

Riflessione

— Associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato: il confine è davvero sottile?

Nota a [Cass. Pen., Sez. III, sent. 30 gennaio 2020 \(dep. 7 aprile 2020\), n. 11570](#), Pres. Ramacci, Est. Reynaud

Criminal association and people acting in concert to commit a continued crime: is the border really subtle?

Note to Court of Cassation, Criminal Section III, ruling 30 January 2020, n. 11570, Pres. Ramacci, Rapp. Reynaud

di Maria Cristina Misaggi

Abstract. La terza Sezione penale della Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, riaccende i riflettori sul dibattuto e delicato tema della linea di discrimen tra il reato di associazione per delinquere e il concorso di persone nel reato continuato. Il Supremo Collegio affronta il tema mettendo in luce, ancora una volta, come, facendo buon uso dei principi che governano la materia in esame, la linea di confine tra la condotta dell'“associato” e quella del “concorrente”, non risulti poi così sottile e incerta.

Abstract. The Criminal Section III of Court of Cassation, with the ruling under consideration, focuses on the difficult and delicate issue of the difference between criminal association and people acting in concert to commit a continued crime. The Supreme Court of Cassation deals with issue by focusing, once again, how by

making good use of the principles governing the matter under consideration, the boundary between the behavior of the "associate" and that of the competitor is really not so subtle and uncertain.

SOMMARIO: 1. Riflessioni introduttive. – 2. Il caso di specie e la sentenza della terza Sezione. – 3. L'associazione per delinquere: disamina – 3.1. Il vincolo stabile come sostrato dell'accordo associativo. – 3.2. L'organizzazione di uomini e di mezzi. – 3.3. L'indefettibile indeterminatezza del programma criminoso. 4. Il concorso di persone: tratti essenziali. – 5. I correi uniti da un medesimo disegno criminoso: l'annosa questione del concorso di persone nel reato continuato. 6. Dalla teoria alla pratica. – 7. Conseguenze processuali di un'errata qualificazione: brevi considerazioni – 8. Sul rapporto tra reato associativo e concorso di persone nel reato continuato: conclusioni.

SUMMARY: 1. Introductory reflections. – 2. The present case and the judgement. – 3. Criminal association: examination. – 3.1. The stable link as a basis of criminal agreement. – 3.2. Organization of people and means. – 3.3. Indeterminate criminal program. – 4. People acting in concert: essential features. – 5. Accomplices united by the same criminal plan: the long-standing issue of the people acting in concert to commit a continued crime. – 6. From theory to practice. – 7. Consequence in the trial due to incorrect legal characterization: brief comments. – 8. The ratio between criminal association and people acting in concert to commit a continued crime: conclusion.

1. Riflessioni introduttive.

«Accordo diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, anche indipendentemente ed al di fuori dell'effettiva commissione dei singoli reati programmati»: sono questi i tratti essenziali di un'associazione per delinquere che ne consentono la distinzione da un mero concorso di persone nel reato continuato. Lo stabilisce la terza Sezione penale della Corte di Cassazione, che con sentenza n. 11570 depositata il 7 aprile 2020, torna ad occuparsi del tema – invero, già ampiamente affrontato e dibattuto – degli elementi che distinguono il delitto di associazione per delinquere dal concorso di persone nel reato continuato. La Suprema Corte lo ha fatto con una pronuncia di inammissibilità che, seppur non particolarmente innovativa, contribuisce a disegnare in maniera più chiara i confini tra le due fattispecie. Ma vi è di più. Nel respingere il ricorso e confermare la condanna per i reati di cui agli articoli 416 c.p. e 10 *quater* del d.lgs. 74/2000 a carico dell'imputato, ritenuto organizzatore di un sodalizio illecito, la Cassazione afferma la configurabilità dell'associazione per delinquere per i professionisti di uno studio associato che, sotto il coordinamento del *dominus*, commettono reati fiscali.

2. Il caso di specie e la sentenza della terza Sezione.

Occorre ripercorrere in via preliminare il caso di specie.

La sentenza in esame si occupa di un professionista condannato all'esito di giudizio abbreviato – condanna poi confermata dalla Corte d'appello di Torino – alla pena di legge, per essersi associato con altri (nella specie, ben più di tre) al fine di commettere reati tributari e di altra natura e per aver utilizzato ripetutamente, in compensazione, crediti inesistenti, in concorso con numerosi contribuenti. L'imputato ricorreva in Cassazione deducendo nei motivi di gravame, tra gli altri, la violazione di legge, per avere i giudici di

secondo grado riconosciuto il reato associativo, anziché il diverso, e meno grave, concorso di persone, nonostante l'insussistenza, lamentata dall'imputato, dell'elemento oggettivo – il vincolo associativo – e soggettivo – l'*affectio societatis* – necessari per l'integrazione del reato contestatogli.

I suddetti motivi di gravame, ritenuti generici e manifestamente infondati – avendo la sentenza impugnata argomentato in modo puntuale il ruolo di ciascun associato all'interno del sodalizio – conducono il Collegio della terza Sezione a tornare sui consolidati principi – di cui la Corte d'appello aveva peraltro fatto buon governo – che definiscono gli elementi essenziali dell'associazione per delinquere, quali: vincolo associativo tendenzialmente permanente o comunque stabile, destinato a durare anche oltre la realizzazione dei delitti concretamente programmati; indeterminatezza del programma criminoso; infine, esistenza di una struttura organizzativa, sia pur minima, ma idonea a realizzare gli obiettivi criminosi.

La pronuncia in commento ha pertanto disatteso le censure mosse con il ricorso, confermando la sentenza di condanna e argomentando, quanto ai profili qui di interesse, lungo le seguenti direttrici: il susseguirsi ininterrotto, per un apprezzabile lasso di tempo, delle condotte integranti i reati fine dell'associazione ad opera di soggetti stabilmente collegati – elementi da cui dedurre i requisiti della stabilità del vincolo associativo, nonché dell'indeterminatezza del programma criminoso – sono presenti nel caso *sub iudice*; va altresì respinta la doglianza dell'imputato circa l'insussistenza dell'*affectio societatis*, atteso che l'inconsapevolezza degli altri coimputati – da lui sostenuta – dipendenti o meno dello studio, circa il compimento di attività illecite e l'agire in modo scoordinato e scollegato rispetto alle direttive dell'imputato, viene smentita dai fatti di causa; le nove persone indicate come associate, consapevolmente si prestavano all'abituale svolgimento di pratiche illecite, secondo le direttive del ricorrente e del di lui padre, sfruttando la struttura organizzativa dello studio.

Seguendo tali direttrici viene, quindi, confermata la condanna del ricorrente a titolo di organizzatore nel delitto di associazione per delinquere ex artt. 416 c.p. e 10 *quater* d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, non residuando alcun dubbio circa la sussistenza di un'associazione per delinquere – diretta alla perpetrazione di una serie indeterminata di reati tributari ed altri delitti – ben dissimulata sotto l'apparente schermo giuridico di una società di servizi.

3. L'associazione per delinquere: disamina.

L'analisi del caso, dunque, suggerisce numerosi spunti per tracciare, in termini netti, la linea di confine tra la condotta del partecipe a un'associazione per delinquere e quella del mero concorrente in un reato, anche ed eventualmente, continuato.

Il fatto che le disposizioni rilevanti – l'art. 416 c.p., da un lato, gli artt. 110 e 81 co. 2 c.p., dall'altro – non presentino incompatibilità o contrasti *ictu oculi*, essendo le stesse dirette a soddisfare differenti esigenze, non impedisce, nella prassi applicativa, il sorgere di problematiche, anche difficilmente superabili, in punto di riconduzione di una condotta all'una o all'altra fattispecie. Problematiche che, a ben vedere, potrebbero essere riassunte con il seguente interrogativo: quando tre o più persone si predispongono a commettere (o

commettono) più reati contemplati in un unico disegno criminoso, siamo di fronte ad una associazione per delinquere o ad un concorso di persone nel reato nel reato continuato?

Qui come altrove, il punto di partenza dell'analisi non può che essere la *littera legis*.

Procediamo con ordine.

L'art. 416 c.p. descrive il delitto di associazione per delinquere nei seguenti termini: «quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni»; coloro che partecipano all'associazione sono puniti «per il solo fatto di partecipare» con la reclusione da uno a cinque anni.

La *ratio* dell'incriminazione è palese: l'esistenza di un'associazione per delinquere suscita inevitabilmente allarme nella popolazione e, quindi, di per sé sola, indipendentemente dalla commissione dei delitti fine, determina un perturbamento dell'ordine pubblico. Invero, non a caso, la relativa disposizione incriminatrice viene collocata tra i delitti contro l'ordine pubblico, trattandosi di una realtà criminale concepita come idonea a raggiungere un sufficiente grado di stabilità e organizzazione, diretta a dar vita a un ente autonomo organizzato finalizzato all'esercizio di attività di carattere criminoso e, in quanto tale, capace di minare in modo effettivo e concreto la pacifica convivenza civile. Tale entità nuova, secondo una parte della dottrina, rileva non per le sue potenzialità o per il pericolo che può esprimere e che il legislatore intende tempestivamente contenere, ma per il danno che già con la sua stessa esistenza arreca all'ordine pubblico, in quanto «dimensione organizzativa stabile di un'attività di tipo delittuosa»¹. La necessità di tutelare un bene così difficilmente afferrabile, come appunto l'ordine pubblico, da un lato legittima la presunzione di pericolosità, sulla base della quale il reato *de quo* è inserito tra i reati di pericolo presunto e, dall'altro, muove il legislatore, quasi anticipando la soglia di punibilità, a punire – col fine di reprimere *ab origine* – il mero sorgere dell'associazione, con il preciso obiettivo di impedire o per lo meno di ridurre al minimo la possibilità di attuare concretamente il programma criminoso e portare a compimento i reati, per commettere i quali i partecipi si sono associati.

Altro tratto saliente del reato di cui all'art. 416 è la plurisoggettività. Ciò non implica, tuttavia, una completa sovrapposizione tra associazione e accordo. Invero, affinché esista un'associazione occorre qualche cosa in più dell'accordo: è necessaria l'esistenza di un *minimum* di organizzazione a carattere stabile idonea al conseguimento degli scopi illeciti². La robustezza del sodalizio conferisce sostrato materiale alla condotta del partecipe ed esprime il pericolo che questi commetta una serie ulteriori di reati scopo. Ciò rende oramai superata l'affermazione in base alla quale la tipizzazione dei reati associativi costituirebbe una deroga al principio di non punibilità del mero accordo delittuoso, non seguito dall'effettiva commissione di reati (art. 115 c.p.) e rende correlativamente superflua l'obiezione che di solito si opponeva alla tesi dell'associazione come mero accordo e che valorizzava il disposto degli artt. 304 e 305 c.p., nei quali si distingueva e differentemente si puniva la cospirazione politica mediante accordo e la cospirazione

¹ S. Aleo, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, 2009, pp. 33.

² G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte Speciale, I*, Zanichelli, 2018, pp. 463 ss.

politica mediante associazione. Pertanto, come affermato da tempo in giurisprudenza, il dato organizzativo postulato dal reato associativo comporta una base plurisoggettiva qualificata non richiesta dal mero accordo e pone le relative fattispecie delittuose su tutt'altro piano rispetto a quello disciplinato dall'art 115 c.p.

Ma non solo. Rispetto ai reati a concorso eventuale, i reati associativi si distinguono perché l'accordo tra i concorrenti si traduce in «una struttura permanente, nella quale i singoli associati divengono, ciascuno nell'ambito dei propri compiti assunti o affidati, parti di un tutto»³. Ciò che connota il reato associativo è dunque la stabilità di tale dimensione collettiva, la creazione di un'entità che sia la risultante del collegamento oggettivo tra le condotte di più soggetti, che sia riconducibile anche al di là dei singoli individui che lo compongono, che dimostri un'apprezzabile durata nel tempo.

Benché tali indicazioni *prima facie* potrebbero apparire dirimenti per distinguere l'associazione per delinquere dal concorso di persone nel reato continuato, non sempre, tuttavia, si sono rilevate sufficienti per condurre gli interpreti, in relazione alla complessità dei singoli casi concreti, alla corretta qualificazione delle condotte rilevanti. Ciò ha imposto un'attività di affinamento e precisazione dei criteri discretivi ad opera della giurisprudenza di legittimità, anche al fine di adeguare il valore precettivo delle disposizioni legislative ai mutamenti del fenomeno della criminalità organizzata, senza ovviamente tradire la *littera legis*.

Invero, ancorché il reato di associazione per delinquere sia un reato a forma libera, con una mancata tipizzazione della relativa condotta – di modo che il giudice possa cogliere nel contesto sociale ed economico della fattispecie in esame la peculiare fisionomia dell'appartenenza anche in nuove ed eterogenee forme comportamentali – tuttavia, nell'elaborazione giurisprudenziale dell'organo nomofilattico risulta dato acquisito che requisiti oggettivi qualificanti – e, di conseguenza, dirimenti – del reato di cui all'art 416 c.p. debbano essere: l'accordo tra più soggetti sorretto dalla presenza di un'organizzazione a carattere stabile; la condivisione di un programma indeterminato di delitti; infine, la permanenza di un vincolo proiettato verso l'attuazione di quel programma.

3.1. Il vincolo stabile come sostrato dell'accordo associativo.

L'accordo, in quanto *fulcrum* dell'associazione, si pone come anello di congiunzione tra le varie condotte ripetute nel tempo, a partire dalla costituzione sino ad arrivare all'eventuale commissione dei reati fine, e la sua sussistenza va verificata in maniera diversa a seconda che l'accertamento giurisdizionale si compia nel momento in cui il gruppo dia vita al nuovo ente criminogeno, oppure in un momento successivo, quando risulti già da tempo operante e strutturato. Nel primo caso, si renderà necessario verificare l'incontro delle volontà dei singoli componenti al momento in cui essi costituiscono il vincolo associativo e strutturano il gruppo, momento, d'altronde, in cui può dirsi consumato il reato, che avendo natura permanente continuerà a manifestarsi finché l'associazione sarà operante. Solo l'accertamento dei primi atti esecutivi del programma criminoso che, giova rilevarlo, non si identificano nella commissione dei reati fine, potrà

³ Cass. Pen., Sez. VI, 24 febbraio 2004 n. 7957.

sopire i dubbi circa il fatto che l'accordo criminoso si sia effettivamente tradotto in un vincolo associativo davvero criminogeno.

Invero, rappresentando, come detto, l'accordo associativo elemento essenziale del delitto in esame, ne discende a corollario la secondarietà degli elementi organizzativi che si pongono a substrato del sodalizio, elementi la cui sussistenza è richiesta nella misura in cui valgono a dimostrare che l'accordo può dirsi seriamente contratto, nel senso che l'assoluta mancanza di un supporto strumentale priva la condotta del requisito dell'offensività.

Pertanto, a rigore, perché il delitto associativo possa dirsi consumato, non è sufficiente l'accordo in sé, bensì è necessaria la creazione di una struttura che si prospetti come permanente, spostandosi perciò la consumazione al momento in cui venga riscontrato quel *minimum* di mantenimento della situazione antigiuridica creata dall'accordo stesso. D'altronde la giurisprudenza ha affermato che non è necessario che il vincolo associativo assuma carattere di assoluta stabilità, nella prospettiva di una permanenza a tempo indeterminato e per fini di esclusivo vantaggio dell'organizzazione stessa, ben potendo – ed essendo sufficiente – al contrario, assumere rilievo forme di partecipazione destinate *ab origine* ad una durata limitata nel tempo e caratterizzate da una finalità che, oltre a comprendere l'obiettivo vantaggio del sodalizio criminoso, in relazione agli scopi propri di quest'ultimo, comprenda anche il perseguimento, da parte del singolo, di vantaggi ulteriori, suoi personali, di qualsiasi natura, rispetto ai quali il vincolo associativo può anche arrivare ad assumere, nell'ottica del soggetto, una funzione meramente strumentale, senza per questo perdere nulla della rilevanza penale⁴.

I giudici di legittimità hanno talvolta usato la locuzione «impegno associativo»⁵ per verificare se la condotta di un soggetto fosse occasionale o si riducesse ad un concorso in uno dei reati fine del gruppo delinquenziale, o fosse invece di partecipazione piena, delineando con ciò una solidale condivisione di un complesso progetto criminoso che va ben al di là degli accordi relativi all'esecuzione di singole condotte illecite⁶.

L'impegno associativo ha una sua valenza non solo nella prospettiva della verifica delle singole condotte individuali ma, prima ancora, nella valutazione circa la sussistenza dei requisiti minimi perché un'associazione per delinquere possa dirsi esistente. Si rende difatti necessario che almeno tre persone formulino e condividano tale impegno, sentendosi avvinte da esso, traendone forza propulsiva per la realizzazione di altri reati.

Di frequente, difatti, l'accertamento giurisdizionale focalizza un momento nel quale il gruppo può considerarsi già da tempo operante, sicché risulta irrilevante indagare il momento della sua costituzione, essendo in tal caso la dimensione collettiva avvalorata dalla constatazione dell'*affectio societatis* che anima i soggetti impegnati nel perseguimento del programma criminoso o dall'adesione, anche singola, di ciascun

⁴ Cass pen., Sez II, 24 marzo 2011 n. 16606.

⁵ Cass pen., Sez. I, 8 gennaio 1993 n. 4805, in *Cass. pen.* fasc. I, 1995, pp. 45 ss.

⁶ Cass pen., Sez. I, 1 febbraio 1991 n. 1332, in CED 186294.

componente all'associazione accompagnata dall'accettazione del gruppo che provvede a incardinarlo nella propria struttura⁷.

Se da un lato non è necessario che ogni partecipe conosca tutti gli altri partecipanti all'associazione, dall'altro si richiede comunque che, rispetto all'apparato, egli si ponga come "ingranaggio" non meramente episodico ma duraturo. L'*affectio societatis* dell'associato fa la differenza rispetto a colui che agisce assolutamente consapevole di prestare ausilio a chi, a pieno titolo, appartiene a una struttura criminosa, ma senza la volontà di far parte della stessa. Pertanto, il vincolo associativo, quale ulteriore ma necessaria conseguenza dell'accordo, che, in origine, porta alla costituzione di un'associazione per delinquere o successivamente, all'adesione a una tale associazione, ha la funzione precipua di tradurre l'oggetto di tale accordo ed il suo significato criminogeno, visto che esso riguarda il proposito di creare e di sostenere una stabile struttura collettiva che persegue il condiviso programma indeterminato, frutto di una volontà autonoma dell'associazione nella sua dimensione collettiva.

3.2. L'organizzazione di uomini e di mezzi.

Sotto un profilo ontologico, è sufficiente un'organizzazione anche minima affinché il reato si perfezioni. La ricerca dei tratti organizzativi non è diretta a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi del reato, bensì unicamente a provare, attraverso dati sintomatici, l'esistenza di quell'accordo in cui il reato associativo di per sé si concreta. La predisposizione di un'organizzazione strutturale, sia pur minima, di uomini e di mezzi, deve essere funzionale e idonea alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti. Il sintagma giurisprudenziale «sia pur minima» consente di ricomprendere tutte quelle organizzazioni che, sia pur in modo rudimentale e senza un particolare radicamento nel tempo e nello spazio, siano organizzate in termini **idonei** a realizzare il loro programma criminoso⁸. Risulta infatti fondamentale, nella valutazione della giurisprudenza, l'adeguatezza della pur rozza organizzazione rispetto al programma da perseguire: una sorta di accertamento *ex ante* ed in concreto riguardo al fatto che i mezzi a disposizione dell'associazione siano sufficienti alla realizzazione degli obiettivi delinquenziali per i quali il vincolo associativo si è instaurato, in ossequio al principio di offensività, che governa il diritto penale⁹.

È doveroso evidenziare che la giurisprudenza è stata in passato oscillante tra l'affermazione della necessità della sussistenza di una struttura di uomini e mezzi al fine di poter ritenere sussistente l'associazione¹⁰, e la negazione di tale necessità, atteso che né gli artt. 416 e 416 *bis* c.p., né l'art. 74 t.u. stup. (d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309) recano nozioni definitorie dell'associazione (rispettivamente: semplice, di tipo mafioso, dedita al narcotraffico), ma rimettono all'interprete l'individuazione del concetto¹¹. Senonché, se si

⁷ A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, III, Milano, 2008, pp. 1064 ss.

⁸ Cass. Pen., Sez. II, 17 maggio 2001 n. 27356.

⁹ A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 1064 ss.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. I, 14 luglio 1998, n. 10107; Cass. Pen., Sez. I, 28 marzo 1979 n. 6712; Cass. Pen., Sez. III, 11 aprile 1984, n. 7603.

¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 25 settembre 1998 n. 10725.

prescindesse dalla struttura organizzativa di uomini e di mezzi, sarebbe da un punto di vista probatorio molto difficoltoso dimostrare che la presenza di più soggetti costituisca un'associazione penalmente rilevante, e che la loro unione per commettere delitti dia vita ad un'associazione delinquenziale e non ad un mero concorso di persone nel reato, e la prova si sposterebbe – pericolosamente – sul solo elemento soggettivo dell'*affectio societatis*.

Non possono, d'altra parte, trascurarsi le lamentele della dottrina circa lo scarso rigore della giurisprudenza nel valutare il dato dell'organizzazione, atteso che, ammettendo via via che l'organizzazione può anche non essere sofisticata, né dettagliatamente predeterminata e addirittura svincolata da specifiche regole e precisi ruoli, si assiste a uno svilimento sostanziale dell'elemento obiettivo, il quale avrebbe potuto, se considerato con la giusta importanza, costituire l'effettivo elemento dirimente tra reato associativo e concorso di persone nel reato.

3.3. *L'infettibile indeterminatezza del programma criminoso.*

La giurisprudenza – preso atto delle gravi difficoltà nel distinguere le associazioni criminali dagli episodi di concorso di persone nel reato, magari nell'ambito di un più complessivo disegno criminoso che avvince più delitti – ha fatto altresì leva sul requisito della "indeterminatezza" del programma criminoso per verificare la sussistenza di un'associazione per delinquere, anziché di un concorso di persone. Peraltro, l'indeterminatezza qui richiesta attiene al numero, alle modalità, ai tempi e agli obiettivi dei delitti programmati, i quali, invece, devono essere di per sé ben individuabili nel genere e nella specie¹².

4. Il concorso di persone: tratti essenziali.

È evidente come l'associazione per delinquere presenti varie affinità con il concorso di persone nel reato, soprattutto nell'ipotesi di concorso nel reato continuato, ma, d'altro canto, ne differisca anche profondamente.

Al fine di pervenire a una corretta distinzione, pare opportuno svolgere una, seppur breve, disamina della disciplina del concorso di persone e, successivamente, del reato continuato.

Sussiste concorso di persone nel reato (artt. 110 ss. c.p.) quando più soggetti realizzano un reato che, in via astratta, può essere realizzato anche da una sola persona. Per tale ragione, il concorso in parola è detto eventuale, diversamente da quello c.d. necessario, in cui la pluralità dei soggetti attivi è imposta dal legislatore come *condicio sine qua non* all'esistenza del reato¹³.

¹² M. Boscarelli, *Associazione per delinquere*, in Enc. Dir., III, 1958, pp. 869.

¹³ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Neldirittoeditore, 2019-2020, pp. 1162 ss.

Il codice penale non fornisce alcuna nozione del concorso di persone e si limita a disciplinarne il trattamento sanzionatorio nel capo III titolo IV della parte generale: siamo di fronte, infatti, ad un istituto di parte generale del diritto penale tramite cui si incriminano, in un ordinamento retto dal principio di legalità, comportamenti che risultano atipici ai sensi delle norme che delineano i singoli reati.

Pertanto, la funzione cui assolvono gli artt. 110 ss. c.p. è duplice e si attua in due fasi successive. In primo luogo, viene in considerazione quella incriminatrice *ex novo* dettata dalla necessità di supplire all'insufficienza delle norme incriminatrici di parte speciale, costruite sulla figura dell'autore individuale e non applicabili alle condotte dei concorrenti. In una fase logicamente e cronologicamente successiva, le disposizioni sul concorso di persone (agli artt. 111 ss. c.p.) adempiono a una funzione di regolamentazione del trattamento sanzionatorio, nel senso di individualizzare l'*an* o il *quantum* della responsabilità di chi abbia realizzato o contribuito a realizzare il fatto di reato, adeguando la pena al contributo di ciascuno di essi.

Elementi costitutivi **oggettivi** del concorso sono la pluralità di agenti, la realizzazione di un fatto materiale di reato e il contributo morale o materiale di ciascun soggetto; elemento costitutivo **soggettivo** è, invece, il c.d. dolo di partecipazione¹⁴.

Nonostante il codice penale non operi alcuna distinzione tra le varie forme di partecipazione, i concorrenti possono assumere ruoli diversi: nel concorso materiale si ha l'autore che realizza materialmente l'attività esecutiva tipica del reato, diverso dal partecipe che, con una condotta atipica rispetto alla fattispecie descritta dalla norma incriminatrice di parte speciale, apporta un contributo causale alla realizzazione dell'altra azione criminosa; mentre nel concorso morale possono ravvisarsi le figure del determinatore che fa sorgere nell'autore materiale il proposito criminoso prima non esistente, e dell'istigatore, che invece lo rafforza, incidendo sul determinismo psicologico¹⁵.

La differenziazione tipologica appena citata, per quanto risponda a esigenze logiche e ad insopprimibili differenze ontologiche¹⁶, è utile solo ai fini di una più adeguata e proporzionata risposta sanzionatoria, ma non è asservita allo scopo di dimostrare l'esistenza di un'organizzazione, atteso che i differenti ruoli si esplicano nell'ambito della realizzazione del singolo reato, e non della partecipazione a una consorteria criminale col fine di mantenerla in vita. I concorrenti partecipano alla realizzazione del reato – anche di un solo, unico reato – cessata la quale, cessa anche il pericolo per l'ordine pubblico. Non agiscono sulla base di un programma indefinito, né sono legati da un vincolo stabile.

5. I correi uniti da un medesimo disegno criminoso: l'annosa questione del concorso di persone nel reato continuato.

Un'annosa questione su cui giova soffermarsi si presenta qualora i correi si determinino a commettere una serie di reati in momenti successivi, con caratteristiche tali

¹⁴ L. Mantovani, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2017, p. 517.

¹⁵ Cass. Pen., Sez V, 13 novembre 2014 n. 47052.

¹⁶ G. Bettiol, L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, 1986, p. 652.

da far ritenere che siano avvinti da un medesimo disegno criminoso. In questa ipotesi, come anticipato, i confini tra reato associativo e concorso di persone nel reato continuato diventano, almeno *prima facie*, più incerti.

Il reato continuato, che trova la sua disciplina al comma 2 dell'art 81 c.p., è espressione della benevolenza sanzionatoria perseguita dal legislatore *post-fascista* che, mitigando l'effetto del cumulo materiale delle pene, ha previsto una specifica ipotesi in cui al concorso materiale di reati (più reati commessi con più condotte diverse) non si applichi automaticamente il criterio *tot crimina, tot poenae*¹⁷.

Con la disposizione in esame, si va dunque a punire, meno gravemente rispetto al concorso materiale di reati, colui che commette una pluralità di illeciti in esecuzione, però, di un medesimo disegno criminoso, dimostrando così la sua ribellione al precetto penale solo una volta. Altro non è che un concorso materiale arricchito dal medesimo disegno criminoso e pertanto destinatario di una pena commisurata secondo le regole del cumulo giuridico di pene (pena più grave aumentata fino al triplo, nel rispetto del limite del terzo comma dell'art. 81 c.p., senza cioè travalicare il tetto della somma materiale delle pene)¹⁸.

Il medesimo disegno criminoso, perno della disciplina del reato continuato, postula che tutti i singoli reati commessi siano stati realizzati per uno scopo comune, prefissato e specifico¹⁹. Il "disegno criminoso" è, però, cosa ben diversa dal dolo che sorregge la commissione dei singoli reati. Invero, proprio con riferimento all'atteggiamento psicologico, non si è in presenza di una consapevole decisione di realizzare ogni singolo reato, bensì dinanzi a un'iniziale programmazione e deliberazione generica di compiere una pluralità di reati, già originariamente preordinati alla realizzazione di un unico fine prefissato e sufficientemente specifico. Il soggetto agente, proprio perché mosso dall'intento di realizzare il disegno criminoso, finisce per cedere una sola volta ai motivi a delinquere, sicché le diverse condotte illecite divengono, sul versante soggettivo, proiezione di un unico e iniziale atteggiamento anti-doveroso.

L'unicità dello scopo, realizzabile solo mediante l'esecuzione di una serie di azioni od omissioni, avvicina la posizione psicologica di colui che agisce ex art 81 co. 2 c.p., all'atteggiamento soggettivo del partecipe ad un'associazione per delinquere, sicché, come sopra evidenziato, viene in rilievo, in tutta la sua importanza, l'elemento oggettivo dell'assetto organizzativo stabile e duraturo per distinguere l'associazione per delinquere dal concorso di persone nel reato continuato.

6. Dalla teoria alla pratica.

Le coordinate ermeneutiche sin qui riportate sono state analizzate ed ulteriormente confermate da varie sentenze della Corte di Cassazione.

¹⁷ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2013, pp. 549 ss.

¹⁸ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 1030 ss.

Esemplificativa dei principi sinora esposti, applicati in una fattispecie relativa al delicato tema della pedofilia telematica, è un caso portato all'attenzione della Suprema Corte nel 2004, in cui i giudici hanno ribadito, ancora una volta, come ai fini probatori vengano richiesti elementi concreti ma non necessariamente costituiti da manifestazioni univoche, ritenendo sufficienti anche indici sintomatici²⁰. Respingendo – perché infondati – i motivi di ricorso, in quanto trattasi di associazione per delinquere finalizzata allo scambio di materiale pedopornografico e non di mero concorso di persone in un reato continuato, come erroneamente sostenuto dal ricorrente, i giudici della sesta Sezione rinvenivano da un lato il *pactum sceleris* nella comunità virtuale, regolata da disposizioni dettate dal promotore e gestore, dotata perciò di stabile organizzazione e diretta allo scambio ed alla divulgazione tra tutti i possibili attuali e futuri aderenti di foto pedopornografiche, e dall'altro l'*affectio societatis* nel fatto che tutti gli aderenti al *consortium sceleris* erano stati resi edotti dello scopo e delle finalità del gruppo, consistenti nello scambio virtuale di immagini pedopornografiche, condizione peraltro necessaria per l'ammissione e la permanenza alla comunità virtuale stessa²¹.

A conferma di come sia sicuramente necessaria la predisposizione di un'organizzazione strutturale di uomini e mezzi, funzionale alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti, ma sufficiente anche qualora essa sia minima, è una pronuncia risalente al 1997, riguardante l'attività di procacciamento e spaccio di sostanze stupefacenti. La Suprema Corte riteneva che, ai fini della sussistenza del reato associativo, non fosse richiesta una struttura articolata o complessa o un'esplicita reciproca manifestazione di intenti, essendo invece sufficiente una struttura anche esile, purché consentisse ai compartecipi di farvi reciproco, anche tacito, affidamento. Non era ritenuta ostativa alla configurabilità del reato associativo neppure la differenza dello scopo personale o dell'utile che i singoli partecipi si proponevano, potendo l'associazione sussistere anche nell'ipotesi in cui gli acquirenti che poi reimmettevano le sostanze al consumo fossero stati mossi dalla esclusiva finalità di assicurarsi una fonte di approvvigionamento stabile, costante e abitudinaria, e i venditori, mossi invece dall'intento di smerciare a fine di profitto la sostanza stupefacente, potessero fare stabile affidamento sulla disponibilità all'acquisto da parte dei compratori con la costituzione di un rapporto che andasse oltre il significato negoziale della singola operazione per costituire elemento di una struttura che facilitasse lo svolgimento dell'intera attività criminale²².

È interessante altresì notare come alcune pronunce giungano alla qualificazione di una condotta come associativa, valorizzando in modo particolare l'elemento soggettivo. È esattamente quello che si apprende dalla lettura della sentenza n. 53000 depositata dalla seconda Sezione nel dicembre 2016²³ – tra l'altro concernente una vicenda affine e somigliante a quella qui in commento – con la quale si poneva in evidenza quanto fosse dirimente l'*affectio societatis* in capo ad ogni associato che, commettendo frodi assicurative – nella gestione di un numero cospicuo di sinistri simulati – in maniera continua e frequente, era ben consapevole del suo fattivo apporto ad uno stabile sodalizio criminale e non ad un accordo meramente funzionale alla realizzazione di uno o più reati, consumati i quali lo stesso si sarebbe esaurito. Nel caso di specie la Corte valorizzava la

²⁰ Cass. Pen., Sez V, 24 settembre 1998. 10076; Cass. Pen., Sez I, 5 giugno 2013, n. 29959.

²¹ Cass. Pen., Sez VI, 2 dicembre 2004, n. 8296.

²² Cass. Pen., Sez. V, 5 novembre 1997 n.11899, Rv. 209646.

²³ Cass. Pen., Sez. II, 4 ottobre 2016, n. 53000, Rv. 268540.

presenza di una struttura associativa che, seppur celata sotto lo schermo giuridico di uno studio professionale, era organizzata per la commissione di frodi.

Da evitare, raccomanda la Corte nomofilattica, di distogliere l'attenzione dall'indeterminatezza del programma criminoso che sorregge l'accordo, facendosi ingannare da altri indici *borderline*. Interessante a tal proposito è la pronuncia della quinta Sezione²⁴ con cui, accolte parzialmente le doglianze dei ricorrenti, si annullava in parte la sentenza della Corte d'appello, riconoscendo che il sussistere di un programma criminoso ben determinato – consistente, nel caso *de quo*, nel colpire gli individui che avevano avuto relazioni sessuali o sentimentali con l'imputata – per un verso esprimeva il carattere temporalmente circoscritto del programma (perché determinato) e per altro verso evocava un novero di possibili vittime non certo indefinito: elementi questi che consentivano di escludere la fattispecie associativa e configurare, per converso, il concorso di persone.

In una prospettiva sostanzialmente affine, risulta stimolante il caso portato all'attenzione dei Giudici stavolta della sesta Sezione. Si trattava della sottrazione e del procacciamento illecito della disponibilità di volumi e manoscritti d'interesse storico-artistico provenienti da una biblioteca statale e della successiva immissione dei beni librari così acquisiti nei circuiti commerciali anche clandestini, attivi all'interno e fuori del territorio nazionale. Il Giudice collegiale della cautela, dopo aver ripercorso il quadro probatorio, escludeva che «l'attività massiccia di spoliatura della biblioteca» pur oggetto di «un ben congegnato sistema criminoso» facesse parte di un programma permanente ed indeterminato di azioni illecite del medesimo genere, costituendo invece un articolato concorso di persone per la consumazione di più reati avvinti in unico disegno criminoso, finalizzato allo spoglio di pezzi pregiati della sola raccolta e biblioteca. La sesta Sezione rigettava, perché manifestamente infondato, il ricorso del p.m. avverso tale pronuncia, atteso che la predisposizione di, seppur complessi, accorgimenti organizzativi, non era di per sé indice di esistenza di struttura stabile nell'ottica associativa, funzionalmente destinata alla commissione di una serie indeterminata di delitti, bensì diretta al solo fine di perseguire lo scopo criminoso preventivamente individuato²⁵.

7. Conseguenze processuali di un'errata qualificazione: brevi considerazioni.

Capita, con una certa frequenza, che, in presenza di plurime condotte delittuose, l'interprete più precipitoso cada nell'equivoco di ipotizzare il delitto di associazione per delinquere, senza aver previamente verificato la sussistenza di un programma criminoso indeterminato, in grado di perdurare anche dopo il perseguimento di un unico e determinato obiettivo, e sorretto da una idonea struttura organizzativa.

La questione non ha un rilievo solo per il diritto sostanziale, ma anche per quello processuale, se appena si guarda alle conseguenze derivanti da una non corretta contestazione del delitto di associazione per delinquere in luogo di un "mero" concorso di persone nel reato, quali, solo a titolo esemplificativo, innanzitutto l'allungamento dei

²⁴ Cass. Pen., Sez. V, 7 dicembre 2018, n. 1964, Rv. 274442.

²⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 16 aprile 2013, n. 19783, Rv. 255471-01.

termini e, molto probabilmente, anche dei tempi del procedimento penale, fin dalla fase delle indagini preliminari, procedimento necessariamente gravato dal “filtro” dell’udienza preliminare e demandato alla competenza del Tribunale in composizione collegiale, con il conseguente rischio di prescrizione dei reati (almeno fino alla recentissima riforma del gennaio di quest’anno). Evidenti, quindi, sembrano essere le ripercussioni che un’errata qualificazione giuridica dei fatti-reato potrebbe comportare.

8. Sul rapporto tra reato associativo e concorso di persone nel reato continuato: conclusioni.

La sentenza qui annotata – che si pone assolutamente in linea con la breve rassegna giurisprudenziale poc’anzi esaminata – suggerisce un’ultima considerazione. La norma incriminatrice dell’associazione per delinquere (art. 416 c.p.) certo non scolpisce una fattispecie dal perimetro dettagliatamente definito, ma nemmeno si limita ad evocare una fattispecie solo sociologicamente orientata, dal momento che, se anche la condotta è a forma libera, qualunque tentativo di indebita estensione dell’incriminazione si scontra con il solido baluardo elaborato dalla giurisprudenza, e ribadito anche dalla sentenza in esame: necessità di un «accordo diretto all’attuazione di un più vasto programma criminoso, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, anche indipendentemente ed al di fuori dell’effettiva commissione dei singoli reati programmati».

Possiamo, allora, adesso finalmente tornare al nostro interrogativo iniziale: quando tre o più persone si predispongono a commettere (o commettono) più reati contemplati in un unico disegno criminoso, siamo di fronte ad una associazione per delinquere o ad un concorso di persone nel reato nel reato continuato?

Seguendo le direttrici finora esaminate, risulta, infatti che la simbiosi e la sinergia tra vincolo e permanenza dell’associazione, programma organizzativo generico e consapevolezza e volontà di far parte e di agire con il fine di agevolare e di favorire la costituzione, l’esistenza e l’attuazione dell’associazione, costituiscono senza dubbio la connotazione caratteristica del reato associativo. Tale peculiare atteggiarsi del *pactum sceleris* distingue nettamente l’associazione per delinquere dal concorso di persone nel reato, anche continuato, il quale, al contrario, richiede l’accordo di due o più persone diretto a eseguire un determinato reato, ovvero più reati, collegati da un medesimo disegno criminoso, consumati i quali l’accordo si dissolve e cessa ogni motivo di allarme sociale. È l’accordo l’elemento comune ai due istituti. Ma è altresì l’accordo, al tempo stesso, a fungere da differenza. Ove l’accordo tra i correi intervenga in via occasionale ed accidentale, per la realizzazione di più reati determinati e si esaurisca con la commissione degli stessi, pur avvinti dal medesimo disegno criminoso, la fattispecie concreta dovrà ricadere nel concorso di persone nel reato continuato e non nell’associazione a delinquere, con tutte le differenti conseguenze che ne discendono sul piano sanzionatorio e sul piano processuale.