obiettivo attraverso l'art. 114, co. 1, c.p., che ha un diverso programma, di commisurazione *vs.* tipicità: *"il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da talune delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena"*. Una norma diretta al giudice.

La regola ha oscillato fra tipicità astratta e commisurazione. Si tratta, invece, di previsione strettamente commisurativa, che non è diretta al concorrente, ma solo al giudicante: essa non spiega qual è il limite minimo della partecipazione, già presupposto dall'integrazione del concorso *ex art.* 110 (o 113) c.p.

Questa sequenza logica non è superabile: se la partecipazione **nel suo complesso** deve esser stata minima, non sarebbe partecipazione qualora fosse davvero trascurabile o insignificante, o priva di effettiva incidenza causale. Sennonché, come si concilia questo assunto – cioè la necessaria rilevanza causale o incidenza o produzione di effetti o l'efficace "utilizzo" del contributo – che corrisponde ancora oggi all'opinione maggioritaria nella teoria e nella prassi, con la lettera della partecipazione "minima"? Le stesse Sezioni Unite Carnevale, sul concorso esterno, hanno escluso che vi possa essere una partecipazione di minima importanza nel reato associativo, non potendo essa consistere in una "partecipazione nana"⁴⁶. La tesi, oggi condivisa, muove peraltro dalla premessa tradizionale, che andiamo a mettere in discussione, che la partecipazione possa essere "in generale" (anche se non qui) di minima importanza: può mai accadere che il concorrente nel "medesimo" reato realizzi un delitto nano?

L'unica risposta che riusciamo oggi a trovare alla contraddizione di sistema immanente, dopo tanti tentativi di soluzione, è la seguente: **l'esiguità del contributo** deve riguardare **o solo la preparazione o solo l'esecuzione**, ma **non entrambe!** Infatti, un apporto che si sia esplicato solo nella fase preparatoria (per es. determinazione, o studio dei luoghi, informazioni generali sul piano criminoso) dovrà aver avuto, per esser "concorso", effetti sull'esecuzione e sull'evento, ma potrà esser stato minimale (indiretto e trascurabile) nella fase esecutiva, così come un contributo materiale può riguardare un complice o un autore solo esecutivi, ma addirittura assenti nella fase preparatoria. Ciò non renderebbe peraltro automaticamente meritevoli di una pena diminuita tali concorrenti: esattamente perché non può bastare un giudizio di mera rilevanza eziologica. E questo non perché per realizzare il concorso sia irrilevante un

⁴⁴ Sul valore della *tipizzazione accanto a quello della causalità*, nel concorso di persone, sia pur con diversi esiti concreti, v. gli scritti cit. *retro* a nota 14.

⁴⁵ A sviluppo di un'intuizione di Welzel, v. l'enciclopedico studio di C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*⁸, De Gruyter, Berlin, 2006; e più in sintesi ID., *Strafrecht*, AT, Bd. II, Beck, München, 2003, § 25/10 ss.

⁴⁶ Sez. Un. 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276 ss. spec. 3297.

contributo realmente efficiente o condizionalistico rispetto all'evento o ad aspetti significativi dell'esecuzione o della preparazione che si è poi materializzata in una specifica realizzazione. Tale produzione di effetti è imprescindibile, ma secondo il codice non basta la sua esiguità in una fase dell'impresa per rendere meritevole la partecipazione di un'obbligatoria diminuzione di pena. È esattamente il contrario dell'idea che un apporto "causalmente minore" sia *di per sé* meritevole di un'attenuante. Perché non lo è?

Il fatto è che **un contributo minimale solo "per fase" deve tuttavia sempre essere di concorso pieno (anche se di "minore" importanza) nell'altra "fase"** e dunque la diminuzione dovrà basarsi su criteri diversi da quelli puramente oggettivi della *minima* importanza, ma semmai su considerazioni più ampie riguardanti una ridotta capacità criminale del concorrente o un suo ruolo *complessivamente* subalterno. L'esiguità di fase non è un criterio per identificare la partecipazione punibile in generale, ma è richiesta per adottare una cornice di pena attenuata. Discutibile scelta, ma è stato il modo per "guidare" la discrezionalità. Il legislatore non c'è riuscito, perché la norma è totalmente disapplicata: ci sono tantissime massime quasi solo per spiegare come in concreto il caso non sia complessivamente "di minima importanza". La lettura qui suggerita ci libera da questa contraddizione autobloccante il sistema. Si può rifiutarla perché giunge troppo tardi, ma quando arriverà la riforma legislativa?

Proponiamo del resto una reinterpretazione che è **conforme alla lettera dell'art. 114, co. 1 c.p.** Il codice non ha mai previsto che si *possa* diminuire la pena fino a un terzo se la partecipazione è *integralmente* di *minima* importanza *oggettiva*, come invece è stato inteso per troppo tempo.

Il giudice non può diminuire la pena qualora l'opera prestata abbia avuto minima importanza causale-oggettiva per tutta la realizzazione del reato, ma qualora ritenga che essa abbia avuto minima importanza **in una fase** del reato commesso. Dovrà pertanto trattarsi di partecipazione legata almeno di regola a una sola fase: a quella dove ha esplicato un'efficacia più consistente. Ma la partecipazione minima in una fase non basterà, potendo essere comunque piuttosto rilevante in termini sia oggettivi e sia soggettivi.

Per es., è stata piena complicità, e non una mera facilitazione minore, la consapevole fornitura commerciale di Ziklon B per l'uso dei gas asfissianti nei lager nazisti, pur essendo le ditte fornitrici assai facilmente sostituibili con altre⁴⁷: produttive di effetti, causali, non condizionali, di minima importanza nella fase preparatoria, ma non certo in quella esecutiva. L'incidenza diretta e specifica sulle modalità dell'evento lesivo rende quegli apporti ben significativi.

Diverso è il contributo preparatorio alla pianificazione di un sequestro di persona mediante lo studio delle abitudini della vittima designata. La sostituibilità di alcuni apporti informativi, l'assenza di un concorso nell'esecuzione, rendono il fatto di minima importanza nella fase esecutiva, e la sua pur non trascurabile valenza rispetto

⁴⁷ L'esempio in J.G. STEWART, *Complicity*, in *The Oxford Handbook of Criminal Liability*, cit., 547.

al disegno consente l'applicazione dell'attenuante, che attiene alla minima importanza di fase, non alla minima importanza complessiva.

Anche un contributo pressoché assente nella preparazione, ma efficace solo nell'esecuzione, in quanto utilissimo e non certo di esiguo rilievo in questa fase (per es. il palo, o l'autista di una rapina) potrà beneficiare dell'attenuante: se di ridotta condizionalità⁴⁸, o di diverso e diminuito spessore complessivo nell'economia del reato⁴⁹.

Importanza *vs.* autoria, questa è la logica commisurativa del sistema italiano vigente. Una deroga temperata alla tipicità vincolante. Ma è costituzionalmente conforme ai principi di tipicità e responsabilità per fatto proprio? Sì, a condizione che la diminuzione trovi davvero applicazione! E questa declinazione lo consente.

Il partecipe dovrà, *a prescindere dalla minima importanza di fase*, esser comunque concorso nel reato, con un apporto rilevante *ex art. 110 c.p.* L'interpretazione è compatibile perfino con la tradizionale tesi dell'equicondizionalità (connessa all'*hic et nunc* dell'evento), ma altresì con una teoria che ammette l'esistenza di apporti causali (produttivi di effetti), ma non condizionali⁵⁰. La lettura ci restituisce un sistema costituzionalmente conforme, e non solo più equilibrato e adatto alla stessa parte speciale così differenziata tra istigatori, agevolatori, partecipi etc. Così intesa, infatti, **l'attenuante deve e può finalmente trovare un'applicazione ben più significativa** di quella quasi assente degli ultimi 80 anni di vita del codice Rocco, e la portata pratica dell'art. 114 ne risulta profondamente riabilitata.

Tutte le volte che un contributo sia stato nullo, minimale o trascurabile in una fase, si apre la possibilità di applicare l'attenuante anche se non sia esigua la sua complessiva rilevanza oggettiva. E ciò in perfetta aderenza alla lettera della legge, ma soprattutto all'art. 27, co. 1, Cost., che esige una personalizzazione della responsabilità altrimenti annullata o gravemente compromessa dalla tradizionale lettura "disapplicante" dell'art. 114 c.p. Spetterà alla giurisprudenza rileggere l'amplissima gamma dei possibili parametri che rendono "tipizzabili in via ermeneutica" le forme di partecipazione che, operanti di fatto in una sola fase, ma di pieno concorso, siano tuttavia meritevoli di una attenuazione conforme alle principali tradizioni pluralistiche⁵¹. È un compito incredibilmente nuovo, perché mai è stato veramente

⁴⁸ Sul requisito della ridotta condizionalità v. M. DONINI, *La partecipazione*, cit., 237 ss.; in senso adesivo, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen.⁶, cit., 520; G. GRASSO, *Art. 114/5*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit.; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. 2. Forme del reato*, cit., 156 s.

⁴⁹ Non si critichi la soluzione come scarsamente determinata. È sempre più tassativa di quella della maggior parte dei sistemi del mondo che prevedono una diminuzione obbligatoria per il "complice", salvo poi aver bisogno di correzioni ermeneutiche per i contributi di complicità troppo importanti. Le soluzioni più tassative restano quelle che non danno scelta, ma sono anche le più ingiuste, come la lettura tradizionale della giurisprudenza disapplicante la "minima partecipazione". L'opzione "commisurativa" del nostro codice, (solo se) ragionevolmente reinterpretata, mi pare difendibile.

⁵⁰ M. DONINI, *La partecipazione*, cit., 209 ss., 221 ss.

⁵¹ Si cfr. pure la lettura, svalutante di fatto il significato letterale della minimalità complessiva del contributo, a suo tempo offerta da C. PEDRAZZI, *Il concorso*, cit., 108 ss.

eseguito dall'entrata in vigore del codice. Questo il paradosso che una lettura costituzionalmente conforme ci consegna⁵².

Ci si chiede, a questo punto, se così ricostruito sia applicabile l'art. 114, co. 1, c.p. al concorso esterno. Riteniamo di sì, a condizione che si tratti della parte legittima della costruzione. Premesso che *de lege lata* è legittimo solo il concorso nel fatto tipico di partecipi intranei, oppure di coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione, e non il concorso in un "evento", ovvero negli scopi o nella vita dell'associazione, non si vede perché espungere l'attenuante da una partecipazione che deve essere esigua solo rispetto a una fase. L'altra fase, più rilevante, sarà invece di regola quella dell'attuazione del programma, ma se è minima l'importanza della partecipazione all'organizzazione o alla direzione, ci sarà spazio per elaborare i parametri commisurativi che concretizzino una casistica di tipologie attenuate.

13. Conclusione. Esiti pratici costruttivi dell'analisi compiuta.

Si è cercato di definire il più possibile il campo delle questioni che, relative a passate gestioni, sono oggi reinterpretabili in chiave di legittimo impiego degli art. 110 e 416 o 416-bis c.p. Nello stesso tempo, però, si è anche cercato di dimostrare quanto le formulazioni generalizzanti del concorso esterno (come contributo *in diversi modi* "causalservente" alla vita dell'associazione) conducano alla costruzione di una nuova tipicità di parte speciale: perché individuano forme di "*non associati equiparati*" in un titolo specifico e unico di parte speciale, *senza che* essi debbano "*concorrere con*" gli interni che lo rappresentano, *senza concorrere nel* medesimo fatto-reato: si disattende l'art. 110 proprio mentre si dice di applicarlo.

È per queste tipologie di condotte che **nessuna tipizzazione interpretativa consolidata potrà mai "colmare" quel vuoto di tipicità** dato dall'impiego argomentativo degli art. 110 ss. c.p. a sostegno dell'estensione delle figure autonome di concorrenti necessari in forme nuove. È dunque necessario un intervento legislativo.

La *portata pratica* di questa dimostrazione, peraltro, non è affatto di generale delegittimazione dei risultati applicativi della passata giurisprudenza sul concorso esterno. Pertanto, un migliore rispetto della tipicità, senza in realtà indebolire la "lotta alla mafia", non avrebbe trasformato il *diritto* penale in *un'arma*, come è accaduto. Quando si usa il diritto come arma al di fuori della tipicità, il risultato prossimo è quello perseguire i tipi d'autore al posto dei fatti.

La prospettata rilettura dei rapporti fra art. 114, co., 1, c.p. e 110 c.p., che potrebbe sembrare un fuor d'opera, aiuta invece oggi a recuperare al sistema

⁵² Ad alcuni apporti si potrebbe riservare, in sede di riforma, una sorta di previsione edittale indipendente, come nel sistema americano che contempla diverse classi di *criminal facilitation* (dal primo sino al quarto grado, per es., secondo il codice dello Stato di New York, di cui alcune *felonies* e alcune *misdemeanors*), così tipizzando forme di contributi a prescindere dalla condizionalità rispetto all'evento. Nello stesso tempo, la gestione della causalità non deve essere tentata da false applicazioni, sempre ricorrenti, della formula della *condicio*: la causalità c'è e non è assente, quando il contributo era facilmente sostituibile, ma di fatto è stato utilizzato per la produzione dell'evento.

complessivo un maggiore rispetto della tipicità⁵³ e della responsabilità penale personale, consentendo di rinvenire un migliore equilibrio fra ‘parte generale’, meno avvinta da un regime indifferenziato, e ‘reati associativi’, da sempre troppo distanti da quel modello. Il collaudo scientifico, sistematico e comparato, delle forme di partecipazione, esige che siano tutte valorizzate secondo una migliore coerenza costruttiva e dialogante, tra parte generale e parte speciale.

⁵³ *De lege lata*, però, questo rispetto della tipicità passa necessariamente attraverso il lavoro dell’interprete. Anche i sistemi con disciplina differenziata dei concorrenti sono “costretti” a molte ortopedie interpretative al fine di equiparare all’autore forme di partecipazione troppo pesanti e importanti. Nessuno si salva da questo limite di tipicità legale nella disciplina del concorso di persone.