

IL CANTIERE SEMPRE APERTO DEL CONCORSO ESTERNO (*)

di Vincenzo Maiello

SOMMARIO: 1. Il concorso esterno nella riflessione di Gaetano Insolera. – 2. L'improvvisa riapparizione del paradigma di concorso esterno definito da *Demitry*. – 3. Le sentenze *Chioccini* e *Pittelli*. – 4. Il 'sasso nello stagno' e il rischio di destabilizzazione dei precari equilibri in materia. – 4.1. (segue) gli attacchi sferrati al tipo criminoso della *Mannino* dalla processualizzazione dei suoi requisiti. – 4.2. (segue) le questioni ancora aperte legate alla conformazione materialmente giurisprudenziale della fattispecie. – 5. L'impasse ermeneutico determinato da *Chioccini* e l'urgenza di un nuovo intervento delle Sezioni Unite (aspettando il legislatore Godot).

1. Il concorso esterno nella riflessione di Gaetano Insolera.

Quando, con la sentenza *Demitry*, le Sezioni Unite della Cassazione definiscono la controversia ermeneutica sull'ammissibilità del concorso criminoso in associazione di tipo mafioso (formulando una *ratio decidendi* riguardante tutti i delitti associativi *a latere* dei quali trova posto il *tipo criminoso legale* delle condotte di assistenza agli associati), non può sorprendere che Gaetano Insolera – l'amico ed il giurista insigne che qui onoriamo – sia tra i primi ad intervenire nel dibattito, commentando la decisione sulle colonne del *Foro Italiano*¹. Avendo dedicato alle pietre d'angolo (dell'edificio normativo) del *concorso esterno* monografie divenute riferimento obbligato per gli studi in materia², appare naturale che egli si offra a riflettere su una *quaestio* già divenuta specchio di quella vicenda di ibridazione dei rapporti tra legge e giudice che sarebbe assurda a tratto identitario della post-modernità del nostro tempo³.

(*) Contributo destinato al volume *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, (a cura di R. Acquaroli – E. Fronza – A. Gamberini) di prossima pubblicazione. Si ringraziano i curatori per averne autorizzato l'anticipazione in questa *Rivista*.

¹ G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro. It.*, 1995, II, 423 ss.

² Il riferimento è ai volumi *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983 e *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986. Il contesto di nascita del primo è ripercorso dal Nostro, *L'associazione per delinquere tra concezione "istituzionale" e tutela di beni giuridici*, relazione al convegno "Principi e prassi del diritto penale" in ricordo di Vincenzo Patalano (Napoli, 10-11 giugno 2016), in *Crit. dir.*, 2016, 241 ss.

³ Sul carattere *pos-moderno* dell'esperienza giuridica del nostro tempo, sulla base di un'osservazione grandangolare che tuttavia prescinde dalle peculiarità sullo spaccato penalistico, cfr. P. GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Napoli, 2017.

L'analisi svolta nell'occasione da Insolera si muove in piena coerenza con la sensibilità metodica delle precedenti sue ricerche in tema di associazione per delinquere e concorso di persone, nelle quali aveva riletto al metro dei filtri garantistici di rango costituzionale strutture normative connotate da congenita carenza di tipicità e, perciò, esposte alla forza plasmatrice di pulsioni potestativo/autoritarie.

Commentando *Demitry*, lo studioso ribadisce, così, che la partecipazione criminosa rappresenta un *"formidabile strumento di dilatazione della discrezionalità giudiziale; veicolo attraverso il quale si attribuiscono ad essa, impropriamente, le stesse scelte di incriminazione"*⁴. Segnala, di conseguenza, il rischio che il suo incrocio con la morfologia normativa dell'associazione mafiosa possa accrescere la vocazione di entrambi i congegni a favorire esiti di una vicenda di espansione entropica non circoscritta al piano quantitativo degli spazi repressivi; bensì, estesa alla qualità politico-criminale della punibilità, ove troverebbero posto forme di mera contiguità compiacente, consentanee a modelli di reato e di reità a sfondo sintomatico/soggettivo, quando non addirittura ammiccanti a tipologie d'autore.

Di qui, l'esigenza di contrastare un dispositivo reputato pericoloso per la *sintassi penalistica* di matrice liberale e di rilievo costituzionale.

Grazie a questa prospettiva, Insolera ha buon gioco a smascherare la connotazione paralogistica delle due principali risorse argomentative utilizzate da *Demitry*: da un canto, la lettura esegetico/letterale dell'art. 418 c.p.; dall'altro, lo sfondo dommatico del concorso criminoso, sottolineando con perspicacia sorniona come *"nel campo del concorso esterno"* sia velleitario ritenere che *"si giochino neutrali, quanto immaginarie, controversie dogmatiche"*⁵.

La dommatica censurata è la sua variante *"speciosa"*, *"lontanissima da ispirazioni desumibili dalle direttive costituzionali e completamente subordinata a scelte di politica (giudiziale) sollecitate dal caso o dal momento"*, mentre l'avversione manifestata verso l'interpretazione letterale – generatrice di argomenti *"vischiosi"*, *"inconcludenti ed equivoci"* – colpisce il suo sottotipo proteso a conseguire risultati espansivi della punibilità.

Da sempre critico della chiave causale di tipizzazione del concorso criminoso e della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale⁶, giudicata *"incapace di dare reale determinazione al contributo atipico punibile"*⁷, il chiaro Autore ricava la sensazione che il ricorso alla clausola di incriminazione suppletivo/integrativa dell'art. 110 c.p. *"per colpire forme esterne di contiguità non riconducibili allo schema dei delitti associativi"* si sia accompagnato ad un uso retorico/opportunistico delle ragioni dogmatiche esibite a sua giustificazione, *"piegate ad opzioni politico criminali vicariamente assunte dalla giurisprudenza di fronte a fenomeni irriducibili ai tipi normativi vigenti"*⁸.

⁴ G. INSOLERA, *Il concorso esterno*, cit., 430.

⁵ G. INSOLERA, *op. loc. ult. cit.*

⁶ G. INSOLERA, *Problemi di struttura*, cit., 34.

⁷ G. INSOLERA, *Il concorso esterno*, cit., 429.

⁸ G. INSOLERA, *op. loc. ult. cit.*

Anni dopo, nel riepilogare i termini della questione – nel frattempo assorbita nelle trame consolidate del *diritto vivente* – e premettere che, in termini strettamente normativi, “*non sussistono ostacoli insormontabili alla integrazione tra clausola generale dell’art. 110 c.p. e delitti associativi*”, sarà egli stesso a ricostruire il (contesto di) senso politico-criminale dell’ostilità verso l’istituto, puntualizzando come essa nascesse da “*un approccio dogmatico volto a concretizzare i principi costituzionali*”, *sub specie* di “*determinatezza e tassatività, quali aspetti fondamentali della legalità*”, nell’organizzazione delle risorse repressive contro la criminalità organizzata⁹.

L’esperienza avrebbe confermato la fondatezza di queste perplessità e preoccupazioni, incaricandosi di dare ampia prova della vischiosità del congegno: sul piano del *fariseismo applicativo*, ove frequente resta il divario tra l’esplicita adesione al paradigma accentuatamente selettivo sagomato dalla nomofilachia e gli epiloghi decisori delle regiudicande; ma, soprattutto, sul terreno degli usi processuali, delle funzioni coercitive, dei palinsesti mediatici produttivi di stigmatizzazione etico-sociale e, ultimo ma non ultimo, dei rapporti conflittuali tra poteri dello Stato.

È a questo ammasso di effetti tossici che guarda(va) Gaetano Insolera quando – ancora una volta praticando un metodo di indagine che collauda il risultato interpretativo anche sul banco delle conseguenze di ordine sociologico e politico-istituzionale – diffida(va) di una dogmatica subalterna “*a scelte di politica (giudiziale) sollecitate dal caso o dal momento*”¹⁰.

2. L’improvvisa riapparizione del paradigma di concorso esterno definito da *Demitry*.

Il riferimento a *Demitry* non vuole essere una suggestione, o se si preferisce una modalità retorica, per introdurci al ‘ragionamento dialogante’ con lo studioso che celebriamo.

Piuttosto, il richiamo al noto *leading case* appare propizio per cogliere la curvatura in cui sembra essersi incuneata, nelle odierne contingenze, l’evoluzione ermeneutico/applicativa del concorso esterno.

È accaduto, infatti, che, nell’anno appena trascorso, due importanti (per ragioni diverse) arresti di legittimità abbiano riesumato il paradigma di concorso esterno forgiato da quella pronuncia, che ne aveva definito un originale spazio di operatività orbitante sul requisito limite del c.d. *stato di fibrillazione* del sodalizio.

Dapprima le Sezioni Unite (*Chiocchini*, n. 8545/2020), in seguito la sesta sezione (*Pittelli*, n. 25619/2020) hanno reimmesso nei materiali concettuali di perimetrazione semantica del congegno il suo modello prometeico, che *Carnevale* (n. 22327/2002) aveva relegato nella soffitta delle anticaglie dove restava a testimoniare il dinamismo dell’istituto nel farsi progressivo dei suoi equilibri ermeneutici.

⁹ G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 121.

¹⁰ G. INSOLERA, *Il concorso esterno*, cit., 430.

Chiamate a stabilire se l'aggravante dell'agevolazione mafiosa "*abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà*", l'istanza di vertice della Corte regolatrice non resiste alla tentazione di tracciare la linea di confine tra questa fattispecie e il concorso criminoso nell'illecito di associazione, nonostante il tema fosse estraneo alla questione di diritto devoluta dalla sezione remittente, né strettamente intrecciata alla sua soluzione.

Dopo aver premesso che "*quel che caratterizza il concorrente esterno rispetto all'autore dell'illecito aggravato è che solo il primo ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorché unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo*", la Cassazione riunita sottolinea che "*elemento differenziale della condotta è l'intervento non tipico dell'attività associativa, ma maturato in condizioni particolari (la c.d. fibrillazione o altrimenti definita situazione di potenziale capacità di crisi della struttura), che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attività*" e conclude che rispetto "*allo sviluppo dello scopo sociale l'azione del concorrente esterno si contraddistingue da elementi di atipicità ed al tempo stesso di necessità in quel particolare ambito temporale*".

Su questa scia plana la pronuncia Pittelli, che merita attenzione per molte concorrenti ragioni: i) volge le affermazioni delle sezioni unite a giustificazione della decisione presa, in tal modo emancipandole dalla condizione di meri *obiter* che sembrava condannarli a non aver seguito nel diritto dei tribunali – e ancor più nel *capitale semantico*¹¹ della giurisprudenza di legittimità; ii) riconosce loro indirettamente un'efficacia conformativa *de facto*, assimilabile al *precedente* impropriamente inteso¹²; iii) esplicitandone la provenienza da *Demitry*, ambisce a collocarli lungo una linea di evoluzione dialettica della giurisprudenza.

In fondo, mentre Chiocchini riesuma *Demitry* senza spiegarne le ragioni, circondando, così, di un *velo di ignoranza* una decisione apparsa inusitata per l'improvvisa riesumazione di un paradigma che sembrava definitivamente archiviato, Pittelli ha il merito di conferirvi la specifica portata di *criterio di decisione* della regiudicanda vagliata.

Certo, anche Pittelli non si fa carico di riflettere sulle ragioni per le quali Carnevale prese le distanze da *Demitry*, sicché non sapremo mai se l'adesione a Chiocchini maturi nel contesto di una effettiva e consapevole condivisione di quella che ha l'aspetto di una folgorante fascinazione delle Sezioni Unite; siamo però autorizzati ad ipotizzare che dietro di essa possa cogliersi la sensibilità per la nuova realtà dei rapporti tra sezioni unite e sezioni semplici prefigurata dall'art. 618, comma 1-bis, c.p.p. e, dunque, il 'riflesso condizionato' dell'esigenza di osservare la regola in essa sancita, anche oltre lo stretto perimetro della risposta data al quesito di diritto devoluto dall'ordinanza di rimessione e, dunque, in una prospettiva che vuole essere di evoluzione avanguardista del regime di c.d. *precedente debole*.

¹¹ Per questo concetto, L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, 134 ss.

¹² Su tale nozione, M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2013, 40.

Il rilievo che la sezione semplice dà all'intervento della Cassazione nella sua suprema espressione è impresso nello stesso *incipit* del paragrafo dedicato alla definizione del concorso esterno: il suo esordio descrittivo non fa più leva sullo spartito configurato da *Mannino* – come ci aveva assuefatti la consuetudine discorsivo/giustificativa della giurisprudenza in materia –, bensì proprio sulle determinazioni concettuali del nuovo arresto, prospettate, come si vedrà in seguito, in 'affiancamento' al *nomos* di *Mannino* e non in sua sostituzione.

Che tale modalità non sia una semplice *es-posizione*, bensì una *ri-articolazione narrativa* del concorso esterno, lo prova il fatto che la Cassazione mette in diretto collegamento *Chiocchini* con *Demitry*.

In un successivo passaggio, la Corte attribuisce ancora più esplicitamente alle sezioni unite il carattere di intervento ermeneutico effettivamente innovativo, benché in un quadro che non rende onore alle ragioni che hanno affossato la configurazione *demitriana* del concorso esterno. Leggiamo in *Pittelli*: “*deve ritenersi che l'analisi della figura del concorso esterno si sia sviluppata in una linea di continuità, in cui il riferimento alle situazioni patologiche di fibrillazione (evidenziazione nostra), seppur in un primo momento ritenuto vago e meritevole di approfondimento (in tal senso in motivazione Sez. U. n. 22327 del 30/10/2002.....), ha finito per riemergere nella citata sentenza Chiocchini quale possibile parametro rappresentativo dell'incidenza dell'intervento ab externo, incidenza correlata alla situazione patologica cui porre rimedio*”.

Ad avviso della sentenza, la riesumazione (del criterio) dello *stato di fibrillazione* appare proficua proprio riguardo la sotto-fattispecie che coinvolge il ricorrente e che corrisponde alla figura del legale che, sfruttando canali e relazioni istituzionali, metta a disposizione del sodalizio informazioni riservate concernenti una vicenda di collaborazione con la giustizia *in itinere*, ritenuta dal clan “*particolarmente pericolosa e tale da imporre il ricorso ad adeguate contromisure*”.

Nella costruzione di tale *caso tipologico*¹³, la situazione di *fibrillazione* diviene parametro di apprezzamento della rilevanza causale dell'apporto dell'*extraneus* e, conseguentemente, *fattore conformativo del tipo*.

La pronuncia fa effettiva applicazione del requisito, articolando su di esso il ragionamento sulla configurabilità della fattispecie, segnatamente nella messa a disposizione del sodalizio delle informazioni acquisite *extra ordinem* dal legale, proprio allo scopo di “*consentire agli organi dell'associazione di valutare con miglior cognizione di causa la situazione, onde trarne elementi di giudizio, ai fini delle conseguenti determinazioni*”.

I giudici di legittimità ravvisano la configurabilità del reato nella capacità di quelle informazioni “*di attenuare quella criticità e dunque di incidere sull'esistenza e operatività del sodalizio, sia che si trattasse di acquisire informazioni allarmanti sia per converso che potessero acquisirsi rassicurazioni sul conto dei sodali*”.

Il riferimento al profilo funzionale di crisi dell'associazione ritorna nella topica delle affermazioni conclusive della sentenza, laddove i supremi giudici desumono la

¹³ Sui caratteri e la rilevanza di tale categoria, cfr. G. FIANDACA, *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, 46 ss.

rilevanza giuridico-penale della condotta del ricorrente nell'aver egli costituito "un valido punto di riferimento (...) in una situazione critica, tale da consentire agli esponenti della consorteria di operare in condizioni di maggiore sicurezza e avvedutezza".

3. Le sentenze *Chioccini* e *Pittelli*.

Non v'è dubbio che le sentenze *Chioccini* e *Pittelli* abbiano lanciato un sasso nello stagno del diritto giurisprudenziale in tema di concorso esterno.

La prima, arrestandosi al piano dell'enunciazione del principio di diritto; la seconda ritagliandone uno spazio di applicazione e facendone *ratio* nella decisione sulla *res iudicanda*.

L'omogeneità delle due pronunce è, tuttavia, solo apparente.

Invero, nell'arresto delle Sezioni Unite, il paradigma di concorso esterno che recupera lo *stato di fibrillazione* quale *presupposto* e *limite di rilevanza* della fattispecie si presenta con connotazioni di *assertività escludente*; è fornita, cioè, di *risolutezza semantica* che sembra privarla dei requisiti di adattabilità a modelli conformativi che prescindano da quel requisito.

Su un differente piano agisce *Pittelli*, che traduce l'anzidetto protocollo di tipicità in un contesto di rilevante ridimensionamento.

Anziché attribuire al *dictum* del vertice della nomofilachia carattere di radicale *overruling* dell'indirizzo ermeneutico risalente a *Mannino*, si limita a riconnettervi il più riduttivo significato di *regola* destinata ad integrarsi, in funzione specializzante, nella costruzione 'generale' di concorso esterno proposta da quell'orientamento.

È verosimile che questa sia la sola lettura in grado di sottrarre dal sicuro oblio un principio che, interpretato nella sua assolutezza, sembra non avere alcuna *chance* di riecheggiare nella prassi, tanto per l'*imprevedibilità* della sua riapparizione, quanto per il contesto di *nudità argomentativa* nel quale è stato riproposto.

Quel che dev'essere chiaro è la reciproca eterogeneità dei modelli di concorso esterno che fanno capo, rispettivamente, a *Demitry/Chioccini* ed a *Pittelli*, vuoi in termini pratico/applicativi, vuoi in chiave politico-criminale.

Dal primo punto di vista, il modello *demitriano* – che *Chioccini* accoglie nella versione evoluta per la quale la *fibrillazione operativa* andava filtrata alla stregua del carattere *infungibile* della prestazione¹⁴ – implica una restrizione della punibilità del contributo atipico, poiché, come si legge in una perspicua sentenza di merito¹⁵, "senza la previa verifica, secondo le circostanze del caso concreto, del presupposto dello stato di 'emergenza' dell'associazione alla stregua del concetto di 'infungibilità', il concorso esterno non appare integrato". La reinterpretazione di *Pittelli*, al contrario, individua nella situazione patologica di disfunzionalità dell'associazione un mero requisito specializzante che

¹⁴ Proposta da C. VISCONTI, *Il concorso "esterno" nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1303 ss., spec. 1336.

¹⁵ Trib. Palermo, 13 dicembre 1996, *Scamardo*, in *Foro. it.*, 1997, II, c. 706 ss.

coglie nel relativo superamento, determinato dall'apporto di sostegno esterno, l'evento costitutivo della fattispecie.

Secondo *Demitry/Chiocchini*, 'senza' la fibrillazione associativa non vi è spazio per configurare il titolo criminoso, essendo quel requisito *presupposto* e *limite* del tipo *giurisprudenziale* di concorso in associazione.

Ad avviso di *Pittelli*, invece, quell'elemento *specializza*, ma non *fonda*, la figura, valendo a identificare il polo 'a valle' della relazione causale che, ove positivamente verificata, realizza la fattispecie.

Sul piano politico-criminale, il primo paradigma appare coerente espressione del ruolo di *formante* esercitato in materia dalla nomofilachia.

Solo nella consapevolezza di svolgere compiti di riempimento contenutistico di clausole normative ellittiche (quali quelle degli artt. 110 e 416-bis c.p.) può spiegarsi la costruzione del *concorso in associazione mafiosa* secondo logiche di *frammentarietà*.

E cosa rappresenta l'asserto che lega la configurabilità del concorso esterno a contesti di funzionamento *anormale* del sodalizio, se non una forma di esercizio di potere normativo da parte della giurisprudenza che rivendica la funzione di apporre limiti e condizioni al congegno di punibilità, disancorandoli da qualsiasi base, legale e dommatica, di riconoscimento.

A ben vedere, proprio il carattere (normativamente) eccentrico e (criminologicamente) discutibile dell'opzione rafforza tale punto di vista, concorrendo a palesare la natura *materialmente* legislativa della costruzione ermeneutica.

Per questo abbiamo ritenuto non peregrino sostenere che l'inserimento dello *stato di fibrillazione* sia maturato in un orizzonte di consapevole conformazione selettivo/delimitativa della fattispecie, funzionale ad un agire comunicativo strategico/relazionale volto ad agevolare la metabolizzazione dell'istituto nel circuito del consenso sociale, ma anche a fornire "seppure con una certa dose di (inevitabile?) empiria a buon mercato, indicazioni atte a concretizzare in qualche modo quella effettività del contributo causale del concorrente esterno alla conservazione del sodalizio, sulla cui dimostrabilità gli "scettici" continuano a nutrire fondati dubbi"¹⁶.

Sul punto, la ricostruzione di *Pittelli* appare (volutamente?) ambigua, laddove stempera le ragioni dell'eclissi giurisprudenziale dello *stato di fibrillazione*, riducendola a vicenda di temporaneo ripensamento ermeneutico che *Chiocchini* avrebbe riassorbito all'interno di un'asserita "linea di continuità" che avrebbe qualificato la parabola evolutiva del concorso esterno.

Sul punto, occorre, invece, ribadire che: i) il modello di *Demitry* viene accantonato con risoluta categoricità da *Carnevale* – complice l'autorevolezza della dottrina che ne denuncia acutamente l'insostenibilità criminologica¹⁷ – e non sarà mai più ripreso dal *diritto vivente*, ii) tra le concezioni, rispettivamente, *Demitry* e *Carnevale/Mannino* corre

¹⁶ Così, G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1325.

¹⁷ G. FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in V. Militello – L. Paoli – J. Arnold (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Freiburg, 2000, 258.

una netta linea di faglia, riconoscibile nel carattere accentuatamente *selettivo/ frammentario* della prima e nella natura *aperta e non vincolata* della seconda (fatto salvo il carattere *praeter legem* di una tipicità concorsuale costruita sul *fatto* dell'associazione criminosa *in sé* considerata, anziché sulle condotte monosoggettive di partecipazione, semplice e/o qualificata, che ad essa fanno capo¹⁸).

Diverso è il discorso – cui sembra, nei fatti, voler tendere *Pittelli* – riguardante il concorso nell'associazione che versi in una situazione *patologica* di difficoltà, inteso quale *occorrenza del tipo normativo/giurisprudenziale* di concorso esterno causalmente orientato.

In astratto, nulla parrebbe opporsi alla rilevanza penale di tale sotto-fattispecie, a condizione, ben vero, che se ne possa predicare l'effettiva riconducibilità al predetto paradigma generale; il che postula un'intesa preliminare sulle premesse stipulative della verifica, corrispondenti alle connotazioni (di *consistenza* ed *effettività*) del *contesto di crisi* che deve poter essere qualificato: *i) patologico*, *ii)* non risolvibile attraverso le risorse interne alla struttura associativa e, soprattutto, *iii)* concernente articolazioni cruciali (o, quantomeno, non marginali) di quest'ultima.

Nel quadro di osservazione definito da queste coordinate, dovrebbero, allora, rilevare – in quanto omogenee al tipo di evento cui guarda *Mannino* – solo *fibrillazioni* che mettano a rischio le relazioni associative *significative* nell'ottica di funzionamento del sodalizio, ovvero la capacità di prestazione di quest'ultimo rispetto all'attuazione del programma.

Una contraria opinione legittimerebbe scorciatoie probatorie foriere di aggiramenti della dimensione *tassativa del tipo*¹⁹ che presidia la caratterizzazione *insulare* del congegno penalistico quale *ius exceptum*²⁰.

In questa scia, desta perplessità la parte della motivazione di *Pittelli* che, nell'affermare la rilevanza della condotta che ha consentito “agli esponenti della consorteria di operare in condizioni di maggiore sicurezza e avvedutezza”, ha psicologizzato la *fibrillazione associativa* e l'evento del suo superamento, con ciò ponendosi agli antipodi con la caratterizzazione oggettivamente causale di *Mannino*.

4 Il ‘sasso nello stagno’ e il rischio di destabilizzazione dei precari equilibri in materia.

La sensazione è che l'improvvisa riapparizione di *Demitry* nella sentenza *Chiocchini* e la sua apparente recezione in *Pittelli* non incidano soltanto sui termini della discussione sul concorso esterno, rinnovandone la dimensione di ricca problematicità, ma anche il particolare interesse scaturito dalla sua straordinaria capacità di raccontare

¹⁸ Abbiamo più volte rilevato questo dato in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, *passim*; in chiave sostanzialmente adesiva, M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, spec. 27 ss.

¹⁹ Su queste pratiche, icastiche le notazioni di G. INSOLERA, *Il limite della legge*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, 117 ss.

²⁰ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2020, 25 ss., 86 ss.

– come solo pochissimi altri dispositivi riescono a fare – la complessità semantica del diritto contemporaneo e dei suoi più significativi scenari; in particolare, di quelli che erompono dal rapporto tra (fonti di) produzione e (fonti di) interpretazione della materia penale, che l’abnorme entropizzazione dei relativi spazi di intersezione dialettica è venuto negli anni a trasfigurare.

Rimescolando taluni rilevanti fattori di interpretazione, esse possono dar luogo ad un *gorgo ermeneutico* che rischia di risucchiare nel vortice di improvvisati assemblaggi concettuali asserti consolidati e bilanciamenti faticosamente costruiti all’interno di una materia di per sé scivolosa, da sempre al centro di equilibri fragili che inducono inquietudini e problemi di governabilità, nonostante – ma forse ancor più per questo – sia stato proprio il diritto delle Corti ad averne delineato l’identità.

Si potrebbe anzi dire che l’origine giurisprudenziale del quadro conformativo del congegno e la fatica di costruirne le condizioni di un’esperienza ermeneutica/applicativa di stabilità si supportano vicendevolmente: stanno e cadono insieme.

Lo spaccato di diritto giudiziario su cui abbiamo qui riflettuto evidenzia come il *concorso esterno* – anche all’esito di alcuni lustri dall’ingresso nel *diritto vivente* e di un consolidamento sul piano nobile della nomofilachia e delle massime ufficiali dei giudici di legittimità, avvenuto sulla spinta di messe a punto che hanno ribadito il ruolo protagonista di *formante* della prima – si presenti come un cantiere ancora aperto di questioni controverse (e con ‘lavori sempre in corso’, per richiamare l’intestazione del fortunato ciclo di seminari che Gaetano Insolera organizza e gestisce sin dai tempi dell’esperienza maceratese). Divise tra l’appartenenza al piano ermeneutico del dispositivo e il legame col nodo – mai compiutamente risolto (dunque, latente e a tratti carsico) – della compatibilità con lo statuto costituzionale della legalità penale²¹.

Nel primo ambito, si iscrivono le incertezze della sofferta gestazione applicativa (*scilicet*, delle risalenti – e molte volte denunciate – difficoltà di traduzione in un agire giudiziario *uniforme, prevedibile e stabilizzato*) di un dispositivo di incriminazione plasmato ‘all’antica’ (dall’opera di progressiva cesellatura della Corte regolatrice), secondo, cioè, i canoni della tradizione del *buon vecchio* diritto penale liberale che ha cura e sensibilità per la funzione di *Magna Charta* della fattispecie.

Nel secondo, si collocano i temi, in parte più recenti, legati alla natura *materialmente giurisprudenziale* dello strumento e, in particolare, della sua specifica *dimensione di tipicità*.

4.1. (segue) gli attacchi sferrati al tipo criminoso della Mannino dalla processualizzazione dei suoi requisiti.

Le une si connettono all’impegnativa scelta di fondo grazie alla quale il *diritto* delle Sezioni Unite ha potuto introdurre nell’arsenale di una *legislazione marcatamente di*

²¹ Per uno sguardo riassuntivo, volendo V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, in E. Mezzetti – L. Luparia (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 70 ss.

lotta – di cui è espressione quella in tema di criminalità mafiosa – una figura tipica del diritto penale liberale, come il *tipo criminoso di evento*.

L'innesto di questo paradigma su sfondi criminologici intrisi di componenti normativo/sociologiche – quale l'area semantica dell'associazione mafiosa – reca con sé il rischio dell'*entropia ermeneutica*, poiché il suo (in astratto elevato) quoziente di capacità selettiva (e, perciò, di trasformarsi in *diritto giudiziario osservante del tipo*) resta condizionato – più che in altri campi di materia – dagli angoli di osservazione e dalle chiavi di lettura dell'interprete²².

In rapporto al concorso esterno, il condizionamento ermeneutico assume una dimensione di particolare complessità che rende ragione delle dissimmetrie applicative che caratterizzano la sua esperienza²³.

Ad entrare in azione non è solo l'erosione del *tipo* e il depauperamento del correlato patrimonio di ricchezza garantistica derivanti dalla cifra di ermeneuticità *interna* (all'attività interpretativa) indotta dalla porosità dei requisiti di fattispecie. Ma anche i fattori di condizionamento *esterno* connessi alla naturale sovraesposizione *sociale* degli indirizzi applicativi in materia, stante la loro diretta destinazione a testare gli orientamenti di fondo del potere giudiziario²⁴ su quel crinale – scivoloso ma cruciale nelle strategie politico-criminali – che è il controllo penalistico degli intrecci collusivi tra classi dirigenti e organizzazioni mafiose.

Nel cono d'ombra di questa accentuata dimensione *relazionale* dell'esperienza applicativa, ove gli *input* della permeabilità semantica degli elementi del *tipo* interagiscono con gli *output* delle valutazioni sociali degli esiti interpretativi e degli epiloghi processuali, trovano emersione i punti di crisi del fenomeno di *processualizzazione* dei requisiti di fattispecie corrispondenti alla carsica riemersione: *i*) di una concezione del concorso quale figura di qualificazione e criterio di imputazione – anziché *morfologia fattuale* – incline a valorizzare 'disponibilità' e 'rapporti di vicinanza' ascrivibili all'area dei traffici personali di influenza; *ii*) di un uso flessibilizzato della causalità del contributo, con stravolgimento della struttura dell'illecito retrocesso a incriminazione di condotta e dove il disvalore si trasferisce sui profili sintomatici di pericolosità soggettiva, con grave pregiudizio dei livelli di ragionevolezza della parificazione sanzionatoria rispetto alla limitrofa figura della partecipazione associativa; *iii*) della ricostruzione del reato come eventualmente permanente. Se l'effetto di queste vicende è la destabilizzazione del *tipo*, quale unità omogenea di disvalore istituzionalizzata nella cornice rigida e astratta delle sue strutture portanti, il loro comune denominatore è una conformazione della fattispecie secondo *geometrie variabili*, ove la proiezione anamorfica della stessa consegue ad un aggiramento della funzione selettiva del pre-esistente e, perciò vincolante, schema normativo.

²² Fondamentali, al riguardo, Arth. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa"*, (1965), tr. it., Napoli, 2003; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, (1968), tr. it., Napoli, 2007, con saggio introduttivo di G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*.

²³ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.

²⁴ V. MAIELLO, [Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2012, 265 ss.

4.2 (segue) le questioni ancora aperte legate alla conformazione materialmente giurisprudenziale della fattispecie.

Alla natura sostanzialmente giurisprudenziale della tipicità vanno riportate, poi, altre questioni, tra le quali: i) il tema del *seguito interno* di Corte Edu *Contrada c. Italia* relativamente al ricorrente vittorioso e dei c.d. suoi *fratelli minori*²⁵; ii) le vicende di diritto intertemporale (che non hanno ancora impegnato la giurisprudenza di legittimità) che riguardano fatti commessi nel *vigore* (in senso improprio) dell'orientamento risalente a *Demir* giudicati in epoca successiva al suo abbandono.

5. L'impasse ermeneutico determinato da *Chiocchini* e l'urgenza di un nuovo intervento delle Sezioni Unite (aspettando il legislatore Godot).

Il peculiare contesto nel quale è maturata la riapparizione del modello di concorso esterno prefigurato da *Demir* pone la necessità di verificare la portata di questa inusitata epifania, allo scopo, in particolare, di stabilirne la riconducibilità al "principio di diritto" cui l'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. riserva uno statuto privilegiato di disciplina.

A questo fine, appaiono utili talune sottolineature.

Innanzitutto, la definizione di concorso esterno operata da *Chiocchini* non riguarda la questione sottoposta alle Sezioni Unite e interviene su una materia che, a partire da *Mannino*, non registra contrasti sincronici e diacronici.

Si tratta, allora, di una 'messa a fuoco' che non origina dal bisogno di dirimere problemi di *ius constitutionis* dell'istituto, collegati a rimeditazioni giurisprudenziali di questioni passate o ad esigenze di puntualizzarne i confini con fattispecie limitrofe interessate da riforme legislative (si pensi, ad esempio, alla questione non adeguatamente esplorata dei rapporti tra concorso esterno in patto elettorale e delitto di cui all'art. 416- *ter* c.p.²⁶).

D'altro canto, resta indubitabile che alla struttura della controversa (ma ormai metabolizzata) figura, il supremo consesso non si limita a cenni *incidenter* – equiparabili ad una *voce dal sen fuggita* – bensì dedica un apposito capitolo dell'ampia e complessa motivazione, segnatamente la parte preponderante di un intero paragrafo riservato al tema dei rapporti con l'aggravante dell'aggravazione mafiosa.

²⁵ Su cui, G. AMARELLI, [L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza Contrada](#), in *disCrimen*, 10 febbraio 2021; prima ancora, V. MAIELLO, *La cassazione ripristina la legalità convenzionale nel caso Contrada*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 224 ss., spec. 230 ss. Uno sguardo grandangolare sulle ricadute sistemiche della *Contrada* in F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061 ss.

²⁶ Su cui ampiamente, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, Roma, 2017, 382 ss.; ID., "Nel giardino dei sentieri che si biforcano". Il concorso esterno nei reati associativi tra teoria e prassi, in F. Giunta – R. Guerrini – V. Maiello – S. Seminara – F. Sgubbi (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale*, Napoli, 2020, 129 ss., spec. 140 ss.

Siamo innanzi a due elementi in rapporto di apparente collisione che, però, ad un'attenta meditazione non lasciano dubbi sull'estraneità delle affermazioni di Chiocchini al regime di *precedente debole* sancito dall'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

Pacifica si prospetta tale conclusione alla stregua di una nozione restrittiva del sintagma su cui orbita la speciale disciplina, che ne riduce l'ambito alla sola questione di competenza delle Sezioni Unite²⁷.

Ma ad eguale esito sembra doversi pervenire pure assumendo un perimetro semantico del concetto che vi includa gli argomenti giuridici della *ratio decidendi* intesa come “complesso di ragioni che stanno a base di una decisione”²⁸ e che, pertanto, estende l'applicabilità del disposto a “tutti i principi sui quali si basa la decisione”²⁹.

Appare sufficientemente chiaro che il tema del(la configurazione di) concorso esterno non abbia avuto alcuna incidenza sul ragionamento decisorio del punto controverso (e neppure degli altri motivi di ricorso), non emergendo connessione di sorta tra la scelta a favore di uno dei modelli alternativi (*demitriano* o *manniniano*) e la *quaestio* della natura soggettiva o oggettiva dell'aggravante e, conseguentemente, del criterio di imputazione ai concorrenti³⁰.

Giova, infatti, segnalare come anche nell'accezione allargata di “principio di diritto enunciato dalle sezioni unite” non possano trovare posto le affermazioni aventi natura meramente esplicativa della *ratio*, né le “argomentazioni, anche giuridiche, meramente strumentali al ragionamento che portano alla decisione”³¹.

Sono, tuttavia, soprattutto gli elementi *contesuali* di valutazione a convincere della irriducibilità della pur qualificata opinione di Chiocchini al raggio di azione dell'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

In questa prospettiva, rilevano tre importanti indici: i) il (rammentato) dato che il *tipo giurisprudenziale* del concorso esterno non reclama(va) interventi nomofilattici, a causa della inesistenza di contrasti interpretativi tra le sezioni semplici³²; ii) la omessa massimazione del principio da parte del competente Ufficio della Suprema Corte; iii) le affermazioni delle Sezioni Unite sono svolte in un quadro discorsivo che elude la dimensione dialettica del *contesto di giustificazione* che accompagna, d'ordinario, la formulazione del principio di diritto nelle pronunce del vertice della Corte di cassazione

²⁷ Per questa posizione, R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge* (commi 66-69 l. n. 103/2017), in A. Marandola – T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 278.

²⁸ V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002, 885.

²⁹ Così, G. FIDELBO, [Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018, 10.

³⁰ L. DELLA RAGIONE, *L'aggravante della 'ambientazione mafiosa' (art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152)*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, vol. XII del Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2015, 70 ss.

³¹ Così chiaramente, G. FIDELBO, *op. loc. cit.*, per il quale, tuttavia, quel genere di affermazioni è cosa ancora diversa dagli *obiter dicta*. Per una nozione ampia di quest'ultima categoria, V. MARINELLI, *op. loc. cit.*, che vi fa confluire “tutto ciò che, nella motivazione del provvedimento, va al di là dell'indicazione essenziale del perché della decisione adottata, ossia non si pone in modo diretto a fondamento della decisione stessa”.

³² Sui problemi di gestione dei contrasti, in prospettiva *de iure condendo*, R. BARTOLI, [Le garanzie della “nuova” legalità](#), in *Sist. pen.*, n. 3/2020, 143 ss.

e che è coerente con la loro proiezione ad informare la *comunità dei parlanti il diritto* (prima ancora di quella dei laici titolari dei diritti di cittadinanza) sui criteri di giudizio *lato sensu* intesi, deputati ad orientare l'attività giudiziale di interpretazione ed applicazione delle norme.

In altri termini, allorché si esprime sulle connotazioni del concorso esterno, *Chiocchini* risolve il suo ruolo nella denotazione puramente assertiva della primitiva versione di quello schema criminoso, estraendolo inaspettatamente dal repertorio della storia giurisprudenziale dell'istituto, senza connotarne la collocazione nel tempo della sua formazione e per di più omettendo di sottolinearne la sua fuoriuscita dal *diritto* delle Sezioni Unite e le ragioni che la determinarono.

Questa modalità di discorso pregiudica l'autorevolezza dell'asserto, consegnandolo ad un'accezione volontaristico/autoritaria di nomofilachia, inaccettabile nella cornice del costituzionalismo contemporaneo, fondato sulla dimensione discorsiva del diritto e della sua razionalità legittimante³³.

È, in ogni caso, un fatto che *Chiocchini* abbia iniziato la circolazione nel diritto delle Corti, come testimonia *Pittelli*, in termini da aprirsi a rimodulazioni e adattamenti ai compendi delle regiodicande e, dunque, rischiando assai concretamente di alimentare disorientamenti ed incertezze in una materia notoriamente permeabile e porosa ma che da tempo si è rinserrata nell'apparente compattezza delle massime giurisprudenziali – pur continuando a costituire terreno di elezione delle scorrerie dei fenomeni di *processualizzazione* del diritto sostanziale³⁴.

Sarebbe, allora, vivamente auspicabile – in attesa (chissà *quando* e *se*) che la partita possa vedere protagonista il legislatore³⁵ – un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, sia riguardo alla questione *ex professo*, sia per fornire una decisione sulla sorta di *meta-regola* che definisca, stipulativamente, portata e limiti del sintagma *principio di diritto* rilevante si fini di disciplina dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.³⁶.

Lo esigono l'*ethos* e il senso profondo di una legalità consapevole di dover convivere con il *momento giurisprudenziale* della sua implementazione³⁷.

Sono i principi sui quali da tempo si esercita il magistero di Gaetano Insolera, ammonendo che “la fedeltà alla Costituzione dovrà prevalere su ogni altra osservanza e preferenza”³⁸.

³³ Per uno sguardo d'insieme, G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005, spec. 151 ss.; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010.

³⁴ G.A. De FRANCESCO – E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016.

³⁵ V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352 ss.

³⁶ Sui rapporti tra nomofilachia e regole interpretative, F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.; V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di deontologia ermeneutica*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.

³⁷ Sulla distinzione tra *momento giurisprudenziale* e *diritto giudiziario*, cfr. V. MARINELLI, *op. cit.*, 880.

³⁸ G. INSOLERA, *Post scriptum*, in C. Guarnieri – G. Insolera – L. Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, Roma, 2019, 166.