

Note sul c.d. concorso esterno

Tullio Padovani

SOMMARIO: 1. Il percorso tracciato dalle Sezioni Unite -2. La rilevanza penale delle condotte tenute al di fuori del sodalizio mafioso -3. L'effettività del contributo nel concorso esterno -4. Le massime d'esperienza come generalizzata criminalizzazione non riferibili a specifici ed attuali giudizi di responsabilità -5. Speranze future.

1. Il percorso tracciato dalle Sezioni Unite

Il concorso “esterno” nei reati associativi (ed in particolare in quello di associazione di tipo mafioso) costituisce ormai un istituto di diritto – come si suol dire – “vivente”; ciò che rappresenta, in genere. L’attributo riservato agli istituti sul cui fondamento normativo legale (in varia guisa incerto) finisce col far aggio una giurisprudenza consolidata e, almeno relativamente, univoca. In effetti, la “vitalità” del concorso “esterno”, certo sostenuta da esigenze politico-criminali consistenti, è alimentata da un polmone – quello delle disposizioni sul concorso eventuale nel reato *ex artt.* 110 ss. c.p. – che, se pure è capace di soffiare come un mantice (e forse proprio per questo), rappresenta – come è stato osservato – il capitolo più oscuro della dogmatica penale. La vicenda applicativa del concorso “esterno” continua perciò a svolgersi tra i sussulti di dubbi mai definitivamente sopiti e il serpeggiare di polemiche mai del tutto soffocate ed, anzi, sempre pronte a riaccendersi con vigore.

Del resto, il dibattito corale qui tenuto, rappresenta un’adeguata testimonianza di questo disagio persistente, resa, si potrebbe dire, *per facta concludentia*; ed è la stessa occasione che ha suggerito il dibattito a confermare un tale giudizio. La recente sentenza della quinta sezione penale della Suprema Corte, pronunciata nel caso Dell’Utri⁽¹⁾, giunta quasi al termine di un lungo percorso motivazionale, dopo aver premesso che “sul tema della configurabilità, in linea di principio, del concorso esterno in associazione per delinquere semplice e poi, a partire dal 1982, di stampo mafioso non sono stati sollevati dubbi dogmatici neppure dalle difese”, e dopo aver escluso che vi fosse “il motivo per sollevare specifiche perplessità”, avverte tuttavia l’esigenza di ripercorrere con puntualità le tappe significative di questa raggiunta e tranquillante certezza, e di ribadirne i punti salienti e gli aspetti di maggior rilievo. Non poca né piccola cosa per una questione che nessuno aveva sollevato e che alla Corte stessa appariva, in linea di principio, del tutto pacifica.

¹ Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, P.M. in proc. Dell’Utri, in *archivio penale.it*, inedita.

Chi scorre la giurisprudenza sviluppatasi a proposito del concorso “esterno” dopo le prime Sezioni Unite sul tema ⁽²⁾, si imbatte, con frequente regolarità, nella reiterazione – quasi una giaculatoria – delle ragioni che suffragano e, in realtà, impongono il riconoscimento del concorso “esterno” nel reato associativo (e cioè, più semplicemente, del concorso eventuale *ex artt.* 110 ss. c.p.), quasi che l’istituto dovesse ricorrentemente essere sottoposto ad un nuovo scrutinio, per ribadirne la “legittima” esistenza e la capacità “operativa”. A confermare l’impressione di una patente sempre soggetta a revisione, soccorre peraltro una circostanza davvero singolare. Il concorso “esterno” ha varcato le soglie delle Sezioni Unite della Suprema Corte con una frequenza sconosciuta financo ai più tormentati istituti del nostro, pur tormentatissimo, diritto penale. Si avvicendano così la sentenza Demitry nel 1994, la prima sentenza Mannino ⁽³⁾ nel 1995, la sentenza Carnevale ⁽⁴⁾ nel 2002, la seconda sentenza Mannino ⁽⁵⁾ nel 2005; nomi divenuti familiari per indicare un travaglio di lunga durata, talvolta focalizzato su aspetti specifici della questione, ma per lo più incentrato su una sola questione ricorrente: limiti e condizioni di rilevanza della condotta di compartecipazione eventuale al reato associativo. E se, dopo la seconda sentenza Mannino nel 2005, il flusso delle rimessioni si è arrestato, non è certo perché la decisione abbia ottenuto un seguito adesivo unanime e costante; al contrario, come si avrà occasione di rilevare in seguito, essa sembra aver provocato un dissenso tanto corale da realizzare (*unus casus!*) l’uniformità applicativa *ex adverso*, eliminando la necessità di un nuovo ricorso alla suprema istanza di nomofilachia.

2. La rilevanza penale delle condotte tenute al di fuori del sodalizio mafioso

Per intendere le ragioni di questa certezza periclitante (o, se si preferisce, di questa periclità costante) bisogna risalire, per così dire, al punto di partenza, seguendo il filosofo secondo il quale l’essenza di una cosa è la sua origine. Si tratterà peraltro di poco più di uno schizzo: una mappa di pochi tratti che non pretende di rendere la vasta complessità del territorio, ma solo di indicare una direzione. Non necessariamente quella giusta, s’intende: soltanto quella conosciuta.

² Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Mass. Uff.*, n. 199386.

³ Cass., Sez. Un., 27 settembre 1995, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 202904.

⁴ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, Carnevale, in *Mass. Uff.*, n. 224181.

⁵ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231671.

Com'è risaputo, il problema del concorso "esterno" si pone nel momento in cui si profila la necessità di definire la rilevanza penale delle condotte "collaterali" rispetto all'attività di un sodalizio criminoso. Nel caso della mafia e delle organizzazioni similari si tratta di quella "zona grigia" -come viene di solito indicata - in cui si muovono professionisti, politici, funzionari pubblici, imprenditori privati e loro agenti, prestanome e serventi vari che, pur non partecipando all'associazione criminosa nelle forme richieste per integrare il tipo plurisoggettivo necessario, rendono tuttavia prestazioni e servizi utili all'attività del sodalizio o al perseguimento dei suoi scopi. Nella dimensione segnata dalle circostanze storiche e dalla fenomenologia dei gruppi criminali organizzati, il problema del collateralismo esterno risulta tuttavia praticamente coevo alla nascita stessa delle fattispecie associative.

Pur senza procedere troppo a ritroso, basterà riportarsi alla struttura originaria del codice Rocco, e considerarla alla stregua delle opinioni espresse dal Guardasigilli nella sua relazione, per rendersi conto di come nel 1930 i solchi normativi fossero (o, per lo meno, apparissero e chi reggeva l'aratro) compiutamente definiti. A fianco della cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.) e della banda armata (art. 306 c.p.) veniva ripresa dal codice Zanardelli, ma con importanti modifiche, la fattispecie di assistenza ai partecipi della cospirazione o della banda armata (art. 307 c.p.), mentre all'associazione per delinquere (art. 416 c.p.) veniva accostata l'assistenza agli associati (art. 418 c.p.): in entrambe le ipotesi, la condotta tipica di "assistenza" era (come del resto continua ad essere) circoscritta al "dar rifugio" o "fornire vitto" a taluno dei partecipi al sodalizio, eliminando la previsione, contenuta invece nell'omologa fattispecie del codice previgente del "prestare assistenza" e del "sommministrare vettovaglie".

La ragione addotta dal Guardasigilli nella sua Relazione - più analiticamente esposta a proposito dell'art. 307 c.p., e ripresa poi in forma sintetica per l'art. 418 c.p. - esprime con grande chiarezza il quadro sistematico che il legislatore intendeva definire: "poiché il delitto di banda armata è permanente, il somministrare vettovaglie alla banda o il prestarvi assistenza [...] equivale in realtà a far sussistere le condizioni indispensabili per la sua coesione, a mantenere in vita questa specie di società criminosa, a cooperare alla sua permanenza. A più forte ragione, dato il carattere di delitto permanente, proprio della banda armata, il favorire in qualsiasi modo le operazioni equivale, agli effetti penali, a partecipare alla banda e ai delitti da questa eventualmente commessi". Perciò, le varie ipotesi già previste dall'art. 132 c.p. 1889 si sarebbero "potute considerare [...] come vere e proprie forme di concorso nel delitto di banda armata o nei

delitti che formano l'oggetto, per cui i singoli componenti ebbero a costituirsi in banda armata" ⁽⁶⁾.

Proprio per riservare all'area concorsuale l'ambito applicativo che le spetta, nell'art. 307 c.p. (e di poi nell'art. 418 c.p.) "si scolpisce il concetto che l'elemento materiale del reato deve esaurirsi in una forma di assistenza individuale, deve cioè consistere unicamente nel dare rifugio o nel fornire vitto a "taluna" per le persone che partecipino alla cospirazione o alla banda armata. Qualora poi la somministrazione del vitto *non fosse data a una o più persone individualmente considerate*, bensì *collettivamente* a tutti i componenti la banda, o a parte di essi, allora si verserebbe in tema di concorso nei reati di cospirazione o di banda". Infatti, "l'intenzione dell'agente non sarebbe allora più quella di fare opera di soccorso, avuto riguardo al bisogno che di esso abbiano una o più determinati individui, bensì quella di contribuire a mantenere in vita la banda o la cospirazione, di coadiuvare talora indirettamente, ma sempre efficacemente, la loro attività, e quindi di partecipare all'esecuzione di delitti squisitamente politici" ⁽⁷⁾.

Tirando le fila ed in estrema sintesi, non è difficile rilevare che, secondo la prospettiva del legislatore, le figure criminose degli artt. 307 e 418 c.p. non sono dettate in funzione di disciplina; non costituiscono cioè condotte concorsuali sottratte al regime ordinario e sottoposte ad un diverso (più mite) trattamento sanzionatorio. Al contrario, esse sono dettate in funzione incriminatrice di condotte che, in assenza di previsione espressa, non attingerebbero la soglia di rilevanza richiesta per le condotte concorsuali: dare rifugio o fornire il vitto quotidiano a singole persone, pur note quali partecipi del sodalizio criminoso, non rappresenta un comportamento efficace per mantenere in vita il sodalizio o per coadiuvarne l'attività.

D'altro canto, nella prospettiva del Guardasigilli, la clausola di riserva "fuori dei casi di concorso nel reato", inserita sia nell'art. 307 c.p. che nell'art. 418 c.p., è indifferentemente riferita a qualsiasi forma di concorso: a quello necessario a realizzare la fattispecie plurisoggettiva, ma anche a quello eventuale, purché la relativa condotta sia efficace nel "far sussistere le condizioni indispensabili per la [...] coesione" del sodalizio, o "a mantenere in vita questa specie di società criminosa", o "a cooperare alla sua permanenza". Questo sembra il punto cruciale, l'asse baricentrico che regge il sistema: le forme di assistenza descritte dagli artt. 307 e 418 c.p. appartengono ormai ad un passato remoto, evocano vi-

⁶ cfr. *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori* V, parte II, Roma 1930, 107.

⁷ cfr. *Relazione*, loc. cit.

centi di bande criminali alla macchia tra boschi e brughiere, i cui componenti potevano trovarsi nella necessità di chiedere un rifugio per la notte o il cibo per riprendere la via. Ma la funzione sistematica ch'esse sono chiamate a svolgere resta immutata: si tratta di delineare *ex adverso*, nei termini che il Guardasigilli tratteggia – peraltro con assoluta “modernità” – i termini della condotta concorsuale rilevante *ex art.* 110 c.p.

Se è moderna l'indicazione delle condizioni di rilevanza (l'efficace cooperazione al mantenimento in vita, alla permanenza, alla coesione del sodalizio), sempre verde appare anche l'individuazione del fondamento della condotta di concorso eventuale: la causalità, che giustifica e regge – secondo il pensiero del legislatore – l'impianto sistematico degli artt. 110 ss. c.p..

“Il criterio di un'eguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato. è in diretta dipendenza del principio che si è accolto nel regolare il concorso di causa nella produzione dell'evento; principio, in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento, son causa di esso”; e poiché “le disposizioni sul rapporto di causalità si riferiscono a tutte le cause, brute o intelligenti”, “è facile intendere come anche nell'ipotesi che il fatto sia stato oggetto di attività di più persone, l'evento deve essere meno a carico di tutti i concorrenti, che, con la propria azione, contribuivano a determinarlo” ⁽⁸⁾.

3. L'effettività del contributo nel concorso esterno

Il futuro, a quanto pare, ha conservato un cuore antico, perché è proprio nell'ambito del concorso “esterno” che si è profilato il più deciso recupero della causalità quale fondamento e limite della condotta concorsuale, dopo che un lungo periodo di declino, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ne aveva revocato in dubbio la funzione. In effetti, le incongruenze, le aporie, gli apriorismi in cui il principio causale era (ed è) destinato a risolversi, in materia di compartecipazione criminosa, erano (e sono) tali e tanti da renderlo del tutto inidoneo a fungere da baricentro dogmatico del concorso eventuale e da criterio selettivo di rilevanza delle condotte. La sua progressiva scomparsa, e talora il suo espresso ripudio da parte della giurisprudenza non era peraltro colmata da alcun canone costitutivo, quanto piuttosto dall'affollarsi, sparso e disordinato, di criteri diversi, dal ripiego sulla teoria dell'idoneità *ex antea* del comportamento a recare un contributo efficiente, al recupero di vetuste teorie soggettive di matrice germanica, passando attraverso approcci empirici condotti

⁸ cfr. *Relazione*, cit., parte I, 165.

sulla falsariga di una trattatistica dal sentore premoderno. 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.

Già nella sentenza delle Sezioni Unite Demitry ⁽⁹⁾, la prima in ordine di tempo, pronunciata nel 1994, l'appello alla causalità è chiaro e deciso. Dopo aver riservato al concorso "esterno" l'ambito delle condotte intervenute sia per "colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto [...] nel momento in cui la "fisiologia" dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase *patologica*, che, per esser superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un estraneo", la sentenza ne basa la rilevanza concorsuale sulla circostanza "che quell'unico contributo serva per consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi". E di "mantenimento in vita" del sodalizio quale evento da riferire eziologicamente alla condotta di partecipazione eventuale già parlava il Guardasigilli nel 1930.

Nella sentenza delle Sezioni Unite Carnevale, pronunciata nel 2002, si conferma e si ribadisce "il principio secondo il quale in tema di associazione di tipo mafioso è configurabile il concorso "esterno", con la precisazione che assume la qualità di concorrente "esterno" [...] la persona che, priva dell'*affectio societatis* e non essendo inserita nella struttura organizzativa dell'associazione, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, purché questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima". Sembra dunque chiaro, ancora una volta, che il concorrente "esterno" è tale in funzione di una condotta causalmente efficiente, anche se ora la descrizione dell'evento si modifica significativamente: non si tratta più (solo) di una situazione "patologica" del sodalizio criminoso, che il concorrente eventuale viene chiamato a rimuovere per assicurare il "mantenimento in vita" dell'associazione, ma piuttosto (anche) della sua

⁹ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit.

“conservazione” o del suo “rafforzamento” in vista della realizzazione, anche parziale, del programma criminoso.

Dopo una premessa così apparentemente univoca, la sentenza Carnevale mostra tuttavia consistenti incertezze nel definire i termini della causalità rilevante, che, nello sviluppo argomentativo della motivazione, sembra addirittura ripiegare sul versante della mera idoneità. Scrivono infatti le Sezioni Unite: “se, nel reato associativo il risultato della condotta tipica è la conservazione o il rafforzamento del sodalizio illecito (comunque voglia chiamarsi tale risultato: rafforzamento “dell’entità associativa nel suo complesso” “mega-evento associativo” o ancora “dinamica organizzativo-funzionale dell’ente criminale”), qualora l’eventuale concorrente, nello specifico caso, possa ritenersi con sicurezza estraneo all’organizzazione [...], lo stesso risultato deve esigersi dalla sua condotta: con ciò si vuol dire che il contributo richiesto al concorrente esterno deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell’associazione”. Né ha peso la circostanza che l’attività prestata sia continuativa od occasionale, purché – ribadisce la sentenza – “possa ritenersi idonea a conseguire il risultato sopra menzionato”. “L’accertamento del nesso causale nel concorso esterno – si osserva infine – non comporta di per sé difficoltà maggiori di quanto può comportare la individuazione [...] di una condotta idonea ed univoca agli effetti del tentativo o la ricostruzione dei presupposti delle singole responsabilità colpose individuali nel quadro dell’esercizio di attività complessa...”. Esempi, com’è facile notare, che richiamano un accertamento *ex ante*, e non una prognosi postuma sulla base del criterio condizionalistico. La sentenza Carnevale parrebbe dunque ispirata ad una certa ambiguità irrisolta: la causalità invocata *in apicibus* sembra tradursi (assai modestamente) nel riscontro della idoneità attribuibile alla condotta per la conservazione o il rafforzamento del sodalizio.

Priva di simili incertezze, ed anzi decisamente orientata a fornire un’elaborazione concettuale completa ed esaustiva dell’applicazione del principio causale nell’identificazione del concorrente “esterno”, appare invece la seconda sentenza Mannino delle Sezioni Unite, pronunciata nel 2005, che fornisce, per così dire, la “traduzione” concettuale della sentenza Franzese, di pochi anni precedente, in materia di concorso eventuale in associazione mafiosa. Per risultare rilevanti quale contributo concorsuale “esterno”, i comportamenti (nel caso di specie rappresentati – com’è noto – da un supposto patto politico-mafioso articolatosi nel tempo) devono assumere, rispetto alla “conservazione” e al “rafforzamento” dell’associazione mafiosa una “efficacia causale” riscontrata

“all’esito della verifica probatoria *ex post*”. Si deve cioè poter sostenere che la condotta abbia “inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell’organizzazione criminale, essendone derivati concreti vantaggi o utilità per la stessa o per le sue articolazioni settoriali”. L’accertamento deve svilupparsi “sulla base di massime di esperienza di empirica plausibilità”.

In questo modo la sentenza delle Sezioni Unite tratteggia un disegno nel quale è agevole scorgere in filigrana i pilastri di fondo che reggono la sentenza Franzese: la causalità, concepita in termini effettuali, si uniforma al canone della *condicio sine qua non* per cui l’evento non si sarebbe verificato in assenza di quella determinata condotta, ma per poter fornire la spiegazione del nesso di dipendenza eziologica occorre applicare il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, che, ove manchino, debbono essere sostituite da massime di esperienza “di empirica plausibilità”.

4. Le massime d’esperienza come generalizzata criminalizzazione non riferibili a specifici ed attuali giudizi di responsabilità

E’ difficile riconoscere alle “massime di esperienza” il ruolo che le Sezioni Unite vorrebbero riservare loro. In linea di principio, infatti, le massime di esperienza, com’è stato osservato, si dividono in due grandi categorie: nell’una esse rappresentano la volgarizzazione di leggi scientifiche o la loro formulazione in versione popolare; nell’altra esse costituiscono invece rozze generalizzazioni, semplici opinioni o, addirittura, pregiudizi diffusi. Esigendo che le massime di esperienza siano dotate di “empirica plausibilità” la sentenza delle Sezioni Unite non intende certamente riferirsi a questo secondo gruppo, ma piuttosto al primo. Ed allora, si tratterebbe di stabilire quali siano le leggi scientifiche riferibili al fenomeno mafioso suscettibili di essere volgarizzate o formulate in versione popolare.

Ma questa, che pure non sembra difficoltà di poco momento, non costituisce il punto decisivo della questione. Esso si colloca piuttosto alla prima tappa del percorso causale che si intende intraprendere nel dar corpo e rilevanza al concorso “esterno”: la descrizione dell’evento, che costituisce – com’è noto – la premessa ineludibile di ogni giudizio causale. “Per stabilire se ad un’azione compete la qualifica di condizione dell’evento – scriveva Federico Stella – si deve prima “descrivere” con esattezza il risultato naturalistico cui ci si riferisce”, scegliendo tra le diverse alternative che in astratto sono suscettibili di prospettarsi ⁽¹⁰⁾. Si pone allora la domanda: “mantenimento in vita” e “rafforzamento” del

¹⁰ F. STELLA, *La ‘descrizione’ dell’evento*, Milano 1970, 4.

sodalizio criminoso possono definirsi quali risultati naturalistici di una o più condotte? Secondo le Sezioni Unite Carnevale la risposta parrebbe positiva: “nel reato associativo il risultato della condotta tipica è la conservazione o il rafforzamento del sodalizio illecito”. Ma quand’anche si riconoscesse che tali “eventi” sono il “risultato” della “condotta tipica”, si potrebbe anche dire che si tratta di un risultato non solo naturalistico, ma, soprattutto, a sua volta *tipico* come la condotta che l’avrebbe provocato? Certamente no, visto che nessuna fattispecie associativa menziona tali supposti eventi tra i requisiti tipici richiesti ai fini della propria integrazione: il partecipe inaffidabile, il direttore inefficiente, l’organizzatore sconclusionato possono anche risultare nocivi per la sopravvivenza o per la solidità dell’associazione, senza che questo comporti alcuna conseguenza nell’identificazione delle rispettive condotte come condotte tipiche.

D’altro canto, la causalità non è un concetto *passe-partout* capace di aprire qualsiasi porta. La dipendenza di un evento normativamente previsto da una condotta che l’abbia prodotto delinea un requisito di fattispecie (e spesso l’unico requisito capace di identificare la condotta) strettamente vincolato all’ambito della fattispecie stessa. Rispetto ad essa l’evento tipico deve subire il processo di “descrizione” che implica “il riferimento a “caratteristiche spazio-temporali” tali da consentire l’identificazione dell’evento di cui si tratta”; la “funzione logica” della descrizione è dunque quella “di consentire l’individuazione del significato di una determinata proposizione, attraverso la identificazione del ‘materiale esistenziale’ cui la proposizione stessa si riferisce” ⁽¹⁾.

Nel caso del concorso di persone tutto ciò non è possibile, per la semplice ragione che manca un evento tipico suscettibile di divenire oggetto di ‘descrizione’ nel senso poc’anzi richiamato. Anche se la comparsa in ambito penalistico della teoria della *conditio sine qua non* si è avviata proprio sul terreno della partecipazione criminosa (ma richiamando l’equivalenza delle condizioni von Buri intendeva, più che fondare il concorso di persone, contestare la possibilità di tracciare una linea di demarcazione obiettiva tra autore e complice), è fuori di dubbio che la causalità non è un concetto utilizzabile per stabilire limiti e rilevanza della condotta di concorso. Tanto meno se la sua utilizzazione si prospetta per definire il concorso “esterno”. “Mantenimento in vita” e “rafforzamento” del sodalizio criminoso, oltre a costituire estrapolazioni concettuali sprovviste di supporto tipico, sono concetti metaforici privi di un contenuto determinato, evocativi di una realtà complessa a comporre la quale intervengono valutazioni, stime, apprezzamenti insuscettibili di tradursi in una descrizione storicamente definita *hic*

¹¹ così F. STELLA, *op. cit.*, 174.

et nunc. Senza una tale descrizione, peraltro, pretendere di stabilire, in termini eziologici, se il contributo “esterno” abbia costituito una condizione necessaria per la sopravvivenza o per il rafforzamento dell’associazione criminosa, secondo massime di empirica plausibilità, significa semplicemente proporre un compito logicamente e praticamente impossibile, destinato a risolversi secondo un’alternativa tanto secca quanto ineludibile. O si dovrà per l’appunto riconoscere che difetta la prova dell’efficienza causale nel contributo rispetto ad eventi che, per essere espressi in una dimensione valutativa astrattizzante, non offrono alcuno spazio al procedimento di eliminazione mentale secondo la tecnica della prognosi postuma, né consentono alcuna forma di controprova. Oppure, per le stesse ragioni, si riduce il significato e la portata della causalità alla mera idoneità *ex antea* del contributo a determinare la sopravvivenza o il rafforzamento dell’associazione (secondo una prospettiva che ha goduto in giurisprudenza di qualche non trascurabile fortuna), rassegnandosi a basare la rilevanza della condotta concorsuale sugli estremi del tentativo (un antitetico paradosso, visto che il nostro ordinamento – rigidamente ispirato al principio di esecutività – conosce il concorso nel tentativo, ma aborre dal tentativo di concorso).

E’ del resto proprio questa la via che sembra aver imboccato la giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite Mannino del 2005. Esaminando nel 2007 una fattispecie concreta di concorso esterno del tutto analoga a quella già considerata dalle Sezioni Unite, la V sezione penale della Suprema Corte ⁽¹³⁾ evita financo di menzionare l’autorevolissimo precedente, e stabilisce (sulla sorta di un precedente di sette anni prima) che «basta il mero scambio delle promesse tra esponente mafioso e politico per integrare il sinallagma significativo del concorso esterno e non sono necessarie verifiche in concreto in ordine al rispetto da parte del politico degli impegni assunti ove vi sia prova certa, come nella specie, della conclusione dell’accordo, perché *è lo stesso accordo che di per sé avvicina l’associazione mafiosa alla politica facendola in qualche misura arbitro anche delle sue vicende elettorali, e rendendola altresì consapevole della possibilità di influenzare perfino l’esercizio della sovranità popolare, e cioè del suo potere*». La virata sul piano del significato “intrinseco” del contributo e della sua valenza prospettica è deciso ed univoco. In effetti, ribadisce la sentenza, risultava «ovvio l’aumento di prestigio che l’associazione malavita acquisiva per il fatto di poter vantare un referente politico ‘vicino’, costituendo ragionevolmente tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti...».

¹³ Cass., Sez. V, 6 febbraio 2007, Tursi Prato, inedita.

Seguendo questa traccia, appare evidente che la causalità non trova né spazio né ragione, e se proprio dovesse venir evocata, sarebbe per lustra, in quanto essa verrebbe, per così dire, postulata *in re ipsa*.

5. Speranze future

Giunti al termine di queste sommarie annotazioni, dovrebbe sperabilmente risultare chiaro che i problemi del concorso «esterno», in realtà, non gli appartengono affatto in esclusiva: non riguardano l'ammissibilità di principio del concorso eventuale nel reato necessariamente plurisoggettivo in generale e nelle fattispecie associative in particolare (che sembra assurdo contestare), né si riferiscono al microsistema emergente dal contesto normativo proprio delle fattispecie associative stesse (in particolare per la previsione degli artt. 307 e 418 c.p.). Si tratta, in realtà, di problemi comuni al concorso di persone nel reato, resi più vistosi ed acuti dalla peculiare fenomenologia che il concorso «esterno» presenta e che risulta singolarmente idonea ad esaltare, sino all'esasperazione, le difficoltà che le tematiche concorsuali sciorinano ad ogni pie' sospinto, sol che si abbia occhi per guardare (e a volte persino senza). Da questo punto di vista, il concorso «esterno» funge da cartina di tornasole di una patologia o di un disagio che lo coinvolgono certamente, ma che in esso non si esauriscono affatto.

La necessità di un nuovo modo di pensare il concorso di persone, di una revisione profonda delle categorie concettuali che senz'ordine e senza consistenza, hanno sinora fornito solo sconnesse stampelle dogmatiche, appare ineludibile; tanto più se si considera che una riforma legislativa del concorso di persone (e, quindi, del codice penale) è di là da venire, ed anzi, s'allontana dall'approdo come un vascello alla deriva. Se con la labilità normativa che caratterizza l'istituto bisognerà verosimilmente convivere ancora a lungo, sarebbe tempo di ristrutturare un edificio che, piaccia o non piaccia, bisognerà continuare ad abitare.

Non sarebbe tuttavia il caso, in questa sede, di lanciare dal ponte sguardi verso orizzonti troppo lontani; a tacer d'altro, mancherebbe lo spazio e con esso il tempo. Limitandosi al tema del concorso «esterno», assunto nella sua persistente ed esemplare singolarità, due soli «lanci» siano consentiti, in chiave prospettica: il primo concernente i termini di riferimento; il secondo il criterio di connessione rilevante.

Quanto ai termini di riferimento, occorrerebbe abbandonare una volta per tutte l'idea di basare la rilevanza tipica del concorso «esterno» su una presunta efficacia eziologica nel determinare fantomatici eventi a contenuto metaforico. Il concorso di persone è essenzialmente, e prima di tutto, concorso di condotte e tra

condotte: l'efficacia causale, qualora il reato commesso in concorso preveda un evento tipico, si riferisce all'insieme delle condotte, e non a ciascuna di esse singolarmente considerate. Ma nei reati associativi un evento tipico non è contemplato. Occorrerà dunque acconciarsi a riconoscere la necessità che il concorso si dislochi lungo l'asse delle condotte associative tipiche; non solo, ovviamente, quelle di partecipazione, ma anche quelle di organizzazione o di direzione. Così, ad esempio, il commercialista che cura la mimetizzazione di imprese controllate dalle cosche potrà risultare semplicemente (ma sufficientemente) un concorrente «esterno» rispetto a condotte «intratipiche» di organizzazione, e così via dicendo. Si tratta di una prospettiva che è stata sinora guardata con profonda diffidenza (in particolare dalle Sezioni Unite Carnevale), ma per ragioni che paiono infondate. Non si tratta invero di sbarrare la strada al riconoscimento dell'ammissibilità di un concorso «esterno», ma solo di demistificare l'idea - piuttosto peregrina - che esso si esprima davvero come concorso eventuale «in associazione per delinquere, mafiosa», o qual che sia, quando dovrebbe risultare evidente che l'associazione sussiste in quanto ne sussistano le condotte tipiche ed è a queste che, piaccia o non piaccia, il concorso deve riferirsi. Nessun pregio assume l'obiezione secondo cui in tal modo si escluderebbe il concorso eventuale nei confronti di condotte di cui non sia precisamente identificato l'autore: se il concorso nel reato dovesse basarsi sulla reciproca conoscenza dei conpartecipi navigheremmo ancora nella notte dei tempi.

Quanto ai criteri di connessione, è, o dovrebbe essere, piuttosto evidente che costituisce opera vana lo sforzo di impostare il rapporto tra la condotta tipica e quella del concorrente eventuale sul piano della causalità. Il nesso che le condotte debbono presentare per assumere una dimensione concorsuale dovrebbe piuttosto essere colto su un piano diverso, quello della strumentalità, che Giovannangelo De Francesco ha elaborato e continua ad affinare anche in rapporto alla partecipazione eventuale ai reati associativi. «Prescindendo da qualunque valutazione in termini eziologici» scrive De Francesco in un lavoro a commento della sentenza Dell'Utri - ci si dovrebbe invero concentrare sulla sola circostanza che dell'apporto del concorrente ci si sia «serviti» per la commissione del reato: nella relazione tra comportamenti umani - e non più tra una condotta ed un puro evento naturalistico - il tratto saliente sarebbe, insomma, quello della scelta di «utilizzare» il contributo (ad es., quello consistente nel fornire mezzi, informa-

zioni, suggerimenti “strategici”, e così via dicendo) di altri soggetti, finalizzandolo al perseguimento del piano criminoso di volta in volta deliberato» (¹³).

Naturalmente, è difficile (e forse impossibile) supporre un cambio di rotta che sarebbe certamente molto significativo. In effetti, la rivisitazione del concorso (e del concorso «esterno») in chiave di strumentalità presenta certo un’ampia fascia di possibili convergenze, nei risultati applicativi finali, rispetto alle prospettazioni sinora invalse. In questo senso il suo pregio si coglierebbe in una sorta ermeneutica persuasiva che trae dal nitore della ricostruzione dogmatica la capacità di illustrare e convincere. Ma non si tratterebbe solo di questo, ovviamente. La strumentalità, implicando la prova dell’effettiva utilizzazione del contributo esterno (per commettere una, o più delle condotte tipiche associative, e, al limite, un intero “comparto” di tali condotte) ha una portata selettiva ignota ai tautologismi di cui talora sembra pervasa la giurisprudenza proclive a identificare la rilevanza concorsuale in una idoneità *ex antea* dagli enigmatici confini. Ma si tratta, alla fin fine, di intendersi: che la mafia e consimili sodalizi criminosi siano un nemico, è un fatto; che la “zona grigia” che unisce la mafia alla società civile e agli apparati politico-amministrativi sia pericolosa, è un altro fatto; che il diritto messo in campo per combattere l’una e contrarre l’altra debba seguire la deriva di un diritto penale del nemico, non è più un fatto; è una scelta di valore sulla quale conviene sempre riflettere; anche se probabilmente invano.

¹³ cfr. G. A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell’associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, di prossima pubblicazione in *Cass. Pen.*