

Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”

Giovanni Fiandaca, Costantino Visconti

SOMMARIO: 1. Premesse generali sulle questioni rilevanti, 487 – 2. I persistenti punti deboli del modello di incriminazione a clausola generale e della sua gestione giurisprudenziale, 493 – 3. Quale elemento soggettivo?, 496 – 4. Natura di illecito “permanente”?, 500.

1. Premesse generali sulle questioni rilevanti

Com'è noto, il concorso esterno nel reato associativo continua a presentare le sembianze di un istituto controverso, sfuggente, “liquido”. Specie quando l'indagine giudiziaria o il processo coinvolgono personaggi assai noti, alla controversia tecnico–giuridica si aggiungono polemiche politico–mediatiche che traggono alimento dagli inevitabili riflessi politico–istituzionali ad ampio raggio derivanti da un'imputazione per concorso esterno formulata a carico di soggetti che esercitano importanti funzioni pubbliche (per esemplificare, si consideri la recentissima ed emblematica vicenda del presidente della regione siciliana Raffaele Lombardo, che ha preannunciato le dimissioni dalla carica perché accusato dalla magistratura catanese di collusioni mafiose).

Ciò fa sì che la problematica del concorso esterno assuma un volto polivalente, che potenzialmente interpella anche le competenze dei sociologi del diritto e dei politologici sotto il profilo, appunto, della verifica delle possibili ricadute dell'azione giudiziaria sulla sfera sociale e politica. Ma il concorso esterno esibisce una problematicità articolabile in più aspetti anche rimanendo nell'ottica propria del giurista, e ciò per un insieme di ragioni sintetizzabili nel modo seguente.

a) Vengono in rilievo, innanzitutto, complesse questioni di teoria del reato sul piano del diritto penale sostanziale, relative ai concetti e alle categorie generali dell'istituto del concorso criminoso, per un verso e del reato associativo, per altro verso. Come applicare le disposizioni normative del codice penale (art. 110 e segg.) in tema di concorso di persone e le relative categorie concettuali all'illecito di associazione? Com'è noto, questo interrogativo ripropone il problema del fondamento della punibilità del concorso

criminoso e, correlativamente, il problema del modo di concepire — oggi — la causalità penalmente rilevante.

b) Ma vengono, nel contempo, in rilievo questioni di teoria dell'interpretazione e applicazione della norma penale ai casi concreti, non ultimo sotto il profilo dell'influenza che la diversità delle fenomenologie concrete di "contiguità" può esercitare sullo stesso modo di concepire portata e limiti di un concorso esterno punibile. Nel considerare l'incidenza ermeneutica dei casi concreti sul piano della valutazione giudiziaria, assume un ruolo tutt'altro che secondario la "precomprensione" del giudice (e, prima ancora, del pubblico ministero) in merito al *disvalore* sostanziale che renderebbe davvero meritevoli di sanzionamento le condotte fiancheggiatrici dell'*extraneus*. In realtà, non sembra infondata l'impressione che la magistratura di merito, specie in presenza di forme di contiguità o collusione di esponenti delle classi dirigenti, e in particolare di uomini politici, soggiaccia talora alla tentazione di confondere o sovrapporre censura etico-politica e valutazione penalistica: trasformando così, più o meno surrettiziamente, l'accusa di concorso esterno nella contestazione di una sorta di ancor più generico crimine politico, per dir così di alto tradimento o infedeltà alle istituzioni democratiche, sconosciuto come tale alla legislazione vigente ma di forte impatto retorico-etico-politico-mediatico. Una emblematica riprova è — tra l'altro — ricavabile dall'impostazione accusatoria adottata dal procuratore generale nel processo d'appello per concorso esterno instaurato nei confronti dell'ex presidente della regione siciliana Salvatore Cuffaro (processo recentemente conclusosi però a favore dell'imputato, in base al ribadito riconoscimento del principio *ne bis in idem* rispetto a una precedente condanna irrevocabile, per i medesimi fatti, a titolo di rivelazione di segreti d'ufficio e favoreggiamento aggravati dal fine di agevolare la mafia): « Il tradimento di Cuffaro, uomo delle istituzioni, ai danni dello Stato, è di una gravità inaudita »¹.

Assai più attento ai risvolti tecnico-giuridici è risultato, invece, l'approccio della Corte di cassazione, la quale ha non a caso più volte stigmatizzato la genericità, l'approssimazione e la superficialità con cui certa magistratura ha affrontato la problematica della rilevanza penale del concorso esterno, annullando in tutto o in parte verdeti di condanna pur emessi quasi sempre all'esito di procedimenti lunghi e molto defatiganti. Nel sottoporre a vaglio critico l'operato dei giudici di merito, la cassazione ha finora compiuto — bisogna riconoscerlo — un notevole sforzo di tipizzazione per via giudiziale dell'evanescente istituto del concorso eventuale nel reato associativo: avendo cura di cogliere — ed è questo un ulteriore aspetto da sottolineare — le peculiarità strutturali delle diverse forme fenomeniche di concorso esterno in termini, più che di casi concreti singoli e irripetibili, di casi ge-

1. Questa parte della requisitoria citata nel testo è riportata dal *Giornale di Sicilia* del 31 maggio 2012.

nerici o tipologici, vale a dire di ipotesi paradigmatiche ricostruibili sulla base di elementi specifici comuni ma suscettibili di generalizzazione, come tali capaci di abbracciare tutti i casi singoli che posseggono le medesime proprietà. Da questo punto di vista, è il caso tipologico, e non già il singolo caso individuale, a costituire punto di riferimento della *ratio decidendi*, e ciò anche ai fini della elaborazione del precedente giudiziario. Proprio in conformità a un simile modo di procedere, la cassazione a sezioni unite ha — com'è noto — avuto il merito di elaborare due casi tipologici di concorso esterno, corrispondenti a due modalità fondamentali sociologicamente e criminologicamente ricorrenti di sostegno alle organizzazioni criminali: com'è intuibile, si tratta del cosiddetto *aggiustamento dei processi*² e del cosiddetto *patto di scambio politico-mafioso*³.

c) La problematica del concorso esterno è, altresì, caratterizzata da un intreccio stretto, e peraltro non sempre chiaro, di aspetti sostanziali e processuali. Ciò in più direzioni, a cominciare invero dalla individuazione del fatto o dei fatti da contestare e della corrispondente formulazione del capo (o dei capi) d'imputazione. È questo un aspetto problematico sul quale si è di recente soffermato criticamente, com'è noto, il procuratore generale della cassazione Francesco Iacoviello nell'ormai celebre requisitoria svolta nel processo Dell'Utri: la critica del valoroso magistrato prende di mira la genericità e mancanza di chiarezza che solitamente inficerebbero le imputazioni di concorso esterno, in contrasto con quell'esigenza di precisione nell'individuazione delle condotte punibili che dovrebbe costituire, già in partenza, un riflesso del principio di tipicità quale canone basilare della materia penale. Si tratta di una critica in non piccola parte fondata, come è comprovato da una analisi anche rapida dei capi d'imputazione relativi ad alcuni importanti casi giudiziari trattati ad esempio dalla magistratura palermitana. Invero, la tecnica per lo più utilizzata, in sede di formulazione dell'accusa, consiste nel premettere un addebito di concorso esterno formulato nei termini di una clausola tanto generica quanto, appunto, lo stesso generale concetto di concorso esterno. Un esempio emblematico, tratto dal caso giudiziario Miceli: l'imputato era chiamato a rispondere del reato di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p.: «per avere nella sua veste di esponente politico del CDU consapevolmente e fattivamente contribuito al rafforzamento dell'associazione mafiosa denominata Cosa Nostra [...] mettendo a disposizione il proprio ruolo e la propria attività politica al fine di contribuire alla realizzazione del programma criminoso dell'associazione e tendente all'acquisizione di poteri di influenza e controllo sull'operato di organismi politici [...]». Premesso l'addebito di concorso esterno nei termini assai generici del tipo di quelli or ora riportati tra virgolette, il

2. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Mass. Uff.*, n. 224181.

3. Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231672.

capo di imputazione è poi solitamente integrato dall'indicazione di ruoli più specifici e/o di condotte più dettagliate; ma non risulta chiaro se questi elementi aggiuntivi assolvano, a loro volta, la funzione di singole condotte contestate ovvero di riscontri probatori di un concorso esterno già dato in premessa per esistente. Per tornare all'esempio di cui al citato caso Miceli, nel relativo capo d'imputazione si legge che l'imputato assumeva il ruolo d'intermediario tra il capo della cosca e un importante uomo politico, accettava egli stesso una candidatura con la promessa (se eletto) di impegnarsi per il soddisfacimento di interessi mafiosi, svelava l'esistenza di indagini giudiziarie riservate a carico di personaggi mafiosi cui era vicino ecc. E le esemplificazioni potrebbero continuare⁴. Quel che va comunque, in sintesi, ribadito è che esiste e persiste, nei processi per concorso esterno, una certa ambiguità o ambivalenza di rapporti tra "fatto" e "prova", ragion per cui sarebbe senz'altro opportuna una maggiore precisione nella contestazione delle condotte di concorso, conseguibile verosimilmente mediante alcuni correttivi da apportare alla tecnica di formulazione giudiziale dell'addebito. Ora, da quanto fin qui osservato riteniamo che scaturisca, in proposito, una direttiva metodologica che induce a rovesciare la prassi dominante sinora invalsa e ad additare invece il seguente percorso alternativo: cioè, nel procedere alla formulazione dell'imputazione, andrebbero — in primo luogo — indicate con chiarezza la condotta o le singole condotte destinate a fungere da presupposti fattuali del contributo recato dall'*extraneus* all'organizzazione criminale; ciò premesso, è in un passaggio successivo e logicamente conseguente dell'imputazione che andrebbero esplicitate, con altrettanta chiarezza, le ragioni che portano ad attribuire effettiva rilevanza, in chiave di rafforzamento dell'associazione criminosa, alla condotta o alle singole condotte in precedenza individuate.

Ma fenomeni di possibile interazione tra fatto e prova emergono sotto profili ulteriori. Come abbiamo avuto più volte occasione di rilevare, l'analisi critica di una ormai lunga esperienza giurisprudenziale consente di evidenziare un dato che val la pena di segnalare anche in questa sede: si allude al fatto che in alcuni casi è lo specifico materiale probatorio disponibile, più che la previa adozione di un ben definito criterio di diritto sostanziale, a influenzare in maniera determinante il modo di concepire una partecipazione (interna) o un concorso esterno penalmente rilevanti e, di conseguenza, la opzione qualificatrice dei fatti *sub iudice* sotto l'una o l'altra categoria dogmatica. Ciò può contribuire a spiegare perché, ad esempio, una giurisprudenza non più recentissima abbia potuto ritenere sufficiente, ai fini dell'integrazione di una condotta partecipativa, il mero fatto di aver prestato

4. Si rinvia per un più ampio quadro d'insieme a DE FRANCISCI, *Il concorso esterno nella declinazione giudiziaria dei processi a Cosa nostra*, relazione presentata al Seminario organizzato dall'ANM su "Il concorso esterno tra giurisprudizione e politiche criminali" (Marsala, 12 maggio 2012).

"giuramento di mafia", essendo questo l'unico dato conoscitivo a carico dell'imputato a disposizione dell'autorità giudiziaria e acquisito attraverso il peculiare strumento delle dichiarazioni di collaboratori di giustizia⁵.

Mutatis mutandis, la quantità del materiale probatorio disponibile può contribuire altresì a spiegare perché la giurisprudenza prevalente, di fronte ad esempio all'alternativa se la rilevanza penale di un patto di scambio politico-mafioso presupponga l'effettivo adempimento delle promesse da parte del politico o possa essere già fatta dipendere dalla serietà degli impegni assunti da quest'ultimo, propenda per la seconda soluzione (avallata, com'è noto, dalla stessa giurisprudenza di legittimità): in non pochi casi concreti infatti, mentre risulta acquisita la prova dell'avvenuta stipulazione del patto di scambio, mancano i riscontri probatori in ordine a successive e puntuali condotte di adempimento.

È ammissibile, in linea di principio, che la prospettiva probatoria (spostata a esigenze repressive considerate ineludibili) influenzi in maniera così vistosa la determinazione concettuale dei presupposti sostanziali della responsabilità penale? L'interrogativo rischia di suonare, ormai, puramente retorico o idealisticamente ingenuo.

Comunque sia, è un fatto incontestabile che la contestazione del concorso esterno, proprio in ragione della genericità e indeterminatezza insiste nell'istituto, costituisce a cominciare dalla fase investigativa uno strumento duttile e servizievole, come tale molto funzionale allo svolgimento di indagini ad ampio spettro sulla cosiddetta *zona grigia*, cioè sulle reti di relazioni e collusioni che a tutt'oggi avvincono in rapporti di stretta contiguità clan mafiosi ed esponenti a vario titolo delle classi dirigenti (politici, professionisti, imprenditori ecc.). È anche vero, tuttavia, che è tendenzialmente registrabile uno scarto sensibile tra il numero delle indagini giudiziarie avviate e i processi instaurati e conclusi: sulla base di alcuni dati statistici ancora provvisori (e suscettibili pertanto di ulteriori verifiche), raccolti in collaborazione con la procura nazionale antimafia con specifico riferimento agli anni 1991/2007, a fronte di un totale di 7.190 soggetti indagati si sarebbero conclusi con sentenza soltanto 542 processi. Come interpretare un simile dato? In realtà, sembra possibile una lettura duplice, di segno diverso: l'una farebbe emergere un eccesso di iniziale interventismo dei pubblici ministeri, l'altra attesterebbe in ogni caso una successiva tendenza (degli stessi pubblici ministeri oltre che dei magistrati giudicanti) a vagliare con scrupolo la fondatezza delle indagini avviate.

Una cosa è certa. Per evitare che la discussione pubblica sulla legittimità e sull'efficacia dello strumento del concorso esterno seguiti a rimanere in eterno prigioniera del conflitto irresolubile tra difensori e oppositori per pregiudiziale opzione fideistica, sarebbe auspicabile assumere una buona

5. Per riferimenti giurisprudenziali cfr. DE FRANCISCI, *op. cit.*

volta un atteggiamento sufficientemente laico per effettuare una ampia e approfondita ricerca, sia quantitativa che qualitativa, su tutta la giurisprudenza in materia maturata ormai da più di un ventennio: in modo da verificare con rigoroso metodo statistico i risultati del ricorso all'istituto anche in termini di coefficienti percentuali nel rapporto tra indagini avviate, provvedimenti di archiviazione, sentenze di condanna o di assoluzione. Soltanto muovendo dalla conoscenza dei dati reali si potrebbe essere, così, in grado di effettuare valutazioni sulla capacità di rendimento dell'istituto meno influenzate da simpatie o avversioni preconcrete.

Ma saremo capaci di passare dalle guerre di religione ad un approccio laico?

d) L'interrogativo di cui sopra potrebbe essere riproposto anche riguardo all'altra dibattuta questione se, nell'ambito di un ordinamento democratico-constituzionale quale il nostro, sia preferibile continuare ad affidare alla giurisprudenza il compito di rendere via via più definita la fisionomia del concorso esterno ovvero se sia più opportuno responsabilizzare una buona volta il legislatore, chiedendogli interventi legislativi *ad hoc*. Anche in proposito, com'è noto, esistono punti di vista diversificati che peraltro in larga misura prescindono tanto dalla distinzione politico-partitica tra destra e sinistra, quanto dagli schieramenti di corrente interni alla magistratura. Invero, sono in ampia misura trasversali sia la preoccupazione per una eventuale presa di posizione legislativa che mirasse all'obiettivo di restringere gli ampi spazi di manovra che l'attuale modello di gestione dell'istituto consente alla magistratura, sia la preoccupazione contraria di restringere l'eccesso di discrezionalità giudiziale in nome di esigenze garantiste e in omaggio a un canone di stretta legalità.

Ora, anche a voler privilegiare in linea di principio il secondo tipo di preoccupazione, continuano a rimanere sul tappeto due nodi problematici, a carattere rispettivamente politico e tecnico. Il primo, com'è intuibile, chiama in causa la capacità del legislatore contemporaneo di esprimere orientamenti davvero chiari e univoci in una materia come questa, che rimane oltremodo divisiva e conflittuale per un insieme di ragioni richiamate anche in questa sede. Il secondo nodo è di natura più tecnica, e ha a che fare con la possibilità di escogitare tecniche di tipizzazione legislativa delle forme di contiguità punibile che risultino davvero più appaganti, sotto il profilo della precisione descrittiva, rispetto all'attuale modello di disciplina a clausola generale. Ma, prima di prescegliere la tecnica di tipizzazione preferibile, dovrebbe esservi in ogni caso sufficiente consenso sulla filosofia di fondo da porre alla base di un nuovo modello di incriminazione espressa: qual è il disvalore sottostante alla contiguità cosiddetta compiacente (un disvalore di evento o sarebbe già sufficiente un disvalore di condotta), destinato ad assurgere a fondamento della sua rilevanza penale? Quali tipologie di comportamento sono espressive di un tale disvalore? Non vorremmo

apparire eccessivamente pessimisti in proposito, ma abbiamo l'impressione che anche tra noi penalisti il quadro delle possibili opzioni risulti ancora incompleto e non sufficientemente definito⁶.

2. I persistenti punti deboli del modello di incriminazione a clausola generale e della sua gestione giurisprudenziale

Com'è noto, l'attuale modello di incriminazione del concorso esterno è frutto dell'interazione e combinazione, ad opera della dottrina e (soprattutto) della giurisprudenza, tra due sfere normative affette, entrambe, da notevole genericità già in partenza, per cui genericità si somma a genericità dando luogo a perversi effetti moltiplicatori: da un lato, l'indefinitadisciplina generale del concorso di persone di cui agli artt. 110 e ss. del codice; dall'altro, l'altrettanto poco definita descrizione legale delle fattispecie associative, inclusa l'associazione di tipo mafioso.

In un simile orizzonte complessivo, in cui predominano in luogo degli spazi pieni gli spazi lasciati vuoti dal legislatore, il fatto che in particolare la giurisprudenza di legittimità si sia impegnata in un'attività per così dire di "supplenza" istituzionale mediante tentativi di progressiva "tassativizzazione" per via giudiziale dei presupposti (oggettivi e soggettivi) della contiguità punibile, non può che apparire altamente meritorio. Ma è anche vero che questi tentativi di precisazione dei presupposti del concorso esterno punibile sono riusciti soltanto in parte a conseguire l'obiettivo. E una delle ragioni di questo parziale fallimento deriva, verosimilmente, dalla assai impegnativa pretesa — canonizzata al più alto livello di autoconsapevolezza metodologica nella ormai celebre pronuncia a sezioni unite Mannino del 2005 — che i giudici di merito accertino di volta in volta la effettiva efficacia eziologica delle condotte di sostegno esterno, in termini di cosiddetta conservazione o di cosiddetto rafforzamento dell'organizzazione criminale, sulla base di un rigoroso criterio di causalità *ex post*. Secondo questa rigorosa impostazione del problema causale, non è sufficiente, quindi, accontentarsi — così come sembrava invece emergere dalla precedente sentenza a sezioni unite Carnevale del 2002, che sul punto mostrava non poca ambiguità — di accertare una mera idoneità *ex ante* del contributo dell'estraneo ad avvantaggiare l'associazione: occorre, piuttosto, verificare a posteriori l'effettivo vantaggio conseguito da quest'ultima e, al contempo, che condizione necessaria di

6. Per abbozzi di possibili modelli di tipizzazione legislativa espressa del concorso esterno, concepiti al di fuori della logica concorsuale proprio allo scopo di evitare la difficile verifica processuale dell'efficacia causale del contributo dell'estraneo, cfr. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 483 ss.; FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, V, 176 ss.

tale effetto vantaggioso sia stato proprio il contributo recato dal concorrente esterno.

In verità, una verifica causale così puntuale è tutt'altro che agevole a fronte della varietà dei casi che si presentano nella prassi giudiziaria. Sicché, la magistratura di merito si trova di fronte all'alternativa o di rinunciare a perseguire alcuni casi di pur palese contiguità, ovvero di flessibilizzare in maniera anche surrettizia gli impegnativi criteri causali codificati dalla pronuncia Mannino. A ciò si aggiunga che dalla lettura di alcune motivazioni si ricava l'impressione che gli stessi organi giudicanti — persino a livello di legittimità — non sempre posseggano piena consapevolezza sia della complessità del modello causale elaborato dalle sezioni unite (in origine con riferimento alla responsabilità colposa medica e poi trasferito, sia pure con qualche adattamento “ammorbidente”, al diverso terreno del concorso esterno), sia dei corrispondenti oneri dimostrativi che dovrebbero conseguirne sul piano dell'accertamento processuale.

Comunque sia, che in alcuni casi la giurisprudenza opti per la strada della flessibilizzazione, è comprovato da uno sguardo d'insieme sulle sentenze, anche di legittimità, emesse dopo il 2005⁷. Siano sufficienti alcune esemplificazioni.

Nella sentenza Prinzivalli⁸, con riguardo a un caso tipologico di cosiddetto aggiustamento di processi, viene ricondotta al paradigma del concorso esterno “la condotta del magistrato che assicuri il suo atteggiamento favorevole agli imputati di mafia, a prescindere dal condizionamento degli altri membri del collegio giudicante”, così motivando: «rimosso, infatti, l'estremo argine contro le malefatte del sodalizio criminale, Cosa nostra si rinvigorisce della nuova linfa rappresentata dal contributo del magistrato colluso, ottenendo risultati favorevoli nell'immediato, insieme con l'aspettativa che l'orientamento della Corte [...] faccia aggio in seguito presso la giurisprudenza [...]». A ben vedere, una simile logica motivazionale rispetta i dettami della sentenza Mannino soltanto in apparenza. È vero che, alla stregua dei principi fissati in quest'ultima, la configurabilità di un concorso esterno punibile può fare a meno della prova dell'avvenuto conseguimento del risultato che l'estraneo si impegna col suo contributo a perseguire (nel caso oggetto della sentenza Prinzivalli, l'effettivo “aggiustamento” del processo in questione); ma ciò che si richiede, sempre alla stregua dei principi predetti, è che la condotta di sostegno del concorrente sia tale — anche quando si esaurisca in una assunzione di impegno o promessa di aiuto — da produrre, in ogni caso, un effetto che ridondi a vantaggio dell'organizzazione criminale nel senso di un suo effettivo rafforzamento.

7. Per un quadro ricostruttivo d'insieme, ampiamente condivisibile, cfr. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352 ss.

8. *Cass.*, Sez. Un., 20 aprile 2006, P.G. in proc. Prinzivalli, in *Mass. Uff.*, n. 234457.

Di conseguenza, diventa decisiva, ai fini della punibilità, la verifica processuale dell'efficienza causale della condotta in questione sul piano oggettivo del potenziamento della struttura criminale. Ma è proprio questo tipo di verifica che nella sentenza Prinzivalli risulta carente. Come emerge dalla relativa motivazione, l'effetto di rafforzamento sarebbe nel caso di specie già consistito nel rin vigorimento del senso di fiducia, di cui il sodalizio avrebbe beneficiato quale immediato riflesso dell'impegno ad agevolare gli imputati di mafia assunto dal magistrato colluso. Senonché, come esplicitamente si è preoccupata di ammonire la sentenza Mannino, la tendenza (per dir così) a "psicologizzare" il concetto di rafforzamento — riscontrabile invero in un filone giurisprudenziale tutt'altro che isolato — finisce col rendere evanescenti i coefficienti oggettivi della contiguità davvero meritevole di punizione. Da qui, la chiara avvertenza contenuta nella motivazione della medesima sentenza: «[...] laddove risulti indimostrata l'efficienza causale dell'impegno e della promessa di aiuto [...] sul piano oggettivo del potenziamento della struttura organizzativa dell'ente, non è consentito convertire la fattispecie di concorso materiale oggetto dell'imputazione in una sorta di — apodittico ed empiricamente inafferrabile — contributo al rafforzamento dell'associazione mafiosa in chiave psicologica», nel senso che in virtù del sostegno dell'estraneo «risulterebbero [...] automaticamente [...] sia all'"esterno" aumentato il credito del sodalizio nel contesto ambientale di riferimento [...], sia all'"interno" rafforzati il senso di superiorità e il prestigio dei capi e la fiducia di sicura impunità dei partecipi». Come si può, dunque, spiegare questa palese divergenza tra quinta sezione e sezioni unite? Se si vuole escludere una mancata o insufficiente conoscenza del ricco e articolato impianto motivazionale della sentenza Mannino, non resta che ipotizzare una spiegazione di questo tipo: una parte della giurisprudenza continua, nonostante tutto, a percepire come meritevoli di punizione forme di contiguità espressive di un disvalore sostanziale che non coincide con quello più restrittivamente identificato dalle sezioni unite. Se le cose stessero davvero così, il contrasto riguarderebbe, prima ancora che i profili tecnici di teoria del reato, i giudizi di valore sottostanti alla politica penale.

In un'altra pronuncia di poco successiva⁹, la rilevanza penale di un'ipotesi di scambio elettorale politico-mafioso è stata automaticamente desunta dalla mera stipula del patto, con la motivazione che tale circostanza costituirebbe «agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e convincenti». È quasi superfluo rilevare che una motivazione come questa appare, ancora una volta, sintomatica della radicata tendenza non solo a considerare presunta o *in re ipsa* l'efficacia causale della condotta di sostegno esterno, ma anche ad indebolire e sfumare il concetto di rafforzamento dell'associazione

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

sino a renderlo privo di tangibile substrato empirico.

In ulteriori decisioni, come ad esempio la pronuncia Patriarca¹⁰ e la pronuncia Miceli del 19 novembre 2010, entrambe emesse dalla sesta sezione, i giudici di legittimità seguitano ad avallare concezioni indebolite del nesso di condizionamento, questa volta ammettendo che la rilevanza causale del contributo dell'estraneo possa essere semplicemente identificata nella sua "idoneità" a "preservare la conservazione dell'associazione di stampo mafioso" così sent. Miceli o, comunque, a conseguire l'obiettivo vantaggioso per l'associazione stessa¹¹. Ma accontentarsi della idoneità causale equivale, anche implicitamente, a recepire quella angolazione prospettica *ex ante* che la cassazione riunita — come sappiamo — rifiuta espressamente e con forza.

Già queste esemplificazioni sono, a nostro avviso, sufficienti per porre almeno in dubbio che il rigoroso modello di causalità *ex post*, così come "codificato" in particolare dalle sezioni unite Mannino, sia finora risultato un modello adeguato e appagante di soluzione per via giudiziale della problematica a tutt'oggi tormentosa del concorso esterno. A nostro avviso, il mancato o insufficiente attecchimento giurisprudenziale di tale modello, il fatto che esso in realtà — detto in termini più crudi — non sia stato preso molto sul serio, non dipendono soltanto dalla complessità e impegnatività degli oneri dimostrativi che ne conseguono in sede di verifica processuale. Come abbiamo anticipato, è anche verosimile che specie presso la magistratura di merito persista e resista un tipo (per dir così) di "precomprensione punitiva", basata su di un sottostante giudizio di valore etico-sociale, che induce a considerare come bisognose e meritevoli di repressione penale anche forme di contiguità che invece, secondo le sezioni unite, dovrebbero essere qualificate come penalmente irrilevanti. Proprio la verosimile presenza, in senso al medesimo universo magistratuale, di sensibilità differenziate rispetto a ciò che andrebbe punito a titolo di sostegno esterno alle mafie, ripropone il dubbio se non sia più opportuno rimettere il bandolo dell'ingarbugliata matassa nelle mani del legislatore democratico.

3. Quale elemento soggettivo?

Com'è noto, in particolare a partire dalla sentenza Carnevale¹² è esplicitamente emersa, presso la cassazione riunita, una preoccupazione di politica penale giudiziaria trascendente — come tale — il piano tecnico-giuridico delle tradizionali dottrine del dolo: la preoccupazione cioè di proporre una concezione restrittiva dell'elemento soggettivo che deve accompagnare la

10. Cass., Sez. VI, 14 giugno 2007, Aprea ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 237548.

11. Cass., Sez. VI, 14 giugno 2007, Aprea ed altri, cit.

12. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Mass. Uff.*, n. 224181.

condotta del concorrente esterno, in modo da poter così controbilanciare il rischio di una eccessiva dilatazione dell'ambito di rilevanza penale del concorso eventuale nel reato associativo. Solo che, pur essendo in sé comprensibile l'intento politico di porre un argine a un possibile eccesso di repressione, ad esporsi a riserve critiche sono le argomentazioni tecniche sviluppate per conseguire l'obiettivo predetto.

In sintesi, va ricordato che gli estensori della sentenza Carnevale, muovendo appunto dal convincimento della insufficienza del dolo eventuale a giustificare la punibilità del concorrente esterno, hanno piuttosto configurato l'elemento psicologico richiesto nei termini di un dolo da loro stessi definito "diretto" (*sic*)!: concepito, a sua volta, come coscienza e volontà di realizzare un'attività di sostegno produttiva di un effetto vantaggioso ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione criminale, accompagnate dalla esplicita e piena consapevolezza dell'efficacia causale del contributo personalmente recato all'associazione medesima; insomma, un complessivo atteggiamento psicologico, in forza del quale — affermano aggiuntivamente le sezioni unite — l'estraneo "sa" e "vuole" che « il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio ».

Questa concezione — invero, come vedremo, discutibile — del dolo di contribuzione sarà riproposta, senza significative modifiche, nella successiva sentenza a sezioni unite Mannino del 2005: nella quale, pur non facendosi più riferimento a un dolo definito "diretto" in quella accezione atecnica di cui sopra, si ribadisce che il concorrente esterno, oltre a essere consapevole dell'efficacia causale del contributo prestato, deve essere altresì animato dalla coscienza e volontà di contribuire alla « realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio ».

Come abbiamo avuto più volte occasione di rilevare¹³, una simile ricostruzione del dolo non appare convincente, e ciò per più ragioni. In primo luogo, è discutibile che l'esigenza politico-criminale di conferire maggiore determinatezza al concorso esterno possa essere proiettata sul piano dell'elemento soggettivo, e perseguita mediante una libera opzione giudiziale di derogare ai principi generali in tema di imputazione dolosa, in assenza di possibili appigli normativi idonei a legittimare tale deroga. In secondo luogo, risulta errato già da un punto di vista empirico-criminologico ipotizzare che l'*extraneus*, nell'agire a vantaggio dei sodalizi mafiosi, lo faccia perché sorretto da una vera e propria volontà di contribuire alla realizzazione (anche parziale) dei corrispondenti programmi criminosi. In realtà, chi ha effettiva conoscenza delle dinamiche che si instaurano tra i mafiosi e i sostenitori esterni, sa che nella psicologia di questi ultimi tende a prevalere

13. Cfr. ad esempio FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss.

un atteggiamento “egoistico” di sfruttamento a proprio vantaggio delle opportunità generate dalla contiguità criminale, ma senza, per questo, condividere i programmi criminosi degli associati o soltanto *volere* contribuire al loro conseguimento: piuttosto, si instaura una logica di reciproci favori, in virtù della quale l’estraneo fornisce un apporto all’organizzazione criminale non perché egli vuole in senso proprio che quest’ultima raggiunga i suoi scopi, ma più limitatamente perché egli vuol trarre in contraccambio del contributo prestato un qualche beneficio personale. Se le cose stanno così, ne deriva che sbagliano le sezioni unite a pretendere che nella sfera intellettuale e volitiva del concorrente esterno siano presenti elementi, quali appunto la coscienza e volontà di contribuire (anche in parte) alla realizzazione del programma criminoso, che sono invece tipici esclusivamente dei soggetti intranei alle associazioni. Una ricostruzione del dolo meno astrattamente concettualistica, e più aderente alla realtà empirica sottostante al fenomeno della contiguità compiacente, dovrebbe in realtà indurre a sfrondare la sua struttura psicologica degli elementi impropri e superflui per concentrare lo sguardo sui requisiti davvero essenziali: a nostro avviso, ai fini della configurabilità di un dolo di contribuzione potrebbe anche bastare richiedere che l’estraneo presti volontariamente un contributo a un’organizzazione criminale, nel contempo essendo consapevole (senza che sia necessario *volerlo* in senso stretto) dell’effetto vantaggioso che ne consegue per l’organizzazione medesima. Se si preferisce nondimeno continuare a parlare di “volontarietà” di tale effetto vantaggioso, lo si può fare in un senso lato, e cioè considerando inclusa nel *volere* del concorrente quell’effetto di rafforzamento (dell’associazione criminale) che egli si rappresenta quale conseguenza del suo agire pur sempre volontariamente diretto a ricevere — in contraccambio del contributo prestato — un vantaggio personale dall’associazione criminosa, più che a favorire l’associazione in sé considerata.

Il problema relativo alla ricostruzione del dolo è stato di recente riaffrontato dalla giurisprudenza nella sentenza Dell’Utri, emessa dalla quinta sezione della cassazione il 9 marzo 2012, ma anche questa volta l’approccio argomentativo adottato appare in verità tutt’altro che appagante. Rinviando ad un altro scritto per un esame più in dettaglio della fattispecie oggetto di giudizio¹⁴, qui ci si limita in sintesi a rilevare che la quinta sezione richiama ampiamente, nelle premesse concettuali in tema di dolo del concorrente esterno, i precedenti arresti delle sezioni unite (dalla sentenza Carnevale alla sentenza Mannino), ma con una aggiunta: cioè, nel ribadire l’insufficienza del dolo eventuale, gli estensori della sentenza Dell’Utri — decampando, senza che ve ne sia apparente necessità logica, dalla concentrazione argomentativa sul concorso esterno — ritengono utile richiamare la sentenza

14. Si rinvia al relativo commento di FIANDACA in corso di pubblicazione in *Legisl. pen.*

delle Sezioni Unite "Cassata"¹⁵ quale sentenza paradigmatica contenente a loro avviso «una sintesi ancor oggi valida della nozione di dolo». Come si ricorderà, si tratta di una sentenza di portata generale, che si preoccupa di distinguere diverse forme di dolo in base ai vari livelli di intensità della volontà (o della rappresentazione) dell'evento lesivo, e ciò con riferimento però a un campo di materia ben lontano dal concorso nel reato associativo quale quello dei reati contro la vita e l'incolumità individuale: sicché non sorprende come, nella motivazione della sentenza Dell'Utri, non risultino davvero chiari e convincenti i nessi che dovrebbero legare la ricostruzione più generale del dolo a quella peculiare nozione di dolo "diretto" escogitata *ad hoc* dalla cassazione — come abbiamo visto — per il concorso esterno.

Come che sia, c'è un ulteriore aspetto di ambiguità nella ricostruzione del dolo ad opera della sentenza predetta che merita invero attenzione. E cioè nel censurare la sentenza di secondo grado, in particolare nella parte in cui è stata affermata la responsabilità per concorso esterno anche con riferimento a un periodo in cui i rapporti tra Dell'Utri e i mafiosi palermitani si sarebbero deteriorati (sino al punto di rendere il primo assai riluttante a continuare a effettuare i pagamenti a favore dei secondi, pattuiti in cambio del servizio di protezione mafiosa assicurata da Cosa nostra a Berlusconi e alla sua famiglia), la quinta sezione ha rimproverato ai giudici di merito un vizio di motivazione in punto di dolo "diretto" del concorrente esterno in base al seguente rilievo critico: essendo venuta meno quella che la stessa cassazione definisce la "precedente unitarietà di intenti" tra gli esponenti mafiosi e Dell'Utri, non risulterebbe dimostrato "oltre ogni ragionevole dubbio" che quest'ultimo abbia, nello spazio temporale considerato, agito a favore di Cosa nostra con quella effettiva volontà di avvantaggiarla necessaria — appunto — ai fini della configurabilità del tipo di dolo richiesto dal concorso esterno. Orbene, v'è da chiedersi: è corretto assumere una "unitarietà di intenti" (tra mafiosi e sostenitori esterni) a presupposto o base di un dolo diretto di contribuzione? E poi, questa "unitarietà" andrebbe concepita quale comunione di intenti che si traduce anche in una vera e propria *condivisione* di obiettivi, in un atteggiamento interiore di consonanza o approvazione emotiva (se non proprio morale!) delle finalità perseguite dai sodalizi criminali? Nonostante l'ambiguità insita nelle espressioni usate dai giudici di legittimità, non sembra plausibile ipotizzare che essi pensino davvero che il dolo di concorso nel reato associativo debba addirittura caricarsi di una dimensione interiore in termini di adesione a un programma criminale condiviso. Ma, a nostro avviso e come già detto, ai fini del dolo di contribuzione strettamente necessaria non sembra neanche una vera e propria "volontà" di contribuire alla realizzazione (ancorché parziale) del programma criminoso o, comunque, delle finalità complessive dell'organiz-

15. Cass., Sez. Un. 12 ottobre 1993, Cassata, in *Mass. Uff.*, n. 195804.

zazione criminale: ribadiamo che sembra più aderente alla realtà empirica della contiguità compiacente, e più ragionevole anche in una prospettiva politico-criminale, considerare il dolo già integrato dalla volontà di aiutare l'associazione, unitamente alla consapevolezza che da tale aiuto quest'ultima ricaverà un vantaggio (a prescindere dal fatto che tale vantaggio sia strettamente "voluto" o interiormente condiviso).

4. Natura di illecito "permanente"?

Nell'ambito di alcune sentenze recenti, è andata affermandosi la tesi che attribuisce esplicitamente al concorso esterno, così come tradizionalmente alla partecipazione associativa, il carattere di illecito "permanente"¹⁶. L'assunto è condivisibile?

In realtà, non mancano altre pronunce in cui la stessa cassazione sostiene, in maniera altrettanto esplicita, che il concorso nel reato associativo è configurabile anche nel caso di un intervento unico a carattere occasionale¹⁷; ovvero che il concorrente eventuale, a differenza dei partecipi che possono essere considerati in qualche modo sempre "in servizio", « esaurisce la propria condotta criminosa con il compimento dell'operazione concordata »¹⁸.

Ora, che un contributo punibile a titolo di concorso nel reato associativo possa consistere anche in una condotta singola e occasionale, purché dotata di effettiva efficacia eziologica nell'avvantaggiare l'associazione, è un assunto — com'è noto — ampiamente condiviso pure in dottrina (almeno da gran parte degli autori che, in linea di principio, ammettono la configurabilità del concorso esterno). Se ciò è vero, quel che dovrebbe subito desumersene è che il concorso esterno non può rientrare nel novero dei reati permanenti in senso necessario o stretto, quali ad esempio il sequestro di persona o appunto l'associazione per delinquere (semplice o mafiosa). Potrebbe allora apparire più pertinente, per le ipotesi concrete nelle quali invece — come più volte è di fatto accaduto — il contributo dell'estraneo (non si esaurisce in una prestazione puntuale, bensì) consti di più prestazioni eseguite in una prospettiva di continuità, riproporre quel concetto di reato *eventualmente* permanente che larga parte della dottrina in generale utilizza (pur nel dubbio della sua effettiva utilità dogmatica) in relazione — appunto — ai vari casi in cui ci si trova di fronte a condotte produttive in concreto di offese di una certa durata, senza che però ciò sia necessario per l'esistenza del reato.

16. Cfr. Cass., Sez. VI, 10 maggio, 2007, Contrada, in *Mass. Uff.*, n. 238242; Id., Sez. V, 11 dicembre 2009, B.A. e altro, ivi, n. 246101; Id., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, ivi, n. 2523239.

17. Cass. sez. II 11 giugno 2008, Lo Sicco.

18. Cass. sez. I 17 aprile 2002.

D'altra parte, la difficoltà di considerare il concorso esterno un illecito permanente in senso stretto emerge con particolare evidenza se, così come ritiene una parte autorevole anche della dottrina contemporanea, continuiamo a considerare presupposto essenziale della permanenza la possibilità da parte del soggetto agente di porre fine alla situazione antiggiuridica. In effetti, detta possibilità appare alquanto problematica già rispetto alla (singola) condotta tipica di *partecipazione* al reato associativo in sé considerato, in quanto si tratta di un tipo di illecito che presenta sì il carattere della permanenza ma, al tempo stesso, l'ulteriore carattere della plurisoggettività necessaria: sicché, per interrompere lo stato antiggiuridico (complessivamente) derivante dall'esistenza dell'associazione criminosa, non basterebbe il recesso volontario di un solo associato, ma dovrebbero recedere anche gli altri membri dell'associazione stessa (il recesso del singolo associato si limita, tutt'al più, a sottrarre per il futuro la quota di contributo "personale" all'insieme dei contributi degli altri associati produttivi dello stato antiggiuridico complessivo).

A ben vedere, le cose si complicano ulteriormente proprio rispetto al soggetto esterno che realizza una condotta "atipica" di concorso nell'associazione, anche se caratterizzata da una certa durata: il concorrente "atipico" che interrompa volontariamente ad esempio l'esecuzione di prestazioni pattuite con un sodalizio criminale sarebbe infatti ben lungi, con ciò stesso, dal far venir meno quello stato antiggiuridico che nel reato associativo permanerebbe comunque grazie alla persistenza in servizio dei partecipi interni!

Ci sono già sufficienti ragioni, insomma, per revocare in dubbio la tesi della natura permanente (in senso stretto) del concorso esterno. D'altra parte, il fatto che nelle sentenze che la menzionano la categoria della permanenza venga richiamata in maniera generica e sintetica, e più apodittica che argomentata, sorprende fino a un certo punto. È verosimile che la cassazione sia stata indotta a richiamare la categoria della permanenza per un triplice ordine di motivi, da individuare nell'apparente analogia con la condotta partecipativa (interna), nel carattere in concreto non occasionale ma durevole delle forme di concorso esterno contingentemente *sub iudice* e, soprattutto, nella preoccupazione di scongiurare il rischio di prescrizioni che avrebbero vanificato procedimenti giudiziari lunghi e faticosi.