

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

1/2024

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2024 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

RIFORME IN CORSO <i>REFORMAS EN CURSO</i> <i>ONGOING REFORMS</i>	<p>La proposta di una nuova direttiva per la confisca dei beni 1</p> <p><i>La propuesta para una nueva directiva sobre el comiso de bienes</i> <i>The Proposal for a New Directive on Asset Confiscation</i> Anna Maria Maugeri</p> <hr/> <p>La riforma (della riforma) del danneggiamento di beni culturali, tra incoerenze criminologiche e dubbi di costituzionalità 86</p> <p><i>La reforma (de la reforma) del daño al patrimonio cultural, entre inconsistencias criminológicas y dudas constitucionales</i> <i>The Reform (of the Reform) of Cultural Property Damage, Between Criminological Inconsistencies and Constitutional Doubts</i> Arianna Visconti</p> <hr/> <p>La riforma della bancarotta fraudolenta impropria nelle “proposte Bricchetti”: tra continuità dichiarata e novità taciute 139</p> <p><i>La reforma de la bancarrota fraudulenta impropia en las “propuestas Bricchetti”: entre la continuidad declarada y las novedades no mencionadas</i> <i>The Reform of Corporate Fraudulent Bankruptcy in the “Bricchetti Proposals”: Between Declared Continuity and Unspoken Novelties</i> Giuseppe Toscano</p>
QUESTIONI DI PARTE SPECIALE <i>QUESTIONES</i> <i>DE PARTE ESPECIAL</i> <i>ISSUES</i> <i>ON THE SPECIAL PART</i>	<p>Splendore e morte del traffico di influenze illecite 161</p> <p><i>Esplendor y Muerte del Tráfico de Influencias Ilícitas</i> <i>Splendor and Death of Illicit Influence Trafficking</i> Vincenzo Mongillo</p> <hr/> <p>Partecipazione, concorso esterno e voto di scambio: la perenne esigenza di ricostruzione dei tipi 195</p> <p><i>Participación y compra de votos: la necesidad perenne de la reconstrucción de los tipos penales</i> <i>Participation, External Complicity, and Vote Buying: The Perennial Need for the Reconstruction of Actus Reus</i> Andrea Alberico</p> <hr/> <p>Gli abusi sessuali tramite immagini. Limiti applicativi e prospettive di riforma dell’art. 612 ter c.p. 207</p> <p><i>Abuso sexual a través de imágenes. Límites de aplicación y perspectivas de reforma del art. 612 ter del Código Penal</i> <i>Image-based Sexual Abuse. Application Limits and Perspectives for Reform of Article 612 ter of the Italian Criminal Code</i> Monica Tortorelli</p>

CARCERE E ALTERNATIVE	Sovraffollamento carcerario: aspettando l'efficientamento delle pene sostitutive, subito un indulto proprio condizionato	241
<i>PRISIÓN Y ALTERNATIVAS</i>	<i>Hacinamiento Carcelario: Mientras se espera la implementación eficiente de las penas sustitutivas, un indulto propio condicionado inmediato</i>	
<i>IMPRISONMENT AND ALTERNATIVES</i>	<i>Prison Overcrowding: While Waiting for the Effective Implementation of Alternative Penalties, an Immediate Conditional Pardon is Needed</i>	
	Giuseppe Amarelli	
	Valutare per rieducare. Alternative al carcere e risk assessment tools	262
	<i>Evaluar para reeducar. Alternativas a la prisión y herramientas de evaluación de riesgos</i>	
	<i>Evaluating for Re-Educating. Alternatives to Imprisonment and Risk Assessment Tools</i>	
	Davide Colombo	
IL FOCUS SU...	La "questione" probatoria nel procedimento di prevenzione	286
<i>FOCUS SOBRE...</i>	<i>La cuestión probatoria en el proceso de prevención</i>	
<i>FOCUS ON...</i>	<i>The Evidence in the Prevention Procedure</i>	
	Teresa Alesci	
	La responsabilità degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro nella giurisprudenza del Tribunale di Milano	300
	<i>La responsabilidad de las personas jurídicas por delitos en materia de salud y seguridad en la jurisprudencia del Tribunal de Milán</i>	
	<i>Corporate Liability for Crimes Related to Health and Safety at Work in the Case-Law of the Court of Milan</i>	
	Sara Bianca Taverriti	

QUESTIONI DI PARTE SPECIALE
CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL
ISSUES ON THE SPECIAL PART

- 161 **Splendore e morte del traffico di influenze illecite**
Esplendor y Muerte del Tráfico de Influencias Ilícitas
Splendor and Death of Illicit Influence Trafficking
Vincenzo Mongillo
- 195 **Partecipazione, concorso esterno e voto di scambio: la perenne esigenza di ricostruzione dei tipi**
Participación y compra de votos: la necesidad perenne de la reconstrucción de los tipos penales
Participation, External Complicity, and Vote Buying: The Perennial Need for the Reconstruction of Actus Reus
Andrea Alberico
- 207 **Gli abusi sessuali tramite immagini. Limiti applicativi e prospettive di riforma dell'art. 612 ter c.p.**
Abuso sexual a través de imágenes. Límites de aplicación y perspectivas de reforma del art. 612 ter del Código Penal
Image-based Sexual Abuse. Application Limits and Perspectives for Reform of Article 612 ter of the Italian Criminal Code
Monica Tortorelli

Partecipazione, concorso esterno e voto di scambio: la perenne esigenza di ricostruzione dei tipi

Nota a Cass., Sez. I, sentenza 5 giugno 2023 (dep. 16/11/2023), n. 46336

Participación y compra de votos: la necesidad perenne de la reconstrucción de los tipos penales

Participation, External Complicity, and Vote Buying: The Perennial Need for the Reconstruction of Actus Reus

ANDREA ALBERICO

*Ricercatore a tempo determinato in Diritto penale
andrea.alberico@unina.it*

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA,
CONCORSO DI PERSONE

CRIMINALIDAD ORGANIZADA,
PARTICIPACIÓN

ORGANIZED CRIME,
COMPLICITY

ABSTRACTS

Il lavoro analizza i profili di persistente incertezza nella ricostruzione giurisprudenziale dei tipi criminosi di partecipazione, concorso esterno e voto di scambio. Dopo aver passato in rassegna gli elementi che, secondo la Cassazione, definiscono la specificità di ciascuna fattispecie, distinguendola dalle altre, l'A. si sofferma in particolare sulla messa a disposizione quale requisito della partecipazione, rimarcando come essa indebolisca il modello organizzatorio misto in passato recepito dalla prassi. All'esito, viene offerta una possibile griglia degli indicatori che suggeriscono l'integrazione di ciascun fatto tipico.

El trabajo analiza las cuestiones de permanente incertidumbre en la reconstrucción jurisprudencial de los tipos penales en materia de participación y compra de votos. Tras revisar los elementos que, según la Corte Suprema, definen la especificidad de cada delito y lo distinguen de los demás, el trabajo aborda el requisito de puesto a disposición como requisito de la participación, enfatizando cómo debilita el modelo organizativo mixto adoptado anteriormente por la práctica. Como resultado, se ofrece una posible cuadrícula de indicadores que sugieren la configuración de cada hecho típico.

The work analyzes the profiles of persistent uncertainty in the case law reconstruction of actus reus of participation in a criminal association, external complicity in the latter, and vote buying. After reviewing the elements that, according to the Supreme Court, define the specificity of each offense, distinguishing it from the others, the author focuses in particular on the 'making oneself available' (to the criminal association) as a requirement of participation, emphasizing how it weakens the mixed organizational model previously adopted by the law in action. As a result, a possible grid of indicators suggesting the integration of each typical fact is offered.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La fattispecie associativa: tipicità. – 2.1. Modello organizzatorio/misto e messa a disposizione: il problema del tentativo punibile. – 3. La fattispecie associativa: prova. – 4. Il concorso esterno: tipicità. – 4.1. Il concorso esterno: prova. – 5. Lo scambio elettorale. – 6. Le intersezioni tra le tre figure criminose.

1. Introduzione.

La sentenza in commento, muovendo da una articolata vicenda processuale che vedeva coinvolti dieci soggetti accusati a vario titolo di cointeressenze con il clan *Santapaola* (fazione di Aci Catena), si produce nell'encomiabile sforzo di puntualizzare il recinto della tipicità dei fatti di partecipazione, concorso esterno e voto di scambio, al fine di definire un itinerario ermeneutico che possa guidare la prassi di merito nella corretta selezione dei tipi criminosi applicabili.

Nel caso di specie, infatti, taluni ricorrenti erano chiamati a rispondere della partecipazione al sodalizio mafioso, altri della commissione di reati fine aggravati ai sensi dell'art. 416bis.1 c.p., mentre colui che ha visto più significativamente accolte le proprie ragioni nel giudizio di legittimità era stato condannato a titolo di concorso esterno per aver versato somme di denaro all'associazione mafiosa in cambio di sostegno elettorale (per competizioni elettorali antecedenti al 2012), e per aver provveduto al cd. cambio assegni.

La decisione presenta, al contempo, vocazione dogmatica – impegnandosi nella definizione degli elementi costitutivi e della conseguente tipologia dei delitti in questione – e prasseologica, in chiave selettiva delle forme di esperienza validamente spendibili nella prova processuale della sussistenza del reato (*rectius*, di uno dei reati).

Questa duplice inclinazione traspare nitidamente dalle scelte espositive e strutturali di una motivazione complessa – ma fluida – nella quale si alternano e dialogano tra loro passaggi dedicati alla definizione dei tipi ed alla fissazione dei relativi elementi costitutivi (più spesso alimentati da massime di precedenti pronunce di legittimità piuttosto che dal contributo della dottrina), ed altri impegnati sul versante empirico-fattuale.

Non sempre i propositi paiono raggiunti, ed anzi troppo spesso (e quasi sempre attorno a snodi cruciali dell'argomentazione) la dimensione probatoria finisce per offuscare quella dogmatica.

Pur innanzi a questioni di non agevole soluzione e nonostante l'ormai ultra-decennale vigenza di ciascuno dei principali congegni punitivi di 'lotta' alla mafia¹ (decenni nei quali, evidentemente, non si è stabilizzata una soddisfacente posizione ermeneutica), la Corte non ipotizza profili di criticità delle fattispecie coinvolte al metro della sufficiente determinatezza, trattenendo per sé il compito di rimediare – in una sorta di soccorso ermeneutico (magari a tratti anche creativo) alla intrinseca scivolosità del tipo.

Seguendo lo stesso sentiero tracciato dalla sentenza, si procederà alla ricognizione autonoma delle tre figure criminose, rimandando all'esito alcune considerazioni sulle possibili sovrapposizioni dei relativi spazi di tipicità.

2. La fattispecie associativa: tipicità.

La prima figura analizzata è la fattispecie di cui all'art. 416bis c.p. (punto 4 in diritto, p. 46 ss.). La Corte premette una giusta precisazione – coerente con la vocazione dogmatica della decisione – intorno alla natura della disposizione, rilevando in essa la presenza di due autonome incriminazioni allocate nei primi due commi: la partecipazione ad un'associazione mafiosa (co. 1) e la promozione, direzione o organizzazione della stessa (co. 2).

Svolta questa premessa, il Collegio si sofferma esclusivamente sulla prima fattispecie² (punto 4.1). Le affermazioni iniziali appaiono dense di implicazioni, offrendo da subito alcune indicazioni circa la natura del reato – che viene definito *a forma libera* – ed i relativi elementi

¹ Per una recente e accurata riflessione critica sulla capacità denotativa della fattispecie di partecipazione, MAIELLO (2023), p. 3 ss.

² In argomento, MERENDA e VISCONTI (2020), p. 60 ss.

costitutivi. Rispetto a questi ultimi, la partecipazione deve sostanziarsi «in un agire concreto e causalmente efficace rispetto agli scopi dell'associazione». Se ne dovrebbe trarre, coordinando le due statuizioni, che la partecipazione sia *fattispecie causalmente orientata* a forma libera.

Tale primo epilogo viene però confutato da un passaggio argomentativo immediatamente successivo, frutto del richiamo a principi di diritto enunciati in pregresse decisioni di legittimità. Si afferma infatti che il partecipe deve assumere un ruolo *costante* all'interno della struttura criminosa – derivandosi da ciò la natura *permanente* del reato – ma si precisa che tale contributo deve essere *funzionalmente* orientato alla struttura e all'attività dell'associazione. Il requisito causale pieno da cui la Corte aveva preso le mosse, dopo poche righe si affievolisce a vantaggio di una prospettiva solo funzionale³, senza che però vengano segnalate conseguenze da questa diversa scelta semantica. Il congedo dalla causalità si compie del tutto allorché la Corte precisa che il contributo funzionale risulta espressione dell'inserimento strutturale, che a sua volta deve «attestare la (...) “messa a disposizione” in favore del sodalizio»⁴.

Provando a schematizzare, il partecipe è colui che, stabilmente inquadrato nella struttura associativa, si pone costantemente a disposizione della stessa per garantirne l'operatività ed il perseguimento degli obiettivi.

Sul versante psicologico, la condotta deve accompagnarsi al dolo specifico, consistente nella «consapevole volontà di fare parte della compagine criminosa al fine di dividerne l'attività svolta e gli obiettivi criminali».

Dopo una parentesi dedicata alla prova (su cui *infra*), la Corte (punto 4.3) richiama la recente giurisprudenza delle Sezioni unite “Modaffari” per confermare che la partecipazione non «comporta l'adozione piena del cd. modello causale», che invece scolpisce il tipo criminoso del concorso esterno.

Per rafforzare questo passaggio, viene evocata la «visione dinamica e funzionale della condotta partecipativa», già sposata dalla sentenza “Mannino”, secondo cui il ‘far parte’ «è espressione di sintesi che implica l'assunzione di un ruolo e lo svolgimento di compiti effettivi». ‘Far parte’ diviene ‘prendere parte’, attraverso lo «svolgimento di compiti funzionali e tendenzialmente stabili, coesenziali al raggiungimento dei fini del gruppo».

Nel mezzo di questo percorso, il Collegio convalida la *struttura mista* del reato di cui al comma 1 dell'art. 416bis c.p. («data la necessaria proiezione esterna del potere di intimidazione del sodalizio») e proclama la natura giuridica di *reato di pericolo concreto* del *reato associativo* di stampo mafioso, ma non già delle «singole condotte in cui si articola la fattispecie».

Tale ultima affermazione merita approfondimento poiché, pur in assenza di indicazioni ulteriori, sembrerebbe che la Corte voglia sostenere che fattispecie sia costruita come reato a doppio evento (alla stregua dello schema del *danno qualificato dal pericolo* ricorrente nei reati contro la pubblica incolumità⁵): l'insieme dei fatti di partecipazione darebbe luogo alla compagine associativa (primo evento), la quale – in ragione delle proprie caratteristiche – determinerebbe l'insorgere del concreto pericolo per l'ordine pubblico, *in primis*, e per gli ulteriori beni attinti nella dimensione plurioffensiva del tipo⁶.

Come ad esempio nella fattispecie di crollo di costruzione viene punito non già qualsiasi fenomeno di cedimento al suolo di un edificio o di una sua parte, ma solo quello che, presentando connotazioni disastrose, mette in pericolo la pubblica incolumità (il pericolo che qualifica l'evento dannoso naturalistico), così nella partecipazione non dovrebbe rilevare qualsiasi interazione con il sodalizio – espressa magari anche nell'affiliazione rituale – ma solo quella compenetrazione che arricchisca la consorteria, agevolandone il raggiungimento degli scopi: solo così la condotta potrebbe qualificarsi per il tipo di pericolo che ha contribuito a consolidare (*causalità di rinforzo*).

Una simile proposta ermeneutica, però, reclamando un requisito causale nella tipicità partecipativa, presenterebbe due inconvenienti. Il primo: si porrebbe in potenziale contraddizione con gli argomenti prima sciorinati dalla stessa sentenza circa la messa a disposizione e il rifiuto del modello causale, inteso sia in senso stretto, sia quale componente dell'organizzatorio-mi-

³ Sulle differenze tra funzione e causa, ALEO (2020), p. 103 ss.

⁴ Questa posizione risulta conforme a quella espressa dalle Sezioni unite nella nota sentenza “Modaffari”, ove la Corte riunita aveva risolto la partecipazione nello «stabile inserimento», esprimibile secondo un duplice statuto, quello causale (che non richiede altro approfondimento probatorio) e quello ‘formale’, che deve invece accompagnarsi ad atti espressivi della messa a disposizione. Parte della dottrina, al riguardo, ha acutamente osservato come si rischi di trasformare la fattispecie in reato a schema duplice, sulla scorta della figura tipologica dei fatti corruttivi. AMARELLI (2022), p. 792.

⁵ GARGANI (2005).

⁶ La natura plurioffensiva è espressamente riconosciuta dalle Sezioni unite “Modaffari”.

sto. Il secondo: farebbe sorgere attriti con il principio di offensività, sconosciuti ai delitti contro l'incolumità pubblica presi a modello in precedenza, nei quali – al contrario – il *pericolo* qualifica in chiave ulteriormente offensiva l'evento di danno già verificatosi, e dunque ha una funzione di contenimento del perimetro applicativo dell'incriminazione.

L'art. 416*bis*, co. 1 c.p. punisce invero solo il prendere parte «alla vita dell'organismo illecito in una delle sue articolazioni strutturali»⁷, non certo l'associazione in quanto tale. Sicchè risulterebbe alquanto curioso agganciare l'evento di pericolo all'*associazione*, almeno tutte le volte in cui questa non avrebbe difficoltà ad esistere ed operare a prescindere dal fatto di partecipazione del singolo membro: si tratterebbe pur sempre di un *periculum in re ipsa*.

L'unica strada per comporre questo conflitto sarebbe nuovamente quella di pretendere un coefficiente causale nel fatto del partecipe: il suo stabile inserimento nei gangli del sodalizio deve provocarne il rafforzamento, contribuendo così alla ripetizione del pericolo per il bene protetto (secondo i tracciati del cd. modello organizzatorio/misto).

La proposta scissione tra condotta (partecipazione) e reato (associazione), infine, convince poco sul piano della legalità⁸, ed in particolar modo sulla natura strutturale del delitto.

Dal punto di vista teorico-generale, infatti, la Corte avrebbe prima dovuto chiarire se la fattispecie rientri nei reati di pura condotta ovvero in quelli di evento. Nei primi, condotta e reato coincidono indissolubilmente, costituendo un tutt'uno. Solo nei reati di evento è necessario un *quid pluris* rispetto alla condotta perché di perfezioni il tipo criminoso. Ne segue che, sostenendo la pericolosità concreta del reato ma non della condotta, la Corte starebbe implicitamente affermando che l'associazione costituisca l'evento intermedio della fattispecie, dal quale scaturisce il pericolo per l'ordine pubblico. Evento intermedio, però, che reclamerebbe pur sempre una connessione causale con la condotta.

La Corte, nel solco delle Sezioni unite “Modaffari”, predilige invece il ricorso alla messa a disposizione quale paradigma del contributo funzionale del partecipe.

A chiusura del ragionamento, infatti, la sentenza passa brevemente in rassegna le posizioni prese dalla giurisprudenza successiva a “Mannino” per ribadire l'impraticabilità del modello causale in senso stretto e per rifiutare tanto il modello organizzatorio puro, quanto quello misto, concludendo che il contributo del partecipe «viene esemplificato in termini di *messa a disposizione effettiva e consapevole*».

La messa a disposizione deve risultare seria e continuativa, ed esprimersi attraverso comportamenti capaci di dimostrare l'adesione libera e volontaria del membro e l'accettazione da parte del gruppo. La messa a disposizione, in ultima analisi, viene definita come «la *sintesi di un concreto attivismo* tale da rientrare nel 'profilo dinamico' della partecipazione».

2.1. *Modello organizzatorio/misto e messa a disposizione: il problema del tentativo punibile.*

Dando seguito alla sentenza “Modaffari” nella parte in cui ha ammesso la possibilità di integrare la imprescindibile componente organizzatoria con la mera messa a disposizione, rimandando ad un momento successivo l'effettiva prestazione del contributo, la sentenza in commento segna un passo di allontanamento dal congegno di tipicità rilasciato da “Mannino” (e perfezionato da “Pesce”⁹, in cui la Corte aveva taciuto la messa a disposizione di configgere con l'art. 25, co. 2 Cost. *sub specie* principio di materialità¹⁰), contribuendo altresì al consoli-

⁷ Ronco (2015), p. 66.

⁸ Su questi temi, MAIELLO (2015), p. 159 ss.

⁹ Cass., Sez. 1, Sentenza n. 55359 del 17/06/2016 Ud. (dep. 30/12/2016) Rv. 269040. La sentenza “Pesce” ha il merito di ricostruire la partecipazione in chiave bifasica, pretendendo che all'accordo di ingresso segua il compimento di atti espressivi del ruolo assunto. Per approfondimenti, MAIELLO (2021), p. 11 ss.; MERENDA e VISCONTI (2020), p. 65 ss.

¹⁰ Così sul punto: «è da ritenersi che non potendosi ritenere sufficiente la mera ed astratta «messa a disposizione» delle proprie energie (dato che ciò, oltre a costituire un dato di notevole evanescenza sul piano dimostrativo, si porrebbe in insanabile contrasto con il fondamentale principio di materialità delle condotte punibili di cui all'art. 25 Cost.) va riscontrato in concreto il «fattivo inserimento» nell'organizzazione criminale, attraverso la ricostruzione – sia pure per indizi – di un «ruolo» svolto dall'agente o comunque di singole condotte che – per la loro particolare capacità dimostrativa – possano essere ritenute quali «indici rivelatori» dell'avvenuto inserimento nella realtà dinamica ed organizzativa del gruppo» (p. 317). Nel seguito della motivazione, la sentenza “Pesce” segnala la necessità del «definitivo accantonamento della linea interpretativa (...) tesa a ritenere come rientrante nell'ambito applicativo della previsione incriminatrice la semplice ‘messa a disposizione’ (...). Tale orientamento (...) finirebbe con il ricollegare l'inflazione di pena (...) ad una mera potenzialità operativa del soggetto» (pp. 320-321) in palese violazione del principio di proporzionalità.

damento di un modello anticipato di partecipazione, molto prossimo a quello organizzatorio puro: il reato potrà dirsi perfezionato anche prima della (e a prescindere dalla) prestazione di un contributo tangibile alla vita o al rafforzamento dell'associazione (o dello svolgimento di un compito effettivo, per dirla con *Mannino*).

Il nuovo corso inaugurato da “Modaffari” – e qui ribadito – riabilita la ‘messa a disposizione’ quando sembrava ormai espunta dall’orizzonte ermeneutico della partecipazione, lasciando però irrisolte due questioni teoriche (oltre a quelle probatorie che saranno affrontate in seguito) tutt’altro che marginali.

La prima è correlata al principio di precisione. Una fattispecie già non particolarmente felice quanto alla capacità denotativa delle scelte semantiche operate dal legislatore, viene arricchita interpretativamente ricorrendo ad una locuzione del tutto priva di efficacia selettiva¹¹ (a ragione definita “buco nero” in dottrina¹²) e la cui inidoneità traspare dalle stesse parole della sentenza in commento.

Nella chiosa finale sul punto (p. 50, penultimo cpv.), la Corte afferma che è necessario individuare un contributo, anche atipico, del partecipe, che può essere tanto materiale quanto morale, e che viene appunto esemplificato in termini di messa a disposizione *effettiva e consapevole*.

Ebbene, la contraddizione tra i concetti di ‘contributo materiale’ e ‘messa a disposizione’ è così insanabile che potrebbe rivelarsi spia di una intima confusione. Il contributo materiale, infatti, rimanda ad un *facere*, ad una operatività concreta e dinamica, mentre la messa a disposizione è sintomatica di un’attesa, di una condizione di allerta, che però è statica. Come tale, la messa a disposizione non può essere mai effettiva, ma sempre potenziale. Divenendo ‘effettiva’ non è più messa a disposizione, poiché significa che è stata richiesta ed accolta l’attivazione di quella disponibilità in precedenza manifestata.

Inoltre, come si vedrà in seguito, la messa a disposizione è ritenuta incompatibile con il concorso esterno, proprio perché quel modulo di incriminazione viene ancorato al contributo causale dell’estraneo: ne segue che la messa a disposizione non può risolversi in un contributo materiale causale. Ma allora si sarebbe dovuto spiegare come un contributo materiale possa non essere causale, ad esempio attingendo alla causalità agevolatrice, ovvero approfondendo la prospettiva funzionale pur evocata al principio della motivazione.

In definitiva, il soccorso ermeneutico della ‘messa a disposizione’ si rivela foriero di ulteriori possibili fraintendimenti nella comprensione del precetto, finendo per peggiorarne le capacità comunicative.

La seconda questione, correlata alla prima, attiene al giudizio sulla rilevanza della messa a disposizione (in seguito all’accordo di ingresso) quale forma di tentativo di partecipazione.

Premesso infatti che l’accordo di ingresso segna una fondamentale fase di convergenza tra l’individuo e l’associazione, la successiva messa a disposizione diviene sintomatica della possibilità che il sodalizio decida di ricorrere a quel soggetto, e che questi accetti di attivarsi. La messa a disposizione, dunque, si attegga quale atto idoneo e diretto in modo non equivoco alla partecipazione, definitivo momento di arricchimento dell’associazione (e tale da giustificare il compasso editale particolarmente severo fissato dall’art. 416bis co. 1 c.p.).

Volendo perorare le ragioni della struttura bifasica della fattispecie, la messa a disposizione segnerebbe il completamento della prima fase, che è proprio quella di ingresso formale nell’organigramma associativo. Tale episodio può meritare un giudizio di rilevanza penale anche qualora non sia seguito dalla prestazione di un contributo alla vita dell’associazione, poiché presenta gli estremi del tentativo di partecipazione¹³. Ma siffatto giudizio non può risolversi nell’applicazione della medesima forbice sanzionatoria spendibile per chi contribuisce fattivamente alle sorti del sodalizio, se non a scapito del principio di proporzionalità della pena.

La messa a disposizione – che comunque è qualcosa di più della mera affiliazione rituale, poiché denota almeno la possibilità che il neo adepto si attivi per il sodalizio – testimonia solo l’integrazione della componente organizzatoria del tipo criminoso.

Inoltre, come opportunamente segnalato in dottrina, volendo tener salda la natura di reato associativo a struttura mista della fattispecie di cui all’art. 416bis c.p. – e dunque di associazione *che delinque* piuttosto che di associazione *per delinquere* – bisogna prendere atto che

¹¹ FIANDACA e MERLO (2021), p. 790; AMARELLI (2022), p. 792.

¹² MAIELLO (2022), p. 737. La posizione è stata recentemente ripresa da SIRACUSANO (2023), p. 149, seppur con particolare riguardo alla distinzione tra partecipazione e concorso esterno.

¹³ AMARELLI (2022), pp. 795-796.

l'affiliato “a disposizione” «non è in grado di sprigionare all'esterno la *vis intimidatoria* del clan mafioso in cui è appena stato “accolto”»¹⁴.

A ben vedere, però, la prospettiva della rilevanza del tentativo si schiude allo stesso modo seguendo la distinzione tra ‘condotta di partecipazione’ e ‘reato di associazione’ avanzata dalla sentenza in commento e prima discussa. La condotta partecipativa, nei termini della messa a disposizione, perfezionerebbe il reato qualora vi si affianchi un contributo all’operatività dell’ente, che ne rafforzi la pericolosità (l’associazione quale evento finale di pericolo); in mancanza, meriterebbe un giudizio nei termini di cui all’art. 56 c.p., contribuendo solo all’integrazione del primo segmento della tipicità (la condotta di partecipazione).

In definitiva, come già suggerito in giurisprudenza¹⁵ e condiviso da parte della dottrina¹⁶, la messa a disposizione esprime una condizione di arruolamento piuttosto che di partecipazione, almeno fino a che il neofita non sia chiamato a prestare la propria opera (naturalmente anche attraverso il compimento di fatti non tipici) per l’associazione. In mancanza di una figura *ad hoc* come quella prevista dall’art. 270*quater* c.p., il ricorso alla disciplina del delitto tentato appare quella maggiormente coerente sul piano teorico generale, oltre che la più idonea a calibrare la risposta sanzionatoria al reale disvalore (di azione) del fatto commesso.

3.

La fattispecie associativa: prova.

Virando ora verso l’emisfero probatorio della partecipazione, è possibile evidenziare come le prime affermazioni riservate dalla Corte alla dimostrazione processuale della sussistenza del tipo criminoso ricalchino quelle di matrice teorico-strutturale. Il *thema probandum*, si dice, «riguarda (...) la stabile e volontaria compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo», «di tal che le prove e gli indizi (...) devono riguardare la sua appartenenza al sodalizio, inquadrando il contributo causale offerto all’esistenza del medesimo» (punto 4.2, p. 47). La prova della stabile compenetrazione, in definitiva, dovrebbe coinvolgere anche il contributo causale offerto all’esistenza dell’associazione. Non risulterebbe sufficiente, dunque, una narrazione probatoria – di norma costituita dalle provalazioni di collaboratori di giustizia – che descriva *chi* è l’imputato (es. Tizio è un affiliato), rendendosi necessaria la rappresentazione di ciò che ha fatto (in quanto affiliato) per la consorterìa. Alla prova dello *status* deve accompagnarsi quella dell’operatività.

Il concetto è ribadito poco dopo: «nei reati associativi la chiamata in correità investe il ruolo assegnato e il contributo offerto dall’indagato alla vita del sodalizio», pur senza l’esigenza di una dettagliata rivisitazione di singoli comportamenti specifici.

Fin qui il discorso pare (discostarsi dalle conclusioni rassegnate in punto di tipicità e) ricalcare – in maniera puntuale – la struttura bifasica della partecipazione, espressa dal modello organizzatorio/misto, pretendendosi la prova di entrambe le componenti del tipo criminoso.

A questo punto, però, la Corte abbandona i tracciati deontologici, per concentrarsi sulla dimensione empirico-attuativa della prova. Ed è in questa transizione che, richiamata la *massima* di “Mannino”, torna in auge la messa a disposizione. In effetti, il precedente delle Sezioni unite del 2005, discutendo della *stabile compenetrazione* del membro, aveva parlato di «sempre utilizzabile messa a disposizione della persona per ogni attività del sodalizio», tanto da far avanzare ombre sinistre sulla affiliazione rituale quale idoneo indicatore logico della partecipazione.

La sentenza in commento – nel solco di “Modaffari” – nega carattere autosufficiente al rito di ingresso, al quale attribuisce però valore indiziario, reputandolo valida base di lavoro nel percorso probatorio se «rafforzato dalla ‘qualità’ dell’adesione e ‘serietà’ del contesto ambientale in cui è maturata» (si parla di *storizzazione dell’evento di affiliazione*). Ciò posto, però, la conclusione che propone ritorna sugli *indicatori logici* dell’inserimento nel gruppo, ricalcando pedissequamente la posizione espressa dalle Sezioni unite nella più recente occasione, con tutti i relativi chiaroscuri. Il rischio – ben noto¹⁷ – è che il procedimento probatorio si risolva nell’invocazione di presunte massime di esperienza¹⁸ o peggio di precomprensioni socio-crim-

¹⁴ AMARELLI (2022), p. 794.

¹⁵ Si veda la già citata sentenza “Pesce”.

¹⁶ MAIELLO (2021), p. 16 ss.; MAIELLO (2022), p. 739.

¹⁷ MAIELLO (2021), p. 23.

¹⁸ Sul problema del controllo delle massime di esperienza, PALAVERA (2017), p. 213 ss.

minologiche per dare corpo ad affermazioni di responsabilità che invece risulterebbero impossibili adoperando gli ordinari criteri dell'indagine causale.

Il vero *punctum dolens* di questa trama sta nell'attribuire agli 'indici rivelatori' capacità connotativa del tipo criminoso: è la prova che scolpisce il comportamento vietato¹⁹, al punto che il giudice potrebbe ancorare l'avvenuta partecipazione ad episodi magari carichi di *pathos* sociale, ma epistemologicamente irrilevanti perchè incapaci di replicare nella realtà il metodo operativo delle associazioni mafiose ed il pericolo di cui sono portatrici.

A questo epilogo, paradossalmente (ed in maniera contraddittoria), si giunge dopo aver inizialmente richiesto la prova del contributo offerto al sodalizio. Si accetta così che *l'essere* della prova tradisca il suo *dover essere*.

4. Il concorso esterno: tipicità.

La seconda figura criminosa passata in rassegna è il *concorso esterno*, del quale pure vengono posti in luce tanto gli elementi strutturali che quelli probatori (punto 4.4, p. 52).

Nell'*incipit* la Corte spiega che il concorso esterno è la «forma giuridica [di] una specifica manifestazione empirico criminologica del fenomeno mafioso», ottenuta grazie all'art. 110 c.p., e che va oltre la partecipazione *tout court*. I fatti presi in considerazione cadono direttamente sul sodalizio (e non sull'altrui condotta partecipativa) e sono «in concreto funzionali alla consumazione dello stesso reato associativo».

Ricordando quanto detto in precedenza sulla partecipazione, in particolare circa la (discutibile) scissione tra *condotta* partecipativa e *reato* associativo, si può concludere che secondo la Corte il concorso esterno interviene nell'associazione e non nella partecipazione²⁰.

La Corte si sofferma anche sulla *ratio* politico criminale del concorso esterno, precisando che se «l'evento (...) che la norma incriminatrice di cui all'art. 416-*bis* tende a reprimere è l'esistenza ed operatività concreta di un 'consorzio umano organizzato'» devono essere punite «altresì tutte quelle condotte che, pur poste in essere da soggetti 'esterni', contribuiscano in modo *oggettivamente rilevante* (e soggettivamente consapevole) alla realizzazione o al permanere dell'evento in questione».

Il concorrente esterno offre dunque un contributo che presenta *ex post* «una effettiva incidenza causale sulla conservazione, sull'agevolazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'associazione», ma agisce in difetto di uno stabile inserimento nel sodalizio e privo del dolo specifico (*affectio societatis*) che anima il partecipe. Il dolo del concorrente esterno si esaurisce nella consapevolezza dell'esistenza dell'associazione mafiosa e nella «volontà di portare un contributo alla realizzazione dell'evento tipico del delitto associativo, costituito dall'esistenza e dall'operatività del sodalizio» e non può consistere nel mero dolo eventuale. D'altro canto, secondo una logica negoziale, il concorrente esterno agisce per conseguire una propria utilità quale contrappasso del sostegno offerto all'associazione.

L'attività del concorrente esterno può anche essere occasionale, risultando dirimente la sola produzione dell'evento di rafforzamento/agevolazione.

Da queste precisazioni possono trarsi solidi spunti interpretativi: *i*) il concorso esterno è fattispecie causalmente orientata²¹, il cui accertamento va condotto secondo gli ordinari binari della causalità materiale; *ii*) il referente del giudizio causale è l'associazione e non la condotta di partecipazione dell'intraneo; *iii*) manca per definizione la componente organizzatoria; *iv*) manca per definizione il dolo specifico; *v*) il concorso esterno è reato istantaneo, dovendosi avere riguardo al solo momento di produzione dell'effetto di rafforzamento/agevolazione; *vi*) il concorso esterno presenta carattere sinallagmatico, intercetta uno scambio reciproco e paritario tra associazione ed estraneo.

Nonostante il tono assertivo di queste conclusioni, talune di esse sollevano problemi di ordine teorico che avrebbero meritato diversa e maggiore considerazione.

¹⁹ Su questi temi, PADOVANI (1999), p. 527 ss.; GARGANI (2013), p. 839 ss.; MAIELLO (1998), p. 285 ss.; FIORE S. (2007); PULITANÒ (2005), p. 951 ss. Con particolare riferimento alla partecipazione associativa, DI VETTA (2017), p. 9 ss.

²⁰ *Contra*, MAIELLO (2019), p. 127 ss., il quale ritiene che, in ossequio alla riserva di legge, il meccanismo estensivo della tipicità di cui all'art. 110 c.p. possa cadere esclusivamente sul fatto tipico di cui all'art. 416*bis* c.p., e cioè sulla partecipazione. Non essendo punibile l'associazione mafiosa in quanto tale, ma appunto solo la partecipazione individuale ad essa, il sostegno esterno all'associazione, pur essendo fatto certamente meritevole di pena, non troverebbe riscontro legale nemmeno ricorrendo alla disciplina del concorso di persone nel reato.

²¹ GIUGNI (2017).

La natura necessariamente causale del concorso esterno, *in primis*, stride con la complessità dell'accertamento del contributo concorsuale nel reato plurisoggettivo eventuale²². È ben noto, infatti, come nella fattispecie oggettiva del concorso di persone si tenda ad allontanarsi dalla causalità piena (espressa cioè dalla teoria condizionalistica), a vantaggio di teorie più 'accoglienti' come la causalità agevolatrice²³ o la strumentalità²⁴. Il discorso, peraltro, dovrebbe tener conto della natura permanente del reato associativo, e con essa del fatto che il contributo dell'estraneo interviene su un reato già perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. In quest'ottica, a rigore, il *fatto* del concorrente esterno non potrebbe nemmeno incidere sull'associazione (cioè sulla verifica dell'evento), perché la stessa per definizione dovrebbe già esistere²⁵, quanto piuttosto sulla sua protrazione²⁶. Breve: lo snodo cruciale della tenuta del ragionamento causale è costituito dalla *descrizione dell'evento*²⁷, ma è lecito dubitare che l'evento del concorso esterno coincida con quello della fattispecie associativa (sempre convalidando acriticamente l'idea secondo cui l'associazione costituisca l'evento del reato).

Richiedendo che il contributo del concorrente abbia effettivamente *conservato* o *rafforzato* l'associazione, ovvero l'abbia *agevolata* nel raggiungimento dei propri obiettivi, si promuove una tipicità che, lungi dal ricadere nella plurisoggettività eventuale, delinea una autonoma figura criminosa priva di riscontro nel tessuto legale, «visto che nessuna fattispecie associativa menziona tali supposti eventi tra i requisiti tipici richiesti ai fini della propria integrazione»²⁸.

Prova ne è l'esigenza, avvertita dalla Corte, di ipostatizzare, su base sinallagmatica, figure paradigmatiche di concorrente esterno, individuate in colui che «svolge attività economiche o istituzionali di cui l'associazione mafiosa intende prendere il controllo». Si percepisce, in definitiva, di trovarsi al cospetto di una tipicità posticcia, ottenuta prendendo le mosse dalle caratteristiche di classi tipologiche di fatti che sfuggirebbero ad una diversa connotazione penale.

La natura istantanea del concorso esterno, invece, è stata tradizionalmente negata dalla giurisprudenza²⁹, sul presupposto che il concorso in un reato permanente deve anch'esso durare nel tempo³⁰. Solo di recente la Cassazione si è spinta nella direzione del reato eventualmente permanente³¹. Anche su questo, dunque, sarebbe occorsa maggiore chiarezza esplicativa e teorica.

4.1. *Il concorso esterno: prova.*

Il primo postulato probatorio in tema di concorso esterno è la mancanza di indicatori rassicuranti di partecipazione. Solo in difetto degli estremi dell'inserimento organico del soggetto si potrà procedere alla indagine causale tesa alla verifica dell'incremento «tangibile del *macro-evento* rappresentato dalla *esistenza* e *permanenza* dell'associazione» (poche righe più avanti la Corte parla invece di *conservazione* o *rafforzamento* dell'organismo criminoso).

Sulla scorta di tale premessa, la Corte affronta il tema della causalità, ribadendo la necessità che il relativo accertamento avvenga *ex post* e sulla base dei «principi essenziali del concorso di persone nel reato», ed in specie di quello espresso dall'art. 115 c.p.

Ancora una volta, però, la Corte non fa chiarezza su quale approccio causale si debba seguire, alimentando lo scollamento già denunciato tra teoria del reato e tecnica probatoria.

Con l'intento di meglio definire l'oggetto della prova, si aggiunge che «la percezione processuale dell'evento deve da un lato identificare il concreto 'contributo causale' e dall'altro porsi

²² Critico sul ricorso alla causalità, PADOVANI (2012), p. 5 ss., secondo il quale «In questo contesto, labile e confuso, del tutto privo di punti di riferimento diversi dal tautologico appello alla cieca latitudine dell'art. 110 c.p., era quasi fatale che, per superare le difficoltà ed ammettere il concorso "esterno" in una fattispecie associativa (per ragioni a tutti note e che sarebbe stucchevole ripetere per l'ennesima volta), si dovesse calare un asso risolutivo, un principio forte, di alto e indiscusso lignaggio dogmatico: per l'appunto, il principio di causalità. Si è così ripercorso a ritroso un cammino antico; senza tuttavia tener conto delle ragioni che avevano indotto ad abbandonarlo».

²³ FIORE C. e FIORE S. (2023), p. 595.

²⁴ DE FRANCESCO (2001), p. 334 ss.

²⁵ Non a caso, la sentenza "Demitry", paventando il problema della "fibrillazione", aveva fatto in modo che il contributo dell'estraneo cadesse sull'evento, nel senso che il soccorso esterno si palesava indispensabile al cospetto di un sodalizio prossimo a disgregarsi (ovvero, in altri termini, ad un evento prossimo all'esaurimento).

²⁶ Sulla consumazione del reato permanente e sui rapporti tra permanenza e concorso di persone, BRASCHI (2020), p. 15 ss. e 250 ss.

²⁷ STELLA (1970).

²⁸ PADOVANI (2012), p. 9.

²⁹ Cass., Sez. 5, Sentenza n. 15727 del 09/03/2012 Ud. (dep. 24/04/2012) Rv. 252329.

³⁰ *Contra*, in dottrina, MAIELLO (2019), p. 165 ss.

³¹ Cass., Sez. 6, Sentenza n. 33749 del 27/04/2023 Ud. (dep. 01/08/2023) Rv. 285150.

in stretta correlazione con il perseguimento delle finalità tipiche del reato associativo» per come indicate nel comma 3 dell'art. 416bis c.p. Il contributo del concorrente esterno, pertanto, non deve *incrementare la potenzialità operativa dell'organismo criminoso*, «ma deve porsi come 'frammento' (...) di una *concreta utilità per la realizzazione di una delle molteplici attività espressive del programma criminoso*, sì da realizzare una contribuzione "percepibile" al mantenimento in vita dell'organismo criminale».

Questo passaggio appare criptico. Da un lato, infatti, sembrerebbe che la causalità del contributo dell'estraneo dipenda solo dal suo impatto sugli scopi 'sociali' (esibendo così una dimensione tutta operativa); dall'altro, però, la chiosa finale sul mantenimento in vita amplia l'orizzonte valutativo, abbracciando anche fatti non direttamente coinvolti nel finalismo associativo. Rimanendo aderenti al testo della motivazione, andrebbe invece valorizzata la connessione tra le due frasi – attuata attraverso la locuzione “sì da realizzare” – e dovrebbe preferirsi una lettura secondo la quale l'estraneo dovrebbe fornire un contributo connotato da duplice utilità: il mantenimento in vita dovrebbe essere l'effetto dell'apporto operativo al raggiungimento degli scopi tipici.

Per giustificare questa posizione, la Corte adduce l'esistenza di “compiti”, connessi agli scopi tipici del sodalizio mafioso, che devono essere affidati a soggetti non affiliati e che vanno dalla realizzazione di lavori pubblici alla protezione della latitanza, al reinvestimento in attività lecite delle risorse illecitamente accumulate. Tali “compiti”, quali ingredienti per la realizzazione degli scopi tipici del sodalizio, determinano il permanere dell'offesa.

Ancora una volta, lo sviluppo del *thema probandum* si discosta dalle premesse teoriche svolte sulla tipicità, fissando in maniera diversa l'evento del reato. A ben vedere, però, il percorso probatorio si rivela più stringente di quello sulla tipicità, contribuendo ad una contrazione dello spazio applicativo della fattispecie.

Ciò che resta immutato nelle due parti del discorso è il riferimento alle figure tipologiche di concorrente esterno. La Corte ribadisce infatti l'evidenza criminologica di forme consolidate di sostegno esterno alle associazioni mafiose, che costituiscono il prototipo attorno al quale prende forma il “tipo” criminoso. La premessa del ragionamento – secondo cui i “compiti” del concorrente esterno non possano essere affidati ad un partecipe – si rivela però debole, scivolando nella arbitrarietà: l'esperienza, infatti, restituisce un'ampia casistica in cui quegli stessi incarichi sono svolti da soggetti pienamente intranei ma ancora ignoti all'autorità giudiziaria (si pensi, per tutti, al caso dell'impresa mafiosa, il cui gerente è spesso un partecipe).

In definitiva, gli elementi costitutivi del concorso esterno sono desunti dall'osservazione della prassi piuttosto che su base normativo-legale, risultando evidente che il richiamo alla disciplina del concorso di persone non consente affatto di perorare le conclusioni avanzate dalla sentenza in commento.

5. Lo scambio elettorale.

L'ultima fattispecie passata in rassegna è lo scambio elettorale politico-mafioso, figura maggiormente coinvolta nella vicenda processuale da cui è scaturita la decisione in commento. Nell'annullare la decisione impugnata, infatti, la Corte invita il giudice del rinvio a valutare la possibilità di qualificare il fatto di acquisto di voti «*nel cono applicativo dell'art. 416-ter cod. pen., con ogni conseguenza in punto di verifica del tempus commissi delicti e della eventuale prescrizione*».

L'art. 416ter c.p. viene analizzato *ratione temporis* nella sua formulazione originaria, in cui puniva esclusivamente l'erogazione di denaro in cambio del procacciamento di voti³². La Corte si impegna subito a tracciare il confine tra il voto di scambio e il *concorso esterno elettorale* (altra figura tipologica priva di base legale), richiamando un recente precedente³³ nel quale si era legittimata la qualificazione dell'accordo elettorale come concorso esterno qualora il politico, invece di 'comprare' i voti, avesse assunto – come contropartita al sostegno – impegni “seri e concreti”, causalmente efficaci (sempre con verifica probatoria *ex post*) a conservare o rafforzare le capacità operative dell'organizzazione criminale, a prescindere dall'eventuale loro

³² Sull'evoluzione della disposizione e sulle sue alterne vicende applicative, AMARELLI (2017), p. 216 ss.

³³ Cass., Sez. 2, n. 45402 del 02/07/2018, Rv. 275510-02, Lombardo

successiva esecuzione³⁴. Se dunque il politico si fosse ‘limitato’ ad una compravendita di voti con l’associazione mafiosa, senza divenirne “successivo punto di riferimento”, avrebbe risposto di voto di scambio; qualora invece l’accordo elettorale avesse implicato la futura promessa di favori, e questa sola promessa avesse dimostrato capacità di rafforzamento dell’associazione, si sarebbe applicato il concorso esterno³⁵.

Questa soluzione, secondo la Corte, dipende dal fatto che l’art. 416^{ter} c.p. – pur all’esito degli interventi di novellazione succedutisi negli anni – si atteggia a reato-accordo, il cui sinallagma si caratterizza per la promessa di voti. Perché rimanga un reato-accordo, il politico non deve garantire un *vantaggio causale* all’associazione, né quale conseguenza del mero accordo, né della sua esecuzione.

6. Le intersezioni tra le tre figure criminose.

All’esito di questa ricostruzione, occorre provare a leggere in maniera coordinata le posizioni prese dalla sentenza in commento circa gli elementi costitutivi delle diverse fattispecie.

Il principale profilo su cui interrogarsi attiene alla descrizione dell’evento del reato associativo mafioso, e conseguentemente alla natura della fattispecie.

Tale questione si ripercuote direttamente sul rapporto tra partecipazione e concorso esterno. Come detto, la Corte indugia sulla natura concorsuale dell’apporto dell’estraneo – e sul ricorso alla clausola di cui all’art. 110 c.p. –, individuando (seppur con oscillazioni semantiche) l’evento del reato nel rafforzamento/agevolazione dell’associazione, senza però mai approfondire le implicazioni teoriche della causalità nel concorso di persone.

La causalità, di contro, non è richiesta nella sua pienezza per la tipicità della partecipazione, bastando la *messa a disposizione*. Il risultato di questa operazione ermeneutica si rivela, però, paradossale. Come si può, infatti, in un reato plurisoggettivo necessario (definito dalla Corte reato di evento), richiedere il contributo causale alla verifica dell’evento in capo al concorrente eventuale e non anche a quello necessario? Il disvalore di azione della partecipazione viene equiparato al disvalore di evento del concorso esterno secondo una logica del tutto estranea alla fattispecie plurisoggettiva eventuale. Delle due l’una: o anche il partecipe deve contribuire causalmente alla verifica dell’evento (pareggiando il disvalore di evento), ovvero bisogna ammettere una volta per tutte che il concorso esterno è un tipo criminoso privo di base legale, di pura creazione giurisprudenziale.

A ben vedere, però, il problema della descrizione dell’evento si ripercuote anche sul voto di scambio. Nella formulazione originaria della fattispecie, il vantaggio sinallagmatico dell’associazione era l’erogazione di denaro, che di certo aveva un impatto *causale* sul rafforzamento del sodalizio, garantendogli un nuovo flusso di risorse economiche. Del resto, il politico sarebbe stato punito con le stesse pene del partecipe. Nella formulazione vigente tra il 2014 e il 2019, il voto di scambio diventa reato a doppio schema, poiché la promessa di procacciamento di voti incontra tanto la erogazione di denaro o altra utilità, quanto la relativa promessa. Ciò giustifica il diverso e più mite trattamento sanzionatorio (fino al 2017 da quattro a dieci anni di reclusione, dopo da sei a dodici): in presenza di mere promesse reciproche, al disvalore di azione non segue quello di evento. Nella formulazione attuale, invece, nel tessuto del voto di scambio rientra anche la messa a disposizione³⁶. Sicché, in quest’ultima ipotesi, il sinallagma ‘elettorale’ viene parificato al fatto di partecipazione, almeno quanto a disvalore di azione, pur rimanendo privo della componente organizzatoria (compensata dalla *specialità aggiuntiva* del pericolo di condizionamento elettorale).

In definitiva, la partecipazione vede prevalere il disvalore di azione, richiedendo l’inquadramento nell’organigramma dell’associazione e la messa a disposizione; il concorso esterno è incentrato sul disvalore di evento, espresso dal rafforzamento del sodalizio; il voto di scambio, ferma restando la specialità dovuta al contesto elettorale, può estrinsecarsi tanto nel rafforzamento dell’associazione (erogazione di denaro o altra utilità, espressive del disvalore di evento), quanto nella mera promessa ovvero nella messa a disposizione (disvalore di azione).

Grazie alla combinazione dei diversi elementi, ed alle conseguenti divergenze strutturali,

³⁴ Sugli ‘accordi causali’, MAIELLO (2019), p. 174 ss.

³⁵ Sui tormentati rapporti tra concorso esterno e voto di scambio prima della riforma del 2014, AMARELLI (2017), p. 227 ss.

³⁶ Di recente ritenuta nuova componente dell’incriminazione da Cass., Sez. 2, Sentenza n. 43838 del 12/09/2023 (dep. 31/10/2023).

viene razionalizzata la scelta di ricorrere al medesimo trattamento sanzionatorio per ciascuna delle fattispecie. Ma è fin troppo evidente come la diversa costruzione dei tipi sia preordinata proprio a resistere alle critiche in punto di ragionevolezza punitiva: se si chiedesse un contributo causale da parte del partecipante (già stabilmente inquadrato nella dimensione organizzativa e animato dal dolo specifico), la scelta di punire con lo stesso compasso edittale il concorrente esterno risulterebbe – come in effetti è – sproporzionata.

In conclusione, fino a che non sarà fatta chiarezza sulla natura del reato associativo mafioso, ed in particolare sul(la descrizione del) preteso evento di fattispecie, resterà difficile uscire dalle secche della *processualizzazione* in cui le fattispecie esaminate appaiono saldamente incagliate.

Bibliografia

- ALEO, Salvatore (2020): *Pensiero causale e pensare complesso* (Pisa, Pacini).
- AMARELLI, Giuseppe (2017): *La contiguità politico-mafiosa* (Roma, Dike).
- AMARELLI, Giuseppe (2022): “La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l’affiliazione rituale: l’incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416 bis c.p. e alternative possibili”, in *Dir. pen. proc.*, 2022, pp. 786-796.
- BRASCHI, Sofia (2020): *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale* (Milano, Giuffrè).
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2001): *Il concorso di persone*, in AA. Vv., *Introduzione al sistema penale*, II (Torino, Giappichelli), pp. 332 ss.
- DI VETTA, Giuseppe (2017): “Tipicità e prova. Un’analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso”, in *Arch. pen.*, 1.
- FIANDACA, Giovanni e MERLO, Andrea (2021): “La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso”, in *Foro it.*, pp. 780-789.
- FIORE, Carlo e FIORE, Stefano (2023): *Diritto penale. Parte generale*, (Milano, Utet).
- FIORE, Stefano (2007): *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale* (Napoli, ESI).
- GARGANI, Alberto (2005): *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, (Torino, Giappichelli)
- GARGANI, Alberto (2013): “Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio””, in *Leg. pen.*, pp. 839-857.
- GIUGNI, Ilaria (2017): “Il problema della causalità nel concorso esterno”, in *www.penale-contemporaneo.it*, 6 ottobre 2017.
- MAIELLO, Vincenzo (1998): “Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato”, in *Critica dir.*, pp. 285-305.
- MAIELLO, Vincenzo (2015): “Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del cd. concorso esterno”, in FORNASARI, Gabriele, MELCHIONDA, Alessandro, PICOTTI, Lorenzo e VIGANÒ, Francesco (eds.), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio* (Padova, Cedam), pp. 159-194.
- MAIELLO, Vincenzo (2019): *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale* (Torino, Giappichelli).
- MAIELLO, Vincenzo (2021): “L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni unite”, in *www.sistemapenale.it*, 5, pp. 5-17.

MAIELLO, Vincenzo (2022): “La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova”, in *Giur. it.*, pp. 732-739.

MAIELLO, Vincenzo (2023): “La partecipazione mafiosa: una fattispecie dalla tipicità ancora incerta”, in AMARELLI, Giuseppe (eds.): *Quarant’anni di 416-bis c.p.* (Torino, Giappichelli), pp. 3-24.

MERENDA, Ilaria e VISCONTI, Costantino (2020): “Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416-bis tra storia e prassi”, in MEZZETTI, Enrico e LUPARIA DONATI, Luca (eds.), *La legislazione antimafia* (Bologna, Zanichelli), pp. 37-69.

PADOVANI, Tullio (1999): “Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale”, in *Ind. pen.*, pp. 527-543.

PADOVANI, Tullio (2012): “Note sul cd. concorso esterno”, in *Arch. pen.*, 2012, 2, pp. 1-13.

PALAVERA, Rosa (2017): *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica* (Pisa, ETS).

PULITANÒ, Domenico (2005): “Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 951-973.

RONCO, Mauro (2015): “L’art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa”, in ROMANO, Bartolomeo e TINEBRA, Giovanni (eds.), *Diritto penale della criminalità organizzata* (Milano, Giuffrè), pp. 31-150.

SIRACUSANO, Francesco (2023): *Il fenomeno mafioso e la contiguità penalmente rilevante* (Roma, Dike).

STELLA, Federico (1970): *La ‘descrizione’ dell’evento* (Milano, Giuffrè).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>