

Concorso esterno in associazione mafiosa: a che serve, a chi serve? (di Vincenzo Giglio)

Le convinzioni sono prigioni
Friedrich Nietzsche, *L'Anticristo*, LIV

1. Introduzione

“Il diritto penale, oggi come sempre, è un prodotto in cui si riversano tutte le pulsioni umane, buone e cattive. Risente dell’ideologia di chi lo crea e di chi lo interpreta. È permeabile a prassi e sentimenti populistici. È un ideale terreno di sperimentazioni di ogni tipo. Ha un rapporto imprescindibile ma non sempre armonioso con il sapere scientifico. Lo stesso vale per il giudizio penale. Fatto per arrivare alla verità, non sempre la afferma, talvolta la nega. Fatto a difesa sia della vittima che del carnefice, ora dimentica la prima e vezzeggia il secondo, ora beatifica la prima e travolge il secondo, ora non riesce nemmeno a distinguere l’una dall’altro. Il legislatore è in affanno, privo di conoscenza ed empatia. Il giudice tenta di orientarsi nella complessità contemporanea e di darle risposte plausibili ma talvolta si lascia tentare dalla geometrica potenza ormai connaturale al suo ruolo e si appropria di spazi che non gli appartengono. Il cittadino vive in mezzo a questo. Il diritto e la sua applicazione sono come la neve e la grandine per lui, eventi che può solo subire, nel bene e nel male”¹.

Ognuna di queste proposizioni può essere usata per giustificare l’incessante riflessione sul concorso eventuale (ma qui si preferirà il più familiare “esterno”) in associazione mafiosa.

Una fattispecie problematica, capace di generare ripetuti conflitti e incapace di assestarsi quali che siano le soluzioni di volta in volta proposte.

Un istituto divisivo che genera schiere di seguaci e detrattori.

Uno strumento di elevata capacità stigmatizzante, perfino maggiore di quella propria della fattispecie primaria poiché, se è riprovevole essere mafiosi in servizio permanente, può esserlo anche di più flirtare con la mafia secondo convenienze contingenti.

Una formidabile materia prima il cui interesse travalica il ceto di pratici, giuristi e studiosi delle discipline sociali e raggiunge l’intera collettività, la politica che la rappresenta, la storia che ne racconta il passato, il giornalismo che ne narra il presente, la letteratura che tutto fonde e trasfigura.

Un catalizzatore di neologismi o nuovi significati attribuiti a parole esistenti: zona grigia, contiguità, collusione, compiacenza e altre ancora.

Il concorso esterno è tutto questo ma rimarrebbe un mistero inesplicabile se non si riuscisse a comprendere il peso che le caratteristiche elencate hanno avuto nell’accompagnarne (stimolarne?) la nascita e gli aggiustamenti successivi.

Nella riflessione proposta la mediaticità dell’istituto sarà quindi valorizzata come criterio interpretativo tanto quanto il tenore letterale e la volontà del legislatore e tutti insieme saranno utilizzati per provare a decifrare un’operazione ancora oggi quantomai “liquida”.

Con la speranza di rispondere alle domande che fanno parte del titolo o almeno dimostrarne la legittimità.

2. La storia giurisprudenziale

Sono poche le fattispecie incriminatrici il cui percorso sia stato affaticato da travagli paragonabili a quelli del concorso esterno in associazione mafiosa.

È una storia lunga e complessa, cominciata in tempi lontani e tutt’altro che finita.

Se ne descriveranno le tappe principali.

2.1. La sentenza Demitry²: il diritto di esistere

¹ Il periodo virgolettato è tratto, con modifiche, da **V. Giglio**, *Antichi e nuovi malesseri del diritto penale*, in *Filodiritto*, 7 novembre 2018.

² Sezioni unite penali, 16/94

Tra la fine degli anni Ottanta e la prima metà degli anni Novanta dello scorso secolo si manifestò con notevole intensità il primo dei tanti dibattiti giurisprudenziali che avrebbero accompagnato la vita del concorso esterno.

Si discuteva (e nel frattempo, come sempre, si decideva delle sorti degli accusati), niente di più niente di meno, del suo stesso diritto di esistere.

Un primo e robusto schieramento³, decisamente contrario, argomentava principalmente sull'impossibilità di accostare il concorso all'associazione mafiosa poiché, se l'essenza del primo è concorrere nel medesimo reato e l'essenza della seconda è far parte dell'organismo criminale e dunque contribuirvi causalmente e consapevolmente, sarebbe stato insensato e improduttivo ipotizzare uno spazio autonomo per i concorrenti esterni ma al tempo stesso pretendere per costoro gli stessi requisiti dei partecipi.

Nello stesso arco di tempo si manifestava con pari assertività un secondo orientamento favorevole al concorso esterno⁴.

Pur tra non pochi distinguo, si osservava che, se la partecipazione implica un'adesione formale o sostanziale all'associazione e con essa un'accettazione convinta dei suoi metodi e programmi, residuava per ciò stesso uno spazio penalmente rilevante per coloro che, non avendo potuto o voluto aderire e quindi – se così si può dire - non immedesimati organicamente, apportassero comunque un contributo utile al mantenimento, al consolidamento o al miglioramento dell'associazione medesima.

Il criterio rilevante non era più dunque di tipo causale ma organizzativo e il concorrente esterno veniva configurato come individuo in grado appunto di apportare benefici alla struttura organizzativa della compagine mafiosa.

L'inconciliabilità delle due posizioni rese indispensabile l'intervento delle Sezioni unite che si pronunciarono con la nota sentenza Demitry, tornata alla ribalta più di vent'anni dopo poiché è ad essa che la Corte di Strasburgo ha attribuito la stabilizzazione giurisprudenziale del riconoscimento della legittima esistenza del concorso esterno, ed in effetti fu questo il risultato della decisione⁵.

Il ricorrente che ha dato il nome alla sentenza era accusato di concorso esterno nell'associazione camorristica capeggiata da Carmine Alfieri e Pasquale Galasso e gli si contestava specificamente di avere intermediato tra costoro e un magistrato per assicurare l'esito favorevole di un procedimento penale a carico di esponenti di quel sodalizio.

Le Sezioni unite vollero anzitutto eliminare ogni dubbio sulla matrice legislativa della fattispecie:

“Le sentenze nn. 2342, 2348 e 2699 eccepiscono, infine, che non può opporsi, a sostegno della tesi della configurabilità del concorso eventuale materiale, la lettera dell'art. 418 c.p., – che punisce l'assistenza agli associati – in quella parte, la parte iniziale, in cui dice che questa figura criminosa è applicabile «... al di fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento». L'espressione «al di fuori dei casi di concorso nel reato» – sostengono – si riferisce al solo concorso necessario e non anche al concorso eventuale. Neppure questa tesi può essere seguita.

a) Deve osservarsi, innanzitutto, che, se queste sentenze interpretano l'espressione «... al di fuori dei casi di concorso nel reato» come se dicesse «al di fuori dei casi di concorso necessario», la sentenza

³ Ne furono espressione, tra le tante, Cass. pen., Sez. I, 2342/1994 e 2348/1994. Così si legge nella motivazione di quest'ultima: *“la c.d. partecipazione esterna, che ai sensi dell'art. 110 c.p., renderebbe responsabile colui che pur non essendo formalmente entrato a far parte di una consorteria mafiosa abbia tuttavia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi, si risolve, in realtà, nel fatto tipico della partecipazione punibile, la quale deve ritenersi integrata da ogni contributo apprezzabile effettivamente apportato alla vita dell'ente ed in vista del perseguimento dei suoi scopi, mediante una fattiva e consapevole condivisione della logica di intimidazione e di dipendenza personale propria e del gruppo e nella consapevolezza del nesso causale del contributo stesso”, il che vale a dire che “l'unica forma di concorso di persone nel reato in questione è quella del concorso necessario perché ontologicamente connotata alla particolare struttura della fattispecie e conforme alla vigente normativa in tema di concorso anche in relazione a quanto specificamente introdotto dalla citata legislazione inerente alla materia della criminalità organizzata”.*

⁴ Esprimono al meglio questa posizione, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 3492/1987; Sez. I, 23/11/1992; Sez. feriale, 3663/1994; Sez. I, 23 agosto 1994.

⁵ Corte EDU, Sez. IV, Contrada c. Italia (n. 3), (Ricorso n. 66655/13), 14 aprile 2015.

n. 418 del 1989 – che è stata citata come una di quelle che esclude, nel reato di cui all'art. 416 bis, la configurabilità del concorso eventuale materiale e ammette il solo concorso eventuale «morale» – interpreta la identica espressione che si legge nel 1° comma dell'art. 307 c.p. – assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata – come se si riferisse al «concorso morale», come se escludesse l'applicabilità della norma nel caso di concorso eventuale morale.

b) Deve sottolinearsi, in secondo luogo, che, con una parte della dottrina, si può opporre che «nel comma si trovano due espressioni differenti, rappresentate dalle locuzioni “concorso nel reato” e “persone che partecipano all'associazione” che richiamano necessariamente due realtà differenti». «Pare, infatti, logico supporre che se il legislatore avesse voluto fare riferimento, all'interno dello stesso comma, per due volte alla stessa fattispecie, avrebbe utilizzato la medesima espressione e non due diverse locuzioni». «Si deve dedurre, quindi, che “concorso nel reato” non significhi partecipazione allo stesso, ma concorso eventuale esterno nel reato associativo; è da ritenersi, pertanto, che il legislatore abbia inteso ammettere esplicitamente la configurabilità di un concorso eventuale nei confronti della associazione». Si può aggiungere che altri ha notato che, se l'espressione dovesse intendersi «. . . al di fuori del concorso necessario», si tratterebbe di una insolita formulazione della clausola di sussidiarietà, che il legislatore avrebbe apposto alla tipizzazione di un data fattispecie –”. quella dell'art. 418 c.p. – l'avvertimento che non si deve trattare di una condotta di concorso necessario all'associazione mafiosa, vale a dire di un reato strutturalmente diverso, cosa che è di tutta evidenza a che, quando non lo è, viene usata, per sottolinearlo, la formula «fuori dei casi previsti nell'articolo precedente» o simili.

c) È, infine, da richiamare l'attenzione soprattutto sulla relazione ministeriale sul progetto al codice penale. La relazione, nell'illustrare l'art. 418 c.p., dice che «questa figura criminosa è tenuta distinta dai casi di concorso nel reato o di favoreggiamento» e che «infondato è il dubbio sollevato se l'inciso “fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento” si debba riferire al reato d'associazione o al reato-fine che gli associati si propongono di commettere, apparendo chiaro che il riferimento va fatto al reato di associazione per delinquere, oggetto della speciale previsione». Per la relazione, pertanto, non possono esservi dubbi sulla configurabilità del concorso eventuale, in tutte le sue forme, nel reato associativo – in allora, il solo reato di cui all'art. 416 c.p. –, visto che la stessa si premura di precisare che il concorso di cui si parla nella norma dell'art. 418 non è il concorso degli esterni rispetto al reato-fine che gli associati si propongono di commettere, sibbene il concorso rispetto al reato di associazione, che, per la distinzione, per il parallelo che la relazione fa tra quest'ultimo concorso e il concorso esterno nel reato-fine, non può non essere, anch'esso, il concorso esterno, degli esterni, nel reato di associazione. La relazione, dopo aver chiarito il significato delle espressioni «dare rifugio o fornire vitto», aggiunge, ribadendo il concetto, che la disposizione penale in questione è stata resa rigorosa, ma che «il maggior rigore si è reso necessario» anche «per la esigenza di non confondere questa speciale figura delittuosa – che, non v'è dubbio, punisce un certo contributo esterno prestato agli associati, ai partecipi – con il concorso nell'associazione per delinquere».

L'identico periodo iniziale (“Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento...”) del primo comma dei delitti di assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata (art. 307 c.p.) e di assistenza agli associati (art. 418 c.p.) divenne così la chiave di volta della sicura origine legislativa del concorso esterno.

Il collegio assunse poi come fatto scontato che la condotta tipica dell'associazione mafiosa fosse la partecipazione.

Rilevò subito dopo che può essere considerato concorrente esterno solo chi tiene una condotta atipica, dunque diversa da quella partecipativa, ma al tempo stesso e a pena di irrilevanza penale, produttiva di un'utilità da identificarsi nel contributo alla realizzazione della condotta tipica.

Seguì a questo punto un passaggio della motivazione che dimostra più di ogni altro lo sforzo argomentativo cui fu costretto l'estensore:

“si può, però, opporre che «il contributo alla realizzazione di quella condotta», è, a ben vedere, il contributo del partecipe, il quale, grazie al suo ruolo, è teso a favorire «la realizzazione di quella condotta», cioè la stabile permanenza del vincolo associativo, con la conseguenza che le due affermazioni, di cui consta la proposizione che si legge nelle sentenze nn. 2342 e 2348, alludono alla stessa realtà, sono sostanzialmente sullo stesso piano. È agevole replicare che, supposto che le cose stiano in questi termini, non si è ancora dimostrato che partecipe e concorrente eventuale siano la stessa cosa, siano sovrapponibili. Se il «contributo alla realizzazione di quella condotta è il contributo

del partecipe», altro non si dice, ancora una volta, se non che «il partecipe è partecipe», ma non si tocca il problema della configurabilità del concorso eventuale. Affermare, infatti, che quel contributo è il contributo del partecipe significa dare per certo che colui che lo dà è, per l'appunto, un partecipe, uno, cioè, che ha già posto in essere la condotta tipica, essendo e sentendosi parte della associazione e si è detto e ripetuto che, per definizione, il concorrente eventuale è colui che non pone in essere la condotta tipica, che non fa parte, non si sente parte della associazione».

Non era evidentemente sfuggita al collegio la precarietà della conclusione raggiunta in precedenza: dire che il concorrente esterno non partecipa in proprio ma contribuisce alla partecipazione altrui era un'affermazione non solo incapace di giustificare sensatamente la rilevanza autonoma del concorso esterno ma anche inservibile come chiave di lettura di comportamenti concreti.

Tuttavia, la soluzione escogitata fu non già di riconoscere l'inadeguatezza del percorso fin lì seguito ma di addebitare all'indirizzo poi sconfessato che l'obiezione, anche a darle peso, non dimostrava l'impossibilità di trovare uno spazio autonomo per il concorso esterno.

Le Sezioni unite affermarono quindi la sua esistenza non per averne provato la possibilità ma perché i "negazionisti" non avevano provato la sua impossibilità.

Null'altro fu aggiunto e, dopo il passaggio virgolettato, il collegio virò decisamente sul tema del dolo e in nessun periodo successivo fu ripreso l'argomento, men che meno risolto.

Proprio in punto di elemento soggettivo, così le Sezioni unite lo differenziarono tra partecipe e concorrente esterno:

“il partecipe [...] non può non muoversi con la volontà di far parte dell'associazione e con la volontà di voler contribuire alla realizzazione degli scopi della stessa”, mentre il concorrente esterno, cioè colui che vuole dare un contributo senza far parte del sodalizio, “vorrà la sua condotta e non la condotta di far parte dell'associazione che è la condotta tipica del partecipe”.

Confutate di seguito altre obiezioni poste dall'indirizzo "negazionista" che al momento non è rilevante approfondire, la sentenza riprese a definire in positivo il ruolo del concorrente:

“Il partecipe – si può dire – è colui senza il cui apporto quotidiano o, comunque, assiduo l'associazione non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza, il che apre la strada ad una vasta gamma di possibili partecipi, che vanno da coloro che si sono assunti o ai quali sono stati affidati compiti di maggiore responsabilità – i promotori, gli organizzatori, i dirigenti – a quelli con responsabilità minori o minime, ma il cui compito è o è pure necessario per le fortune della associazione. Costoro, però, agiscono, per lo più, come si è appena detto, nella fisiologia, nella vita «corrente», quotidiana dell'associazione. Il concorrente eventuale è, invece, per definizione, colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a «far parte», ma, al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto – e il caso, come quello di specie, dell'«aggiustamento» di un processo risponde a questa logica – nel momento in cui la «fisiologia» dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno. Certo, anche in questo caso potrebbe risultare che l'associazione ha assegnato ad un associato il ruolo di aiutarla a superare i momenti patologici della sua vita. Ma, resta il fatto che, pur tenendo conto di tutti i possibili distinguo e con tutte le approssimazioni possibili, lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita della associazione o, quanto meno, non lo spazio della «normalità», occupabile da uno degli associati. La «anormalità», la «patologia», poi, può esigere anche un solo contributo, il quale, dunque, può, come sottolinea la dottrina favorevole alla configurabilità del concorso eventuale, essere anche episodico, estrinsecarsi, appunto, in un unico intervento, ché ciò che conta, ciò che rileva è che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi”.

Mentre dunque la partecipazione ad un'associazione mafiosa era un reato di condotta, il concorso esterno veniva invece configurato come un reato d'evento posto che il contributo del concorrente, per quanto ancorato alle fasi di fibrillazione, era funzionale alla salvaguardia dell'associazione la quale è appunto l'evento del delitto di cui all'art. 416-bis.

2.2. La sentenza Carnevale⁶: il consolidamento

Negli anni successivi alla sentenza Demitry non si manifestò alcun sussulto giurisprudenziale fatta eccezione per la sentenza Villecco⁷ che, piuttosto solitariamente, ne contestò i punti cardine ma senza spingersi a indicare credibili opzioni interpretative e senza che i suoi estensori ravvisassero la necessità di interessare le Sezioni unite.

Le cose cambiarono quando arrivò all'attenzione dei giudici di legittimità il procedimento a carico di Corrado Carnevale, accusato di concorso esterno per essersi prestato, nella qualità di presidente titolare della prima sezione penale della Corte di Cassazione, a orientare illecitamente talune decisioni a vantaggio di Cosa nostra, ivi compresa quella da emettere nel cosiddetto maxiprocesso palermitano.

I difensori dell'imputato, rilevato che alla sentenza Demitry erano seguite decisioni dissonanti, chiesero e ottennero la rimessione del giudizio alle Sezioni unite.

Il collegio mosse da una convinzione:

“La necessità di ricorrere alle norme sul concorso eventuale deriva appunto dall'esigenza di assegnare rilevanza penale anche a contributi significativi resi all'organizzazione criminale da parte di chi non sia in essa considerato incluso dagli associati. Se il reato associativo, infatti, è un reato a concorso necessario, la volontà collettiva di inclusione è determinante; ma non può farsene derivare l'irrilevanza penale di comportamenti significativi sul piano causale e perfettamente consapevoli. L'art. 110 c.p. consente di assegnare rilevanza penale appunto a condotte diverse da quella tipica e ciò nondimeno necessarie o almeno utili, strumentali alla consumazione del reato [...] è indiscusso che, nella prospettiva dell'art. 110 c.p., l'apporto causale o strumentale del concorrente è per definizione atipico. E non è possibile pretendere di tipizzare solo per il concorso esterno in associazione ciò che per definizione non è tipizzabile in nessun altro caso di concorso. Questa limitazione non ha alcuna giustificazione, a meno di escluderla per tutti i reati plurisoggettivi, ciò che è invece negato dalla dottrina e dalla giurisprudenza minoritaria. Esatta appare pertanto la tanto criticata impostazione data al problema dalla sentenza DEMITRY, come la ricerca della tipicità della condotta del partecipe a fronte della ritenuta atipicità della condotta concorsuale”.

Seguì l'esegesi della condotta tipica:

“La tipologia della condotta di partecipazione è delineata dal legislatore sotto l'espressione "chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso" (art. 416 bis, comma 1). Tenuti presenti i connotati assegnati all'associazione mafiosa dal terzo comma dell'art. 416 bis, deve intendersi che "fa parte" di questa chi si impegna a prestare un contributo alla vita del sodalizio, avvalendosi (o sapendo di potersi avvalere) della forza di intimidazione del vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano per realizzare i fini previsti. Al contempo, l'individuazione di una espressione come "fa parte" non può che alludere ad una condotta che può assumere forme e contenuti diversi e variabili così da delineare una tipica figura di reato "a forma libera", consistendo in un contributo apprezzabile e concreto, sul piano causale, all'esistenza o al rafforzamento dell'associazione e, quindi, alla realizzazione dell'offesa tipica agli interessi tutelati dalla norma incriminatrice. Sicché a quel "far parte" dell'associazione, che qualifica la condotta del partecipe, non può attribuirsi il solo significato di condivisione meramente psicologica del programma criminoso e delle relative metodiche, bensì anche quello, più pregnante, di una concreta assunzione di un ruolo materiale all'interno della struttura criminosa, manifestato da un impegno reciproco e costante, funzionalmente orientato alla struttura e alla attività dell'organizzazione criminosa: il che è espressione di un inserimento strutturale a tutti gli effetti in tale organizzazione nella quale si finisce con l'essere stabilmente incardinati”.

Il collegio considerò pertanto scontata la possibilità di distinguere la partecipazione dal concorso esterno:

“se a quel "far parte" dell'associazione si attribuisce il significato testé detto, non può non affermarsi che da un punto di vista logico la situazione di chi "entra a far parte di una organizzazione" condividendone vita e obiettivi, e quella di chi pur non entrando a farne parte apporta dall'esterno un contributo rilevante alla sua conservazione e al suo rafforzamento, sono chiaramente distinguibili. Non vi è pertanto nessuna difficoltà a dare corpo giuridico a questa differenza rilevabile nella realtà

⁶ Sezioni unite penali, 22327/2003.

⁷ Cass. pen., Sez. VI, 3299/2001.

utilizzando le rispettive categorie normative della partecipazione e del concorso eventuale di persone nel reato [...] Con la conseguenza che non coglie nel segno l'obiezione secondo cui la condotta di partecipazione, così come delineata da detta pronuncia (condotta tipica consistente nel "far parte", quindi - si dice - "in un essere"), si trasformerebbe in una sorta di reato di posizione, in guisa che non sarebbe immaginabile un concorrente esterno che materialmente "contribuisce solo a far parte".

Sicché

“La diversità esistente, tra la struttura permanente del reato di associazione e quella del concorso eventuale, non determina affatto incompatibilità tra le due fattispecie. L'art. 110 c.p. si affianca, nel caso di specie, ad un reato, la cui consumazione è legata non solo all'esistenza dell'associazione, ma anche al sorgere e al permanere dell'offesa all'ordine pubblico, e nulla impedisce di considerare che il permanere di tale offesa possa essere determinato anche dall'aiuto portato da un soggetto estraneo al sodalizio, in determinati momenti della vita dell'organizzazione. Né è necessario che l'apporto stesso perduri per l'intera permanenza dell'associazione, non dovendosi, infatti, confondere l'aspetto del potenziale riconoscimento del contributo esterno in un qualunque momento della vita dell'associazione, con quello della sua durata. Non contrasta pertanto con la struttura permanente del reato associativo il fatto che la manifestazione di volontà criminosa del concorrente esterno si esaurisce nel momento della sua espressione”.

La stessa diversità fu ravvisata dal collegio riguardo all'elemento soggettivo:

“le due forme di dolo (quella del partecipe e quella del concorrente) non appaiono sovrapponibili, o almeno non lo sono perfettamente, ciò che consente anche per l'aspetto in esame la piena configurabilità del concorso esterno. La conclusione cui è pervenuta la sentenza DEMITRY va infatti condivisa, anche se - secondo il Collegio - necessitano di essere rivisitate e precisate le ragioni che la giustificano [...] tenuto conto della concezione monistica del concorso di persone accolta dal nostro legislatore penale, perché si possa affermare che i concorrenti hanno commesso "il medesimo reato", come recita la disposizione dell'art. 110 c.p., è necessario che le loro condotte risultino tutte finalisticamente orientate verso l'evento tipico di ciascuna figura criminosa. Nel reato di associazione per delinquere l'evento è la sussistenza ed operatività del sodalizio, siccome idoneo a violare l'ordine pubblico ovvero gli altri beni giuridici tutelati dalle particolari previsioni legislative, la cui attuazione avviene attraverso la realizzazione del programma criminoso. Ne consegue - di necessità - che non può postularsi la figura di un concorrente esterno, nel cui agire sia presente soltanto la consapevolezza che altri agisca con la volontà di realizzare il programma di cui sopra. Deve, al contrario, ritenersi che il concorrente esterno è tale quando, pur estraneo all'associazione, della quale non intende far parte, apporti un contributo che "sa" e "vuole" sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio. Il risultato così raggiunto [...] esige nell'atteggiamento psicologico del concorrente esterno sempre la ricorrenza di un dolo diretto”.

Il collegio esclude poi che le fattispecie di assistenza ai partecipi di banda armata, favoreggiamento personale commesso in relazione al delitto di associazione mafiosa e assistenza agli associati ostacolassero il rilievo autonomo del concorso esterno:

“tali norme sono tutte pertinenti al rapporto tra l'agente e i singoli associati, senza alcuna interferenza, dunque, con la tematica del concorso eventuale, che configura una relazione tra esterno e gruppo nel suo complesso”.

Fu peraltro precisato che questa conclusione era possibile

“senza necessariamente dover avvalorare la tesi di quanti (anche la sentenza DEMITRY) fanno leva sull'inciso "fuori dei casi di concorso nel reato" con cui si aprono gli artt. 307 e 418 c.p. (e pure l'art. 270 ter c.p.), per ammettere addirittura un riconoscimento esplicito del concorso esterno nel reato associativo già da parte del legislatore”.

Venne dunque sconfessato – forse anche denigrato come sembra suggerire quell’“addirittura” – l’argomento che la sentenza Demitry aveva considerato risolutivo per l’affermazione dell’origine legislativa del concorso esterno e che ancora oggi è proposto senza variazioni in numerose decisioni⁸.

Nel passaggio successivo la sentenza Carnevale sconfessò seccamente la necessità di correlazione tra concorso esterno e fibrillazione della vita associativa affermata dalla decisione Demitry:

⁸ Tra le altre, Cass. pen., Sez. II, 22447/2016.

“deve affermarsi che la fattispecie concorsuale sussiste anche prescindendo dal verificarsi di una situazione di anormalità nella vita dell'associazione”.

Ne seguì una diversa configurazione del contributo del concorrente esterno:

“Il vero problema è invece nella individuazione del livello di intensità o di qualità idoneo a considerare il concorso dell'agente come concorso nel reato di associazione per delinquere [...] Certo, non ogni contributo portato all'associazione può rientrare tout court nello schema del concorso eventuale. Anche qui dovranno esaminarsi: i dati fattuali della condotta "alla luce dei principi generali letti ed interpretati dal particolare angolo visuale imposto dalla interazione tra l'art. 110 e l'art. 416 bis c.p.". Ed allora dovrà dirsi che, 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" o "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 [...] Non può concordarsi, a tale riguardo, con quanti, anche tra coloro che non frappongono obiezioni sul piano dogmatico alla configurabilità in linea di principio del concorso esterno, giudicano una probatio diabolica quella tesa a dimostrare la reale incidenza di una singola condotta o anche di più condotte sulle sorti di una associazione criminale, soprattutto quando questa è di vaste dimensioni. Invero, l'accertamento del nesso causale nel concorso esterno non comporta di per sé difficoltà maggiori di quanto può comportare la individuazione di un caso di condotta interna o, più in generale, 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 complesse, e via dicendo. Anche sotto il profilo in esame, quella della configurabilità della concorrenza esterna in un reato associativo, è pertanto una operazione interpretativa sicuramente compatibile con gli standard attuali, riconosciuti legittimi de jure condito, dei margini di determinatezza ed elasticità degli istituti giuridico-penali previsti nel nostro ordinamento”.

Fu conseguenziale riconoscere che

“non è riconducibile, all'interno dello spettro delle condotte punibili di concorso eventuale, la sola "contiguità compiacente" o "vicinanza" o "disponibilità" nei riguardi del sodalizio o di suoi esponenti, anche di spicco, quando a siffatti atteggiamenti non si accompagnino positive attività che abbiano fornito uno o più contributi suscettibili, secondo i parametri prima accennati, di produrre un oggettivo apporto di rafforzamento o di consolidamento sull'associazione o anche su un suo particolare settore. Occorre, in altre parole, il compimento di specifici interventi indirizzati a questo fine. Ciò che conta, infatti, non è la mera disponibilità dell'esterno a conferire il contributo richiestogli dall'associazione, bensì l'effettività di tale contributo, e cioè che a seguito di un impulso proveniente dall'ente criminale il soggetto si è di fatto attivato nel senso indicatogli”.

Queste furono complessivamente le nuove coordinate tracciate dalle Sezioni unite Carnevale che portarono all'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata dal ricorrente per insussistenza del fatto.

Era inesigibile per qualunque forma concorsuale e quindi anche per il concorso esterno la pretesa di tipizzare una condotta atipica per definizione.

Si poteva e si doveva invece intendere il concorso esterno come un contributo alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione, rilevante anche in assenza di fibrillazioni o situazioni patologiche della vita associativa.

Il dolo del concorrente, di tipo diretto, doveva essere orientato verso l'evento tipico, cioè la permanenza in vita e l'operatività dell'associazione, ed essere alimentato dalla consapevolezza di apportare un contributo diretto alla realizzazione del programma criminoso “sociale”.

Il contributo doveva essere consistente, concreto, specifico e rilevante sicché non erano sufficienti a dargli vita atteggiamenti di mera compiacenza, vicinanza o disponibilità.

La dimostrazione del nesso causale tra condotta ed evento veniva configurata come un accertamento *ex ante*.

2.3. La sentenza Mannino⁹: l'attenzione ai limiti

Una nuova e significativa tappa del percorso del concorso esterno fu segnata dalla sentenza Mannino.

Il politico democristiano Calogero Mannino era stato accusato di concorso esterno in associazione mafiosa per avere utilizzato le sue attività, il suo potere e le sue relazioni a vantaggio di Cosa nostra allo scopo di farle ottenere provvedimenti di favore da parte di pubbliche amministrazioni e altre varie utilità.

Il suo ricorso, a richiesta della difesa, fu assegnato alle Sezioni unite.

Il collegio esordì confermando la configurabilità del concorso esterno e definì il concorrente come

“il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'affectio societatis (che quindi non ne “fa parte”), fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “Cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima”.

Precisò al tempo stesso che

“siffatta opzione ermeneutica, favorevole in linea di principio alla configurabilità dell'autonoma fattispecie di concorso “eventuale” o “esterno” nei reati associativi, postula ovviamente che sussistano tutti i requisiti strutturali che caratterizzano il nucleo centrale significativo del concorso di persone nel reato. E cioè: - da un lato, che siano realizzati, nella forma consumata o tentata, tutti gli elementi del fatto tipico di reato descritto dalla norma incriminatrice di parte speciale e che la condotta di concorso sia oggettivamente e soggettivamente collegata con quegli elementi (arg. ex art. 115 cod. pen., circa la non punibilità del mero tentativo di concorso, nelle forme dell'accordo per commettere un reato e dell'istigazione accolta a commettere un reato, non seguite però dalla commissione dello stesso); - dall'altro, che il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale, diverso ma operante in sinergia con quello dei partecipi interni, abbia avuto una reale efficienza causale, sia stato condizione “necessaria” - secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della condicio sine qua non proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate - per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto, che nella specie è costituito dall'integrità dell'ordine pubblico, violata dall'esistenza e dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti-scopo del programma criminoso. La particolare struttura della fattispecie concorsuale comporta infine, quale essenziale requisito, che il dolo del concorrente esterno investa, nei momenti della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interagire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del “medesimo reato”. E, sotto questo profilo, nei delitti associativi si esige che il concorrente esterno, pur sprovvisto dell'affectio societatis e cioè della volontà di far parte dell'associazione, sia altresì consapevole dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti metodi e fini, che lo muovono nel foro interno) e si renda compiutamente conto dell'efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione: egli “sa” e “vuole” che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio. In merito allo statuto della causalità, sono ben note le difficoltà di accertamento (mediante la cruciale operazione controfattuale di eliminazione mentale della condotta materiale atipica del concorrente esterno, integrata dal criterio di sussunzione sotto leggi di copertura o generalizzazioni e massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica) dell'effettivo nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato, come storicamente verificatosi, hic et nunc, con tutte le sue caratteristiche essenziali, soprattutto laddove questo rivesta dimensione plurisoggettiva e natura associativa. E però, trattandosi in ogni caso di accertamento di natura causale che svolge una funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito, ritiene il Collegio che non sia affatto sufficiente che il contributo atipico – con

⁹ Sezioni unite penali, 33748/2005.

prognosi di mera pericolosità ex ante – sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio ex post, si riveli per contro ininfluenza o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo”.

Stigmatizzò l'indirizzo contrario:

“L'opposta tesi, che pretende di prescindere dal paradigma eziologico, tende ad anticipare arbitrariamente la soglia di punibilità in contrasto con il principio di tipicità e con l'affermata inammissibilità del mero tentativo di concorso. D'altra parte, ferma restando l'astratta configurabilità dell'autonoma categoria del concorso eventuale “morale” in associazione mafiosa, neppure sembra consentito accedere ad un'impostazione di tipo meramente “soggettivistico” che, operando una sorta di conversione concettuale (e talora di sovvertimento dell'imputazione fattuale contestata), autorizzi il surrettizio e indiretto impiego della causalità psichica c.d. da “rafforzamento” dell'organizzazione criminale, per dissimulare in realtà l'assenza di prova dell'effettiva incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato: nel senso che la condotta atipica, se obiettivamente significativa, determinerebbe comunque nei membri dell'associazione criminosa la fiduciosa consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto del concorrente esterno, e quindi un reale effetto vantaggioso per la struttura organizzativa della stessa. Occorre ribadire che pretese difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto e degli elementi oggettivi che lo compongono non possono mai legittimare – come queste Sezioni Unite hanno già in altra occasione affermato (sent. 10 luglio 2002, Franzese, Foro it., 2002, II, 601) - un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di causalità e una nozione “debole” della stessa che, collocandosi sul terreno della teoria dell’“aumento del rischio”, finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità penale. Ed invero, poiché la condizione “necessaria” si configura come requisito oggettivo della fattispecie criminosa, non possono non valere per essa l'identico rigore dimostrativo e il conseguente standard probatorio dell’“oltre il ragionevole dubbio” che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato”.

In applicazione dei parametri stabiliti, le Sezioni unite annullarono con rinvio la sentenza di condanna inflitta al ricorrente dalla Corte territoriale.

2.4. Il procedimento Dell'Utri: “l'imputazione che non c'è”¹⁰

Nel 2012, a distanza di sette anni dalla sentenza Mannino, la Corte di cassazione¹¹ giudicò il ricorso di Marcello Dell'Utri e del PG di Palermo contro la sentenza della Corte di appello palermitana che aveva riconosciuto l'imputato responsabile di concorso esterno (in associazione a delinquere fino al 28 settembre 1982 e in associazione mafiosa da quella data in avanti).

Il collegio, dopo aver ritenuto dimostrata la responsabilità dell'imputato a titolo di concorso esterno in associazione a delinquere fino al 1977 (con conseguente formazione del giudicato interno sul punto), dichiarò inammissibile il ricorso del PG e annullò con rinvio la sentenza impugnata, demandando al giudice del nuovo giudizio di verificare se a Dell'Utri potesse addebitarsi il concorso esterno per il periodo tra il 1978 e il 1982 (periodo in cui non aveva lavorato per il gruppo FININVEST) e se lo stesso reato potesse ravvisarsi nel periodo successivo sotto il profilo soggettivo.

Non è tuttavia il contenuto della decisione di legittimità che interessa osservare quanto piuttosto la requisitoria scritta del PG di udienza.

È un atto confezionato in modo insolito, certamente assai distante dalla prassi abituale.

È un flusso di pensieri - rigorosamente formulati, s'intende – ma insieme una rivendicazione di libertà dalle tante costrizioni che un giudizio del genere (nel quale ogni elemento, l'imputato e il suo referente politico, un'imputazione così simbolica e identitaria, l'esigenza della lotta al crimine

¹⁰ L'espressione virgolettata dà il titolo al paragrafo 2 dello schema della requisitoria scritta redatta dal PG d'udienza **F. M. Iacoviello** (pubblicata su *Diritto Penale Contemporaneo* il 9 marzo 2012). Il PG sintetizzò così le sue censure alla tecnica usata dalla pubblica accusa nella formulazione del capo di imputazione. È innegabile tuttavia che la frase abbia una valenza suggestiva più ampia, riferibile *tout court* alla fattispecie del concorso esterno come lo stesso PG rese chiaro in passaggi successivi della requisitoria, ed è in questo senso che la si ricorda qui.

¹¹ Cass. pen., Sez. V, 15727/2012.

organizzato mafioso, ha un'elevata capacità di catalizzazione mediatica) potrebbe indurre in coscienze meno disposte ad abbandonare i rassicuranti percorsi già tracciati. Il PG si scrollò di dosso ognuna di quelle costrizioni e disse ciò che pensava¹².

Parlò di molte cose.

Di un'imputazione che non c'era per quanto la si cercasse, costruita come elencazione di elementi acquisiti nelle indagini e non come testo linguistico.

Dell'alterazione insanabile che una simile tecnica aveva implicato al giudizio, impedendo ai decisori di seguire l'ordine fisiologico di ogni sentenza (imputazione>motivazione>decisione) e costringendoli a creare essi stessi l'imputazione come conseguenza della motivazione la quale, a sua volta, non essendo nutrita di fatti sintetizzati in un'imputazione, diventava liquida e vanamente assertiva (e quindi motivazione>imputazione>decisione o addirittura, in ipotesi estreme, decisione>motivazione>imputazione).

Di un concorrente esterno accusato di essere tale per avere agevolato l'estorsione al suo *dominus* ma non chiamato a rispondere della stessa estorsione, così determinandosi un'accusa indeterminata e un deficit di tipizzazione della condotta contestata.

Di una fattispecie, quella del concorso esterno in associazione mafiosa, "*intrinsecamente vaga*" e dalla "*tipicità sfuggente*", "*di fatto una creazione giurisprudenziale*", "*un reato autonomo creato dalla giurisprudenza. Che prima lo ha creato, usato e dilatato. E ora lo sta progressivamente restringendo fino a casi marginali. In cassazione sono ormai rare le condanne definitive per concorso esterno. Dall'entusiasmo allo scetticismo. Ormai non ci si crede più*", che proprio per questo non poteva tollerare l'ulteriore compromissione derivante da una contestazione in fatto.

Delle tante e confliggenti e spesso non riscontrate interpretazioni offerte dalla sentenza impugnata circa il contenuto concreto asseritamente offerto dall'imputato.

Dell'insostenibilità della configurazione del concorso come reato permanente.

Della conseguente necessità di annullare con rinvio la sentenza impugnata per vizio di motivazione.

Tutto questo si poté leggere nella requisitoria del PG d'udienza che, del resto, non era nuovo a *épater le bourgeois*¹³.

Il giudizio si concluse come detto.

Seguì il nuovo dibattimento di secondo grado imposto dal rinvio e il 25 marzo 2013 la Corte di appello di Palermo condannò Dell'Utri a sette anni di reclusione, confermando il verdetto che era stato annullato nel 2012.

L'imputato fece nuovamente ricorso per cassazione ma questa volta l'esito fu il rigetto¹⁴.

Per ciò che qui interessa, i giudici di legittimità aderirono all'impostazione della sentenza Mannino ed escludono che il concorso esterno fosse ipotizzabile solo nelle fasi di fibrillazione della vita associativa.

2.5. L'incursione della Corte europea dei diritti umani: Contrada c. Italia¹⁵

Il 14 aprile 2015 la quarta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU) emise la sentenza¹⁶ che decideva la questione giuridica posta dal ricorrente Bruno Contrada.

¹² La singolarità della requisitoria e l'interesse delle sue argomentazioni attirarono l'attenzione di molti studiosi. Si segnalano tra questi **G. Fiandaca**, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, **D. Pulitanò**, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, **V. Maiello**, *Luci e ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, **P. Morosini**, *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, e **C. Visconti**, *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, tutti in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista trimestrale, 1/2012.

¹³ È sempre di **Iacoviello**, in *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, p. 281, la frase "*ora in questo Paese non sappiamo se non se ne può più della mafia o dei processi di mafia*".

¹⁴ Cass. pen., Sez. I, 28225/2014.

¹⁵ Il contenuto di questo paragrafo e di quello successivo è ricavato in massima parte da **V. Giglio**, *Contrada e i suoi "fratelli": le Sezioni unite chiamate a chiarire l'estensione applicativa della pronuncia di Strasburgo*, in *Filodiritto*, 29 maggio 2019.

¹⁶ Corte EDU, Sez. IV, Contrada c. Italia (n. 3), (Ricorso n. 66655/13), 14 aprile 2015.

Questi aveva rappresentato di essere stato condannato nel 1996 dal Tribunale di Palermo alla pena di dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa, per avere, strumentalizzando la sua qualità di alto dirigente della Polizia di Stato e capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia, contribuito alla realizzazione degli scopi illeciti di Cosa nostra.

Il giudizio di secondo grado, provocato dall'impugnazione dell'imputato e della pubblica accusa, fu definito a maggio del 2001 dalla Corte di appello di Palermo con esito favorevole per il Contrada che fu assolto per insussistenza del fatto.

Adita dal ricorso del Procuratore generale competente, la Corte di cassazione con sentenza del 12 dicembre 2002 annullò con rinvio la sentenza d'appello.

Con sentenza del 25 febbraio 2006 la Corte di appello di Palermo, giudice del rinvio, confermò la decisione di condanna emessa in primo grado.

Il Contrada ricorse e la sua impugnazione fu respinta dalla Corte di Cassazione con sentenza dell'8 gennaio 2008.

L'interessato non desistette e si rivolse alla Corte di appello di Caltanissetta chiedendo la revisione del processo.

La Corte respinse l'istanza con sentenza del 24 settembre 2011 e uguale esito negativo, con sentenza del 25 giugno 2012, ebbe pure il successivo ricorso per cassazione contro la decisione giudici nisseni.

Esaurito ogni possibile mezzo di impugnazione interno, il Contrada si rivolse ai giudici europei dei diritti umani, lamentando di essere stato condannato per una condotta la cui qualificazione in termini di concorso esterno non era prevedibile al momento in cui fu tenuta, poiché solo in un periodo successivo la giurisprudenza nazionale era giunta a un'interpretazione stabile su quella fattispecie.

La Corte EDU respinse anzitutto tutte le eccezioni di irricevibilità formulate dagli agenti dello Stato convenuto.

Iniziato l'esame delle proposizioni di merito, precisò che il proprio compito nel caso di specie era di stabilire se la normativa vigente all'epoca dei fatti contestati al Contrada definisse con chiarezza il reato di concorso esterno in associazione mafiosa e se quindi il ricorrente potesse conoscere le conseguenze penali della sua condotta.

La Corte constatò di seguito, confutando sul punto la tesi contraria degli agenti del Governo italiano, che solo a partire dal 5 ottobre 1994, in conseguenza della sentenza Demitry delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, era stata ammessa esplicitamente l'esistenza del reato per il quale il Contrada era stato condannato.

Rilevò di conseguenza che nel periodo in cui il ricorrente aveva tenuto la condotta incriminata (1979/1988) la giurisprudenza nazionale, pur avendo in più occasioni avallato la legittimità di quella fattispecie incriminatrice, non era ancora giunta al riguardo a un indirizzo interpretativo che soddisfacesse gli indispensabili requisiti di chiarezza e prevedibilità del precetto e dei suoi effetti.

La Corte affermò conclusivamente che lo Stato italiano aveva violato in danno di Bruno Contrada l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si sottolinea, per l'estrema pertinenza del dato all'oggetto di questo scritto, che nel paragrafo 66 della sentenza la Corte constatò che *“non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale”*.

2.6. La rocciosa resistenza nazionale alla decisione di Strasburgo: Italia c. Contrada e Italia c. “fratelli” di Contrada

La sentenza strasburghese non era di quelle destinate a passare inosservate.

Una vicenda giudiziaria altalenante, un protagonista che aveva rivestito ruoli pubblici di grande rilievo, una fattispecie incriminatrice controversa.

C'era dunque da attendersi un confronto non facile e neanche scontato tra la visione europea da cui è scaturita la sentenza Contrada e quella che avrebbe manifestato la giurisprudenza interna.

Chi avesse voluto azzardare una previsione poteva contare su elementi tutt'altro che univoci.

C'era un florilegio di sentenze e di posizioni dottrinali espressive di un ossequio formale all'idea di un nuovo *ius commune* europeo fondato su tutele avanzate, su sofisticati standard garantistici e sulla priorità assoluta da riconoscere alle libertà umane essenziali.

Così si legge ad esempio nell'analisi di fine 2011, curata dall'ufficio del massimario della Corte di cassazione, del rapporto tra la nostra giurisprudenza di legittimità e quella della Corte EDU:

“Un continuo intrecciarsi di “rimandi” interni sembra connotare, in particolare, i rapporti fra la Corte Suprema di Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, alimentandone così intensamente le possibilità di “dialogo”, sino a ritenere oramai non più revocabile in dubbio “che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la “forza vincolante” delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancita dall'articolo 46 della Convenzione, là dove prevede che “Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”.

Un'idea, quella del dialogo e della serena coesistenza delle tutele, condivisa da autorevoli studiosi:

“La logica del diritto internazionale dei diritti umani è sempre quella della massimizzazione delle tutele: come recita a chiare lettere l'art. 53 CEDU “nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”. Se, dunque, l'ordinamento italiano prevede che soltanto la lex parlamentaria – o atti aventi forza equiparata – siano legittimati a porre in essere norme penali, questa garanzia resta impregiudicata dall'art. 7 CEDU, che semplicemente si aggiunge alle garanzie costituzionali”¹⁷.

Non si trattava peraltro soltanto di parole.

L'11 dicembre 2015, infatti, si incontrarono a Strasburgo Giorgio Santacroce, primo presidente della Corte di Cassazione, e Guido Raimondi, presidente della Corte EDU.

Nell'occasione fu stipulato un protocollo di intesa finalizzato a diffondere e favorire lo scambio della giurisprudenza anche ai fini di una migliore e costante attuazione della CEDU e una più agevole inclusione della giurisprudenza della Corte dei diritti umani nell'ordinamento nazionale.

Al protocollo seguì, nelle giornate del 26 e 27 maggio 2016, un incontro di verifica e aggiornamento tra una delegazione della Corte di Cassazione e una della Corte di Strasburgo.

Dal report redatto dopo l'incontro, disponibile sul sito web istituzionale della Corte Suprema, si ricava che fu oggetto di discussione anche la sentenza Contrada.

Una discussione che servì tuttavia a metterne in luce la problematicità più che le concrete prospettive applicative.

Si legge infatti nel documento che

“Il tema [il riferimento va inteso alla ragionevolezza dell'interpretazione della legge penale – NDA], riproposto in sede europea dalla decisione 14 aprile 2015 della Corte europea, Contrada c. Italia, purtroppo non trova in questa sentenza adeguata soluzione, dal momento che essa (par. 66), a torto o a ragione, muove dal presupposto che il concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416-bis sia “un reato di origine giurisprudenziale”. Cogliendo la fonte dell'incriminazione nella giurisprudenza, la sentenza allora non affronta direttamente i temi collegati alle ordinarie oscillazioni dell'interpretazione del dato normativo che pure sia ragionevolmente suscettibile di ricevere la lettura poi magari accolta, in sede di composizione del contrasto giurisprudenziale, dalle Sezioni Unite. Pare dunque che laddove la lettera della legge consenta di prevedere, secondo razionali criteri di interpretazione del significato, l'esito sfavorevole per l'imputato, questi non possa ragionevolmente avvantaggiarsi di diverse valutazioni operate in altri casi”.

Accanto agli ossequi formali, al “continuo intrecciarsi di rimandi” e “alla forza vincolante delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani”, si collocarono dunque, sia prima che dopo la sentenza Contrada, tutti i distinguo di cui il nostro dibattito giuridico è capace e, sullo sfondo, la tradizionale difficoltà a cedere anche solo in minima parte la nostra “sovranità giurisprudenziale”.

¹⁷ F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, pag. 13, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2016.

L'aspettativa del confronto difficoltoso non fu dunque smentita e anzi non sembra esagerato descrivere la reazione degli interpreti nazionali in termini di scarso entusiasmo o addirittura di aperta contestazione: Italia c. Contrada, viene da dire.

Un rapido *excursus* giurisprudenziale ne darà la conferma.

A distanza di appena sei giorni dalla sentenza Contrada, la Corte di cassazione¹⁸ rigettò per manifesta infondatezza una questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. per asserito contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117, Cost., in connessione all'art. 7 CEDU.

Il collegio, chiamato a verificare l'impatto nella giurisdizione interna dei principi affermati nella pronuncia di Strasburgo, dissentì esplicitamente dalla premessa della Corte EDU, secondo la quale il reato di concorso esterno si risolveva in una creazione giurisprudenziale.

Si disse al contrario convinto, rifacendosi all'opinione manifestata dalla Consulta nella sentenza 48/2015, che tale fattispecie incriminatrice era semplicemente il frutto dell'uso congiunto di una norma incriminatrice di parte speciale con la norma che regola il concorso di persone sicché non era dato rilevare alcuna violazione del principio di legalità e, ancor prima, non ricorreva un esempio di creazione giurisprudenziale.

Le cose non cambiarono nel 2016 ed anzi il principio della derivazione legislativa del concorso esterno trovò nuove conferme¹⁹.

Risposta ugualmente negativa ebbe un quesito collaterale, se cioè la sentenza Contrada fosse idonea a mutare la sorte di procedimenti definiti con sentenza irrevocabile per fatti assimilabili a quelli attribuiti al Contrada stesso e, in ipotesi, quale fosse lo strumento più opportuno per ottenere l'effetto perseguito.

Il caso probabilmente più noto fu quello riguardante Marcello Dell'Utri²⁰.

L'interessato, dopo la condanna definitiva per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi prima del 1994, inoltrò alla Corte un ricorso straordinario ex art. 625-*bis* c.p.p. chiedendo la revoca della sentenza in applicazione dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo. Il ricorso fu dichiarato inammissibile per difetto dei presupposti legittimanti, non essendo stato riscontrato e neanche dedotto alcun errore di fatto nella sentenza impugnata. Non fu quindi necessario che il collegio decidente si confrontasse con la questione centrale degli effetti prodotti nell'ordinamento interno dalla sentenza Contrada.

Il Dell'Utri insistette, tentando in seconda istanza la carta dell'incidente di esecuzione ma non ebbe miglior sorte. Sia la Corte territoriale che la Corte suprema²¹ conclusero nel senso dell'inammissibilità.

Fu ammessa senza tentennamenti la rilevanza delle decisioni della Corte EDU anche per situazioni esterne identiche a quella decisa, sempre che fossero state affermate, esplicitamente (in applicazione dell'art. 61 del Regolamento della Corte) o implicitamente, la natura generale della fonte della violazione e la necessità di misure riparatorie collettive.

Si ritenne comunque indispensabile, ove la violazione fosse stata invocata da soggetti diversi dal ricorrente in sede europea e dipendesse dall'applicazione di una norma di legge, stimolare un incidente di legittimità costituzionale della medesima per violazione dell'art. 117 Cost.

Solo di seguito, se la questione fosse stata accolta e la norma dichiarata incostituzionale, sarebbe stato possibile chiedere la revisione del giudicato, ove occorresse una nuova cognizione di merito, o proporre un incidente di esecuzione negli altri casi.

Nel caso di specie, il collegio di legittimità ritenne che le condizioni presupposte per l'ammissibilità dell'incidente di esecuzione difettassero: la decisione di Strasburgo non poteva essere considerata un *leading case* di portata generale, le vicende processuali non erano identiche, la questione non poteva essere risolta in sede esecutiva poiché richiedeva scelte discrezionali tra differenti possibili opzioni, come tali precluse al giudice dell'esecuzione.

¹⁸ Cass. pen., Sez. II, 34147/2015.

¹⁹ Cass. pen., Sez. II, 18132/2016.

²⁰ Cass. pen., Sez. V, 28676/2016.

²¹ Cass. pen., Sez. I, 44193/2016.

Dal canto suo Bruno Contrada ebbe sì una sorte più favorevole del Dell'Utri, ma solo dopo aver superato ostacoli di non poco conto.

Dopo l'esito positivo del ricorso a Strasburgo, si rivolse al giudice interno, nella specie la Corte di appello di Caltanissetta, chiedendo la revisione del processo.

Il giudice adito, con sentenza del 18 novembre 2015, respinse la richiesta.

Questa, testualmente, è la premessa da cui partì la Corte nissena:

“al di là [...] delle suggestioni polemiche e delle esigenze di rafforzamento argomentativo che tali formulazioni possono esprimere, parlare di ‘inesistenza del reato’ e di ‘mera creazione giurisprudenziale’ del concorso esterno, per sintetizzare i contenuti della decisione della Corte EDU, costituisce se non un vero e proprio errore giuridico quantomeno una disinvolta forzatura tecnica”.

La Corte identificò quindi un solo profilo valutabile ai fini della revisione e cioè

“se Contrada all'epoca in cui attuava le condotte accertate a suo carico poteva conoscere dell'esistenza di tale reato. Ciò appare sufficiente perché nella medesima vicenda oggetto della sentenza della Corte EDU ad essa ci si conformi”.

La conclusione, negativa per l'interessato, dipese dalla constatazione che costui

“per il suo particolare ruolo, non poteva certo avere bisogno di attendere le sezioni unite Demitry, visto che il c.d. maxiprocesso di Palermo [...] celebrato nel corso degli anni '80 del secolo scorso subito dopo l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p., aveva affrontato la questione della configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa; e nei confronti di diversi imputati era stata elevata una tale contestazione anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte”.

Contrada ricorse per cassazione contro la decisione nissena e il suo ricorso venne dichiarato inammissibile per rinuncia dell'interessato²².

Nel frattempo aveva anche promosso un incidente di esecuzione dinanzi la Corte di appello di Palermo, definito l'11 ottobre 2016 con un'ordinanza di rigetto.

Seguì un nuovo ricorso per cassazione e questa volta i giudici di legittimità misero la parola fine alla lunga vicenda giudiziaria dichiarando ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza di condanna stigmatizzata da Strasburgo, dopo aver riconosciuto che l'incidente di esecuzione era lo strumento correttamente azionabile per rimuovere gli effetti negativi derivanti da una sentenza definitiva emessa in violazione dell'art. 7 CEDU²³.

Altro fuoco covava tuttavia sotto la cenere e il dibattito giurisprudenziale era tutt'altro che cessato.

Si negò ancora²⁴ l'origine giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa.

Fu respinta²⁵ la domanda di revisione europea proposta da Marcello Dell'Utri, essendosi ritenuto che la decisione Contrada c. Italia non avesse valenza generale e non esprimesse una linea interpretativa consolidata.

Fu rigettato per la stessa ragione il ricorso²⁶ presentato da tale Stefano Genco contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione che aveva respinto la sua richiesta di revoca del giudicato di condanna.

Da ultimo, nell'ambito di un giudizio riguardante lo stesso Genco, la sesta sezione penale della Corte suprema, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., ha rimesso alle Sezioni unite il quesito che segue:

“se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile”²⁷.

La vicenda sottostante al giudizio può essere così sinteticamente descritta: il ricorrente era stato condannato in via definitiva per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti esauritisi all'inizio di febbraio del 1994; si era di seguito rivolto alla Corte di appello competente chiedendo la

²² Cass. pen., Sez. V, 9439/2017.

²³ Cass. pen., Sez. I, 43112/2017.

²⁴ Cass. pen., Sez. I, 8661/2018.

²⁵ Cass. pen., Sez. IV, 27308/2019.

²⁶ Cass. pen. Sez. I, 13856/2019.

²⁷ Cass. pen., Sez. VI, 21767/2019.

revisione del processo sulla base della sentenza 113/2011 della Consulta la quale aveva dichiarato incostituzionale l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di revisione della sentenza di condanna e quindi la riapertura del processo quando fossero necessarie per la conformazione del giudizio ad una sentenza definitiva della Corte EDU; aveva richiamato a tal fine la sentenza Contrada che, a suo dire, era applicabile in via generale anche a chi non si fosse rivolto alla Corte europea; in via subordinata il ricorrente aveva chiesto che il giudice adito sollevasse la questione di legittimità costituzionale del citato art. 630 nella parte in cui non legittimava a chiedere la revisione per conformazione alle pronunce definitive della Corte EDU anche coloro che fossero rimasti estranei al procedimento in sede europea; la Corte nissena rigettò la domanda, escludendo in particolare che la sentenza Contrada avesse la portata generale prospettata dal ricorrente; l'interessato ricorse per cassazione, proponendo le medesime argomentazioni alla base dell'istanza di revisione, arricchendole di ulteriori punti e chiedendo la rimessione della questione alle Sezioni unite così da disporre di un orientamento univoco al riguardo.

Il collegio rimettente ha ritenuto anzitutto necessario verificare la misura dell'adeguamento interno alla sentenza Contrada.

Ha così rilevato che il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, insediato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, classifica la pronuncia come un *leading case*, cioè un caso che rivela l'esistenza di problemi strutturali o sistemici e che richiede pertanto l'adozione di misure generali tali da prevenire analoghe violazioni future e da esporre il nostro Paese a ricorsi seriali.

Ha inoltre accertato l'esistenza di un documento ufficiale del Governo italiano che esclude la necessità di tali misure poiché la sentenza Contrada non può essere considerata una pronuncia pilota, l'assunto ivi contenuto della creazione giurisprudenziale del reato di concorso esterno non è sostenibile, l'ordinamento nazionale prevede rimedi adeguati (l'istanza di revisione e l'incidente di esecuzione) a favore di chi si trovi in una condizione identica a quella del Contrada.

Da quel documento si ricava dunque che, a parere del Governo, la sentenza Contrada è il frutto di un duplice errore: di fatto (non rispondendo al vero che nel giudizio l'agente italiano avesse prestato acquiescenza alla tesi della derivazione giurisprudenziale del concorso esterno) e di diritto (non essendo vero che la fattispecie abbia tale derivazione).

Il collegio di legittimità ha a questo punto esposto le più significative tappe del percorso interpretativo pertinente alla questione *sub iudice*, ivi compreso quello ascrivibile alla Corte costituzionale.

Si è soffermato con particolare attenzione sui requisiti necessari, descritti proprio dalla Consulta, necessari per classificare come “diritto consolidato” o come caso pilota l'interpretazione contenuta nelle decisioni dei giudici di Strasburgo ed obbligare quindi il giudice nazionale a tenerne conto. Requisiti che non ricorrono quando vi sia il dubbio che la Corte EDU non abbia avuto a sua disposizione tutti gli elementi indispensabili per apprezzare i caratteri peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale oppure quando emerga che l'orientamento espresso in una decisione non appartenga a un'interpretazione condivisa.

Analoga attenzione è stata riservata agli strumenti che l'ordinamento offre ai cosiddetti “*figli minori*” dei ricorrenti vittoriosi in sede europea, cioè a coloro che si trovino nella stessa condizione di questi ultimi ma senza avere promosso essi stessi ricorso.

Dopo quest'ampia premessa ricognitiva, il collegio ha affrontato il cuore della questione sollecitata dal ricorrente, rilevando a tal proposito l'esistenza di un conflitto inconciliabile.

Esso riguarda in primo luogo l'individuazione del parametro di base su cui si è fondata la sentenza Contrada e nasce dalla contrapposizione tra decisioni che lo individuano nella fonte del precetto penale, fatta per di più erroneamente coincidere con la giurisprudenza (tra le altre, la sentenza Esti) ed altre che invece lo riferiscono alla qualità della base legale (tra queste, la sentenza Dell'Utri).

Il collegio non nasconde di condividere questo secondo assunto ma al tempo stesso critica la sentenza che lo ha formulato perché, anziché limitarsi a prendere atto e trarne le dovute conseguenze, ha preferito collegare la prevedibilità della rilevanza penale del fatto a un profilo

eminentemente soggettivo, addentrandosi per ciò stesso in temi che, se rilevanti per l'ordinamento interno, erano invece irrilevanti ai fini dell'applicazione estensiva della sentenza Contrada.

Il che è come dire che la sentenza dei giudici europei aveva evidenziato un deficit oggettivo della base legale della fattispecie incriminatrice e il giudice nazionale lo ha disperso in vane considerazioni sulla colpevolezza.

Nelle battute finali il collegio esplicita una proposta interpretativa:

“Si prospetta quindi una terza opzione interpretativa, più vicina al dictum della Corte EDU, secondo cui la sentenza sul caso Contrada ha inteso censurare tout court la qualità della base legale della norma incriminatrice e della pena. Accedendo a tale interpretazione, ai cosiddetti "fratelli minori" di Contrada, sempre che si ritenga non necessario investire della questione la Corte costituzionale, si dovrebbe estendere il principio, secondo cui la fattispecie di concorso esterno delineata dagli artt. 110 e 416-bis cod. pen. non potrebbe più trovare applicazione per i fatti commessi prima del cristallizzarsi dell'interpretazione consolidata delle Sezioni Unite in materia, risalente al 1994”.

Non nasconde tuttavia una precisa, forse anche preoccupata, consapevolezza:

“Le ricadute della impostazione assunta dalla Corte EDU nel caso Contrada appaiono molto rilevanti, in quanto si prestano ad essere "esportate" ogni qualvolta sia presente un contrasto giurisprudenziale, poi risolto dalle Sezioni Unite (quale espressione del "diritto vivente"), dovendosi pertanto ritenere ragionevolmente imprevedibile qualunque condanna per fatti commessi prima del "consolidamento" della giurisprudenza sfavorevole al reo. E ciò indipendentemente dalla obiettiva oscurità o equivocità del precetto derivante dalla contrastante interpretazione giurisprudenziale che giustifichi la mancata rimproverabilità all'agente”.

La motivazione dell'ordinanza di rimessione si conclude con una riflessione sui rimedi più adatti per la conformazione alle sentenze della Corte EDU:

“Dalla diversa ampiezza della portata della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada discendono implicazioni non irrilevanti anche in ordine alla tipologia di rimedio utilizzabile per conformarsi ad essa. Infatti, aderendo all'orientamento "intermedio" accolto dalla sentenza Dell'Utri, resterebbe aperta la questione della esperibilità della revisione "europea" al di fuori dei casi direttamente esaminati dal giudice europeo, risultando l'opzione seguita dalla suddetta pronuncia anch'essa controversa e problematica, come si è esposto in precedenza. La sentenza Dell'Utri ha ritenuto che l'obbligo di introdurre strumenti di "riapertura" o di "riesame" delle sentenze definitive interne sia applicabile a tutti i casi in cui possa risultare necessario, nel caso concreto, il superamento del giudicato, per adeguarsi ad una violazione sostanziale accertata dalla Corte EDU, anche al di fuori dell'esecuzione specifica richiesta dalla sentenza europea”.

Le Sezioni unite²⁸ hanno risolto la questione chiarendo che

“I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata”.

Al di là delle ragioni tecniche che sorreggono il punto di diritto, merita di essere rimarcata la straordinaria puntigliosità delle critiche che il massimo organo nomofilattico ha indirizzato alla pronuncia della Corte EDU.

Si esprime sorpresa per l'inedito rigore della sentenza e si intravede il ben diverso esito che il ricorso di Contrada avrebbe potuto avere se solo si fosse riconosciuta la giusta importanza alla funzione evolutiva dell'interpretazione giurisprudenziale:

“Nel panorama delle decisioni della Corte dei diritti fondamentali l'inedito rigore col quale è stata risolta la vicenda Contrada, che avrebbe conseguito un ben diverso epilogo, se soltanto fosse stata apprezzata alla luce del criterio soggettivo o di quello basato sulla considerazione sociale, si contraddistingue, oltre che per il metro di apprezzamento della prevedibilità, anche per il fatto di avere superato i rilievi in precedenza ed anche in seguito espressi sul necessario ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all'interpretazione giurisprudenziale, quale fattore ineliminabile di progressiva chiarificazione delle regole legislative e di possibile violazione dell'art. 7 CEDU soltanto

²⁸ Sezioni unite penali, 8544/2020.

quando non congruente con l'essenza del reato e sviluppo non conoscibile rispetto alla linea interpretativa già affermata”.

Si critica come inadeguato e frutto di scorrette percezioni

“il carattere peculiare della decisione in esame, condivisibilmente definito atipico o anomalo da parte della dottrina e meritevole di più attenta rielaborazione, anche perché basato su presupposti di fatto non correttamente percepiti: essa si inserisce in un contesto in cui, per la vocazione naturalmente casistica delle decisioni, risulta mutevole e di volta in volta diverso il criterio adottato per riconoscere la prevedibilità dell'esito giudiziario”.

Si affronta il cuore della questione e si sceglie la contrapposizione frontale con la decisione dei giudici europei dei diritti umani:

“è singolare e non rispondente al reale contenuto delle decisioni adottate nel panorama giurisprudenziale interno sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa, intervenute prima del 1994, l'affermazione circa la «creazione giurisprudenziale» della fattispecie. L'errore che vi si annida, indotto dalla concorde deduzione delle parti, non riguarda tanto l'individuazione del formante della regola applicata, pronuncia giudiziale in luogo di atto legislativo, che di per sé non si concilia col principio, proprio dell'ordinamento nazionale, di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. e crea insormontabili difficoltà di adattamento al sistema di legalità interno, in cui la giurisprudenza ha soltanto una funzione dichiarativa (Corte cost., sent. n. 25 del 2019) e di cui la Corte europea pare non essersi avveduta, quanto piuttosto la totale pretermissione della considerazione della base legislativa dalla quale muoveva l'interpretazione poi accolta dalle Sezioni Unite Demitry. La configurabilità come reato del concorso esterno in associazione mafiosa non è stato l'esito di operazioni ermeneutiche originali e svincolate dal dato normativo, operate dalla giurisprudenza di legittimità ex abrupto in termini innovativi rispetto allo spettro delle soluzioni praticabili già affermate; al contrario, discende dall'applicazione in combinazione di due disposizioni già esistenti nel sistema codicistico della legge scritta, pubblicata ed accessibile a chiunque, ossia degli artt. 110 e 416-bis cod. pen”.

Si afferma che, qualunque orientamento fosse riuscito a prevalere, non sarebbero comunque venute meno l'incriminazione e la punizione di condotte come quella tenuta da Contrada:

“Nella sentenza della Corte EDU non si rinviene nemmeno una posizione coerente con i suoi precedenti pronunciamenti quanto all'incidenza del contrasto interpretativo, attinente al solo profilo della qualificazione giuridica del fatto illecito, sulla reale capacità di previsione dell'esito giudiziario da parte del cittadino. Si è osservato da parte della dottrina, e si condivide il rilievo, che le divergenti definizioni giuridiche date al contributo dell'extraneus ed il numero limitato di opzioni alternative, individuate in giurisprudenza, rendevano conoscibile in via anticipata al momento del compimento della condotta la possibile adozione di una delle soluzioni in discussione, conducenti in ogni caso all'incriminazione ed alla punizione, senza che la stessa potesse manifestarsi quale effetto a sorpresa, quale risposta giudiziaria postuma, improvvisa ed inedita, tale da sorprendere l'affidamento del soggetto agente come formatosi al momento del compimento dei fatti, in cui erano già presenti segnali discernibili, anticipatori del realizzarsi dell'incriminazione e della punizione”.

Si esprime preoccupazione per le conseguenze negative che un'accentuazione del requisito della prevedibilità potrebbe generare a danno della libertà interpretativa del giudice di legittimità:

“un eccessivo irrigidimento del criterio della prevedibilità dell'esito processuale in senso oggettivo finirebbe per precludere alla Corte di cassazione, cui questa attività compete istituzionalmente, di individuare una nuova soluzione esegetica sfavorevole all'imputato, ma rispettosa dell'essenza del reato tipizzato dalla legge, quindi perfettamente ragionevole e coerente con il testo normativo, ciò solo per il suo carattere innovativo, per l'assenza di casi precedenti già risolti, o perché preceduta da contrasti sulla corretta lettura del testo stesso. Tanto comporterebbe una limitazione dei poteri decisorii del giudice di legittimità”.

Preoccupazione tanto più legittima se si considera che occorre riconoscere al giudice

“un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente 'creativa' della interpretazione, la quale, senza varcare la 'linea di rottura' col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima”.

Si completa così la demolizione della sentenza dei giudici europei dei diritti umani: Italia c. “fratelli” di Contrada.

Resta solo da dire, per completezza informativa, che qualche mese fa la Corte EDU ha dichiarato ammissibile il ricorso di Vincenzo Inzerillo, ex parlamentare democristiano condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti antecedenti al 1994.²⁹

Se i giudici europei adottassero anche in questo caso gli stessi parametri del 2015, la resistenza nazionale ad oltranza sarebbe di certo più complicata.

2.7. La sentenza Chiocchini³⁰: il ritorno all'antica

Di recente, le Sezioni unite penali sono state chiamate a chiarire se l'aggravante dell'associazione mafiosa inserita nell'art. 416-bis.1 c.p. abbia natura soggettiva o oggettiva.

Il collegio ha optato per la prima soluzione, inquadrando l'aggravante tra quelle inerenti ai motivi a delinquere.

La parte di interesse della sentenza Chiocchini è quella, definita “*delicata*”, riservata alla “ricostruzione dello spazio di autonomia tra la fattispecie aggravata dalla finalità agevolatrice ed il concorso esterno in associazione mafiosa”.

Il collegio argomenta così:

“quel che caratterizza il concorrente esterno rispetto all'autore dell'illecito aggravato è che solo il primo ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorché unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo. Inoltre perché possa dirsi realizzata la fattispecie delittuosa si richiede che si verifichi il risultato positivo per l'organizzazione illecita, conseguente a tale intervento esterno, che si caratterizza per la sua infungibilità. Non a caso elemento differenziale della condotta è l'intervento non tipico dell'attività associativa, ma maturato in condizioni particolari (la cd. fibrillazione o altrimenti definita situazione di potenziale capacità di crisi della struttura), che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attività. Rispetto allo sviluppo dello scopo sociale l'azione del concorrente esterno si contraddistingue da elementi di atipicità ed al contempo di necessità in quel particolare ambito temporale. Gli elementi costitutivi appena richiamati sono estranei alla figura aggravata, con cui condivide solo la necessità dell'esistenza dell'associazione mafiosa, mentre nella forma circostanziale l'utilità dell'intervento può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo, e del tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e, soprattutto, non necessariamente produttiva di effetti di concreta agevolazione”.

Queste argomentazioni non sono incluse nel punto di diritto strettamente inteso ma certo non se ne può sottovalutare l'importanza, non foss'altro che per la funzione dell'organo da cui provengono.

Spicca il ritorno all'antica, alla sentenza Demitry per l'esattezza, con la riproposizione della necessità del collegamento tra il contributo del concorrente esterno e la situazione di fibrillazione o crisi dell'associazione criminale.

3. La declinazione pratica del concorso esterno

È quantomai vasto l'ambito dei comportamenti, e dei ceti sociali cui appartengono i loro autori, ai quali sono state attribuite le stimmate del concorso esterno, talmente vasto da incrociarsi con ciascuno dei settori portanti del Paese e dunque le istituzioni, la politica, l'economia e le professioni.

Quest'area complessiva, variamente denominata “zona (o anche area) grigia” o della “collusione” o “contiguità” mafiosa, accomuna gli individui partecipi della società civile disponibili ad entrare in relazione con esponenti di organismi mafiosi ed assicurargli prestazioni che, come si è visto, devono servire a

*“incrementare il macro-evento rappresentato dalla esistenza e permanenza dell'associazione”*³¹.

²⁹ La notizia è stata data tra gli altri da **D. Aliprandi**, *Ok della CEDU al ricorso di un “fratello minore” di Bruno Contrada*, in *Il Dubbio News*, 9 ottobre 2020.

³⁰ Sezioni unite penali, 8545/2020.

³¹ Cass. pen., Sez. I, 452/2019.

Non è dunque indispensabile un sinallagma, non essendo richiesto che gli individui grigi o collusi o contigui perseguano e realizzino anche vantaggi propri, ma, ove si aggiunga questa finalizzazione, peraltro piuttosto scontata, il concorso esterno non ne sarà indebolito o escluso.

3.1. Le condotte

La declinazione casistica di queste coordinate d'insieme è ampia e inizia a manifestarsi già nell'**individuazione e nelle modalità di contestazione delle condotte** ritenute significative del concorso esterno.

Si ricorrerà ad alcuni esempi concreti, in parte tratti dalle stesse vicende giudiziarie analizzate in precedenza.

Si è citata la sentenza Mannino del 2005.

Calogero Mannino era ed è una persona, prima che un caso giudiziario.

A questa persona in carne e ossa fu appunto contestato il concorso esterno

“per avere - avvalendosi del potere personale e delle relazioni derivanti dalla sua qualità di esponente di rilievo della Democrazia Cristiana siciliana, di esponente principale di una importante corrente del partito in Sicilia, di segretario regionale del partito nonché di membro del consiglio nazionale dello stesso - contribuito sistematicamente e consapevolmente alle attività e al raggiungimento degli scopi criminali di Cosa nostra, mediante la strumentalizzazione della propria attività politica, nonché delle attività politiche ed amministrative di esponenti della stessa area, collocati in centri di potere istituzionale (amministratori comunali, provinciali e regionali) e sub-istituzionali (enti pubblici e privati) onde agevolare l'attribuzione di appalti, concessioni, licenze, finanziamenti, posti di lavoro ed altre utilità in favore di membri di organizzazioni criminali di stampo mafioso”.

L'architrate della contestazione fu dunque individuato nella correlazione tra la **strumentalizzazione funzionale** e l'**agevolazione** dell'ottenimento di varie utilità a favore di mafiosi di Cosa nostra.

Non venne tuttavia fornita alcuna aggiunta descrittiva che consentisse di comprendere come fosse avvenuta la strumentalizzazione, quali sarebbero state in concreto le utilità, se l'agevolazione avesse avuto buon fine, chi sarebbero stati i destinatari, in che modo l'attribuzione di quei vantaggi piuttosto che limitarsi alla loro sfera personale sarebbe ridondata a favore di Cosa nostra nella sua interezza.

È chiaro allora che questi indispensabili elementi di chiarezza, richiesti a pena di nullità dal combinato disposto dei commi 1, lettera c) e 2 dell'art. 429 c.p.p., furono proposti non nell'atto fisiologicamente destinato a contenerli ma negli elementi conoscitivi acquisiti nelle indagini e di seguito offerti al giudice per il tramite dell'istruttoria dibattimentale.

Un'altra contestazione in fatto, così l'avrebbe chiamata il PG Iacoviello.

Un ulteriore caso degno di nota è stato quello del procedimento Dell'Utri, conclusosi come si è visto con la sua condanna definitiva.

Così fu confezionato il manifesto d'accusa:

“mettendo a disposizione [di Cosa nostra] l'influenza e il potere derivante dalla sua posizione di esponente del mondo finanziario e imprenditoriale, in tal modo partecipando al mantenimento ed al rafforzamento, oltre che all'espansione dell'associazione medesima: ciò attraverso la partecipazione a incontri con esponenti di vertice di Cosa nostra, e intrattenendo tramite essi [...] rapporti continuativi con la associazione e quindi determinando nei capi di Cosa nostra la consapevolezza dell'assunzione di responsabilità, da parte del Dell'Utri medesimo, di assumere condotte volte ad influenzare, a vantaggio dell'associazione per delinquere, soggetti operanti nel mondo istituzionale e imprenditoriale”.

A questa prima contestazione, che copriva un periodo da epoca imprecisata fino al 28 settembre 1982, ne fu aggiunta una seconda che copriva il periodo successivo,

“con condotte analoghe a quelle descritte sopra”.

La vicenda sottostante a questo giudizio, soprattutto nella parte attinente al ruolo protettivo verso le pressioni estorsive mafiose che Dell'Utri avrebbe assunto a favore di Silvio Berlusconi, è talmente nota da rendere inutile qualunque riepilogo.

Qui interessa piuttosto prendere atto degli snodi cruciali della contestazione: il perno è la “**messa a disposizione**” del patrimonio relazionale dell’accusato, il risultato è il **rafforzamento di Cosa nostra**, in mezzo gli incontri con mafiosi di vertice. Null’altro.

Accanto a questi casi che hanno conquistato la ribalta nazionale per la notorietà degli accusati e la conseguente mediaticità dei relativi giudizi, ce ne sono molti altri che, pur ignoti al grande pubblico, vanno iscritti significativamente nel percorso di messa a punto delle forme di contestazione del concorso esterno.

Si segnala anzitutto in questo secondo gruppo il caso di un dirigente tecnico di un ente locale, accusato di avere, in tale sua qualità,

*“contribuito, senza farne parte, al rafforzamento, alla conservazione ed alla realizzazione degli scopi dell’associazione armata denominata ‘ndrangheta, in particolare consentendo a un esponente di spicco della associazione, di influenzare le principali scelte dell’ufficio comunale diretto in funzione degli interessi e delle strategie dell’organizzazione, per garantire l’infiltrazione della stessa nel settore degli appalti pubblici e nella gestione dei flussi di spesa da ciò derivanti, nonché per avere agevolato gli interessi di imprenditori collusi con l’associazione”*³².

Da questo capo di imputazione emerge un’ulteriore tipologia comportamentale: il **consenso a mafiosi di influenzare le scelte di una pubblica amministrazione**, dunque una sorta di cessione di sovranità amministrativa, al quale conseguono l’**infiltrazione** dell’associazione criminale nel settore degli appalti pubblici e la connessa **agevolazione degli imprenditori collusi**.

Il dizionario si arricchisce così di altri lemmi: **influenza**, **infiltrazione** e **collusione**.

Proprio la collusione occupa la scena in un giudizio nei confronti di alcuni imprenditori accusati e condannati nelle fasi di merito di aver fatto parte di un’associazione mafiosa con la quale avrebbero stipulato un rapporto di scambio: costoro avrebbero acquisito una posizione dominante nel mercato degli appalti di opere pubbliche e l’associazione a sua volta avrebbe acquisito risorse finanziarie e informazioni utili per il compimento di illeciti estorsivi.

Giunta la vicenda alla fase di legittimità, la Cassazione³³ mette a fuoco la nozione di **imprenditore colluso** e la colloca più propriamente nell’area del concorso esterno, distinguendola da quella dell’**imprenditore vittima**: è colluso chi si inserisce in un sinallagma da cui ricava benefici, è vittima chi scende a patti solo per limitare i danni; in altri termini è colluso chi riesce a trasformare la pressione mafiosa di cui è vittima in un’opportunità vantaggiosa; è vittima chi sopporta i danni senza trarne alcun vantaggio.

Così, altrove³⁴, è descritta la differenza:

“Il tema dei rapporti tra imprenditori e mafia è stato negli ultimi anni più volte affrontato dagli studiosi della materia, sotto il profilo sia sociologico sia giuridico, ed è sempre più frequentemente oggetto di esame nei provvedimenti giudiziari, specialmente, per ovvie ragioni, in quelli relativi alle misure di prevenzione patrimoniali, che possono incidere direttamente sui beni dell’imprenditore, anche quando - come solitamente avviene - l’impresa sia esercitata in forma societaria. I rapporti che concretamente si possono instaurare tra imprenditori e mafia si risolvono di solito o nel rapporto di protezione-estorsione, o in quello relativo alla manipolazione degli appalti pubblici, o altre agevolazioni; e l’atteggiamento dell’imprenditore nei confronti dell’associazione mafiosa può essere non solo quello dell’imprenditore vittima o comunque subordinato, ma anche di tipo strumentale, clientelare o collusivo. A queste ultime due situazioni può corrispondere la formazione della cosiddetta impresa mafiosa, che trova fondamento normativo nell’art. 416 bis c.p. e che è espressione della tendenza delle associazioni mafiose a svolgere attività produttive, commerciali e finanziarie mediante l’utilizzo di capitali di provenienza illecita, ovvero avvalendosi nell’esercizio dell’attività imprenditoriale delle tipiche modalità operative dell’associazione, cioè la forza di intimidazione del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, che fungono da componenti anomale dell’avviamento”.

Una differenza che in altre occasioni viene declinata tramite le espressioni “contiguità compiacente” e “contiguità soggiacente”³⁵.

³² La vicenda, limitatamente al procedimento cautelare, è trattata da Cass. pen., Sez. VI, 16500/2017.

³³ Cass. pen., Sez. VI, 37726/2014.

³⁴ Cass. pen., Sez. VI, 27806/2017.

Comunque sia, e a prescindere dal valore descrittivo delle formule coniate di volta in volta, il fenomeno della collusione imprenditoriale è ben lontano da un inquadramento univoco. Se infatti, come si è visto, c'è chi ritiene che debba essere riportato nell'area del concorso esterno, non mancano ed anzi abbondano visioni interpretative che lo classificano alla stregua di una vera e propria partecipazione associativa.

Rientra a pieno titolo in questo secondo indirizzo interpretativo il caso dell'imprenditore che assume il ruolo di "garante ambientale" (o con ancora maggiore pretesa descrittiva "garante della sicurezza ambientale") della cosca di riferimento, prestandosi a fare da tramite tra questa e gli operatori economici di un determinato territorio così che costoro possano fare "il loro dovere" e riconoscere al gruppo egemone tutti i privilegi che gli spettano³⁶.

È considerato ugualmente partecipe l'imprenditore colluso che tiene la contabilità delle attività di usura svolte dalla cosca³⁷, che approfitta della capacità intimidatoria dell'associazione mafiosa per indurre funzionari pubblici ad affidargli indebitamente appalti³⁸, che mette a disposizione della cosca autovetture e armi³⁹.

Sono state ricondotte invece nell'area del concorso esterno la condotta di un imprenditore che ha ottenuto il monopolio in un determinato quartiere della gestione di videopoker retrocedendo a Cosa nostra una parte dei proventi⁴⁰ e quella analoga dell'imprenditore che, trasportando rifiuti presso un termovalorizzatore, ha sovrappagato il compenso dovutogli dalla società che lo gestiva, così consentendole di occultare il "pizzo" da versare all'associazione mafiosa⁴¹.

La casistica offre poi ulteriori sfumature che però non aggiungono nulla al conflitto e lasciano intatte le complicazioni attuative che ne derivano.

Tanto è vero che i suoi stessi artefici hanno avvertito la necessità di disinnescarlo e lo hanno fatto in questi termini:

*“se le nozioni di «imprenditore colluso» e di «imprenditore vittima» offrono all'accertamento giudiziario un punto di riferimento per tracciare il confine dell'area dei fatti penalmente rilevanti, resta imprescindibile la ricostruzione della fattispecie concreta alla luce del fatto tipico, secondo le direttive interpretative offerte dalla giurisprudenza di legittimità e in forza del rigoroso vaglio dei dati conoscitivi acquisiti accompagnato dalla rigida osservanza del dovere di motivazione”*⁴².

Le alternative colluso/vittima e compiacenza/soggezione degradano così a mero spunto e il nuovo spirito guida viene individuato in un percorso predefinito (vaglio rigoroso dei dati conoscitivi e motivazione puntuale nel rispetto delle direttive impartite dalla giurisprudenza di legittimità) che non potrebbe essere più tautologico e autoreferenziale.

Del resto, a conferma della debolezza del criterio distintivo possono essere citate le tante pronunce in cui si riconosce che

*“La mera "contiguità compiacente", così come la "vicinanza" o "disponibilità" nei riguardi di singoli esponenti, anche di spicco, del sodalizio, non bastano per integrare la condotta di partecipazione a una associazione a delinquere di stampo mafioso, se non è dimostrato che la vicinanza a soggetti mafiosi si sia tradotta in un effettivo contributo causale rilevante ai fini della conservazione o del rafforzamento della consorteria”*⁴³.

Non solo. All'interno del vasto ambito degli imprenditori "collusi", c'è chi ha proposto la distinzione tra imprenditori clienti e imprenditori strumentali: i primi instaurano con le associazioni

³⁵ Usata fin da Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib. È degno di nota che queste formule abbiano preso piede anche in ambito extra-penale, ad esempio nel linguaggio prefettizio usato nella motivazione delle informazioni interdittive antimafia e nella relativa giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato.

³⁶ Cass. pen., Sez. V, 50130/2015.

³⁷ Cass. pen., Sez. V, 3019/2018.

³⁸ Cass. pen., 49093/2015.

³⁹ Cass. pen., Sez. II, 24771/2015.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. V, 30133/2018.

⁴¹ Cass. pen., Sez. VI, 25261/2018.

⁴² Cass. pen., Sez. V, 43639/2017.

⁴³ Cass. pen., Sez. VI, 40746/2016, richiamata adesivamente da Cass. pen., Sez. VI, 22804/2020.

mafiose relazioni stabili e convenienti per ambo le parti; i secondi si accontentano di accordi occasionali e di durata limitata⁴⁴.

Ciò che rimane è una babele linguistica e semantica la quale consente contestazioni largamente influenzate da visioni e sensibilità particolari che sarebbe vano tentare di ricondurre ad unità⁴⁵.

3.2. I ceti

Si è rilevata in precedenza l'ampiezza della platea delle categorie entrate nell'area del concorso esterno.

Del **ceto imprenditoriale** si è detto.

Vi sono stati fatti poi rientrare i **“professionisti dell'area legale”**⁴⁶, essenzialmente gli avvocati, distinguendo in questi termini l'area della partecipazione da quella del concorso esterno:

*“Il professionista nell'area legale (avvocato, notaio) che non si limiti a fornire al proprio cliente, che sia partecipe di una associazione a delinquere ex art. 416-bis, consigli e pareri mantenendosi nell'ambito di quanto legalmente consentito ma si trasformi nel consigliere di fiducia del capo di una associazione mafiosa in quanto conoscitore delle leggi e dei modi per eluderle ("consiglieri", nel gergo italo-americano), assicurando un'assistenza tecnico legale finalizzata a suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenta della legge, risponde del delitto di partecipazione all'associazione, se ricorrono gli ulteriori presupposti della affectio societatis e dello stabile inserimento nella sua struttura organizzativa. Quando manchino questi ulteriori presupposti, rimane configurabile il concorso esterno se la condotta costituisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo (di natura materiale o morale) dotato di apprezzabile rilevanza causale per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso dell'associazione: in altri termini, per integrare l'elemento oggettivo nel concorso nel reato associativo è sempre necessario che il contributo del concorrente valga a conservare o rafforzare le capacità operative dell'associazione e non soltanto gli interessi personali di alcuni suoi appartenenti, anche se identificabili con i soggetti costituenti il nucleo egemone all'interno dell'associazione”*⁴⁷.

E ancora:

*“In tema di associazione di tipo mafioso, integra la condotta di "concorso esterno" l'attività del professionista che, in esecuzione di una promessa fatta ai vertici dell'associazione mafiosa, assicuri il suo concreto impegno nell'irregolare gestione di un procedimento giudiziario, posto che il sodalizio si rafforza comunque per effetto di quel contributo, non essendo necessario che i propositi delittuosi siano stati concretamente realizzati”*⁴⁸.

Ma finanche:

*“integrano gli estremi della condotta di concorso esterno anche le prestazioni rese da un professionista del settore legale che, seppur astrattamente dovute in favore di chiunque ne faccia richiesta, devono essere rifiutate allorché possa ragionevolmente ritenersi che riguardino atti od operazioni illecite compiute da soggetti mafiosi”*⁴⁹.

⁴⁴ **R. Sciarbone**, *Il rapporto tra mafia e imprenditorialità in un'area della Calabria*, in *Quaderni di sociologia*, Volume XXXVII, n. 5, 1993.

⁴⁵ Sono molti gli studiosi che hanno rilevato l'ambiguità strutturale dei criteri ai quali è affidata la selezione delle condotte imputabili a titolo di concorso esterno, le rilevanti incertezze applicative che ne derivano e il danno arrecato al principio di tipicità. Per la loro particolare pertinenza al tema della collusione imprenditoriale, si segnalano, senza pretese di completezza: **G. Amarelli**, *Contiguità mafiosa e controllo penale: dall'euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, 2018; **S. De Flammeneis**, *Impresa mafiosa ed impresa vittima: segmenti di intersecazione e la figura del concorrente esterno estorto* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2018; **L. Giordano**, *L'imprenditore e l'associazione di tipo mafioso: il "colluso" e la "vittima"*, in *Il Penalista*, 16 febbraio 2018; **E. Montani**, *Partecipazione e concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso: un confine liquido*, Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata, Vol. 2, n. 4, 2016.

⁴⁶ Per un'ampia rassegna della questione, si rinvia a **G. Insolera** e **L. Zilletti**, *Il rischio penale del difensore*, Milano, Giuffrè, 2009 e, assai più di recente, **E. Damante**, *Da consigliere a "consiglieri": la responsabilità penale del difensore nei procedimenti di criminalità organizzata, tra ermeneutica di garanzia ed esigenze di politica criminale*, in *Filodiritto*, 19 ottobre 2020.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. VI, 58411/2018.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. VI, 32373/2019.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. VI, 32373/2019.

Uguale attenzione è stata riservata agli **esponenti politici**.

Il punto di partenza è che

“Non appaiono sussistere particolari ragioni per distinguere l'ipotesi del politico colluso da quella dell'imprenditore colluso, cosicché deve concludersi che in entrambe le ipotesi è necessario che il concorrente esterno non solo si sia impegnato a contribuire al perseguimento delle finalità dell'associazione criminale, ma abbia effettivamente apportato un concreto contributo avente rilevanza causale”⁵⁰.

Il versante più esplorato, comprensibilmente, è quello della strumentalizzazione delle funzioni già ricoperte o da ricoprire dopo eventuali e sperati successi elettorali.

Si afferma, in via generale, che

“Il fenomeno dei rapporti mafia-politica è [...] riconducibile alla fattispecie di concorso esterno nell'associazione ex art. 416-bis cod. pen. quando, in mancanza di prova dell'organico inserimento, si sia appurata l'esistenza di relazioni tra esponenti politici anche locali ed organizzazioni criminali, rappresentate da membri delle stesse, in virtù dei quali, ottenuto l'appoggio elettorale ovvero altro tipo di sostegno "politico", a seguito dell'esito elettorale il rappresentante politico si impegni ad assicurare corrispettivi in termini di appalti, forniture, atti amministrativi comunque favorevoli all'organizzazione ovvero "consegna" ad esponenti del gruppo criminale la macchina amministrativa comunale o singole branche, permettendo una totale o comunque pervasiva presenza di rappresentanti della cosca all'interno della stessa che la gestiscano di fatto ed in concreto nel proprio esclusivo interesse”⁵¹.

Sempre in via generale si ammette che

“Integra la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa la promessa di un esponente politico di favorire, in cambio del sostegno elettorale, il sodalizio nei futuri rapporti con la pubblica amministrazione”⁵².

Ed ancora:

“nel caso di un patto di scambio politico-mafioso, quando, a seguito dell'accordo, il sodalizio criminale inizi ad attivarsi per l'accaparramento dei voti necessari all'elezione del politico (alterando così il sistema democratico che dovrebbe governare l'elezione ed attuando «la finalità di impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali», previsto dall'art. 416-bis, comma 3, cod. pen.) e quest'ultimo mantenga fermo l'impegno serio e concreto di agire, una volta eletto, per gli interessi e vantaggi dell'organizzazione delinquenziale, non è necessario individuare la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta dell'extraneus e il mantenimento o il rafforzamento della consorte”⁵³.

Si precisa che

“Il concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso è configurabile anche nell'ipotesi del "patto di scambio politico-mafioso", in forza del quale un uomo politico, non partecipe del sodalizio criminale (dunque non inserito stabilmente nel relativo tessuto organizzativo e privo dell'affectio societatis) si impegna, a fronte dell'appoggio richiesto all'associazione mafiosa in vista di una competizione elettorale, a favorire gli interessi del gruppo. Per la integrazione del reato è necessario che: a) gli impegni assunti dal politico a favore dell'associazione mafiosa presentino il carattere della serietà e della concretezza, in ragione della affidabilità e della caratura dei protagonisti dell'accordo, dei caratteri strutturali del sodalizio criminale, del contesto storico di riferimento e della specificità dei contenuti; b) all'esito della verifica probatoria "ex post" della loro efficacia causale risulti accertato, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé ed a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali”⁵⁴.

Non mancano però pronunce che pretendono la prova dell'avvenuta controprestazione:

⁵⁰ Cass. pen., Sez. V, 35564/2019.

⁵¹ Cass. pen., Sez. II, 56088/2017.

⁵² Cass. pen., Sez. I, 8531/2013.

⁵³ Cass. pen., Sez. II, 8028/2015.

⁵⁴ Sezioni unite penali, 33748/2005, Mannino.

“Il concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso è configurabile anche nell'ipotesi del "patto di scambio politico-mafioso", in forza del quale un uomo politico, non partecipe del sodalizio criminale, si impegna, a fronte dell'appoggio richiesto all'associazione mafiosa in vista di una competizione elettorale, a favorire gli interessi del gruppo nei futuri rapporti con l'Amministrazione. A tal fine occorre provare la controprestazione da parte del politico e cioè individuare le concrete condotte successivamente poste in essere per favorire l'associazione mafiosa”⁵⁵.

Si chiude questo riquadro con una decisione cautelare che ha riguardato un politico non più in carica e che esprime assai bene l'effetto inerziale di una contestazione per concorso esterno:

“nella fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso di soggetto decaduto dalle cariche pubbliche e di partito costituenti il presupposto fattuale della condotta contestata, la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari non è vincibile sulla base di un'astratta applicazione della massima di esperienza secondo cui le organizzazioni camorristico-mafiose non hanno interesse a servirsi di politici «bruciati», ma sono solite individuare referenti politici «dal potere in ascesa», dovendosi, invece, verificare la continuità dei rapporti dell'indagato o dell'imputato con gli ambienti criminali e la eventuale persistenza degli interessi scambievoli che possono in concreto mantenere inalterato, nonostante la perdita delle cariche, il legame con il sodalizio criminale”⁵⁶.

È presente anche la categoria dei **magistrati**, in relazione ai quali la citata sentenza Carnevale enumerò plurime situazioni indiziariamente rilevanti di un possibile concorso esterno e i relativi canoni valutativi:

“un'attività reiterata e costante di intervento nei procedimenti giudiziari, a prescindere dall'esito favorevole o meno delle decisioni ivi assunte, può integrare gli estremi di un concreto contributo al rafforzamento del sodalizio criminale”; “le "anomalie" di un determinato procedimento giurisdizionale e il contenuto stesso del provvedimento finale al fine di rinvenirne elementi a conferma della fondatezza di una prospettazione accusatoria, ove si assuma che l'esito della decisione sia stato alterato o si sia tentato di alterare per scopi illeciti”; “Va detto, infine, della possibilità di sindacare, in chiave di accertamento di eventuali responsabilità penali il contenuto dei provvedimenti giurisdizionali tra i quali la corte di merito include, giustamente, anche quelli di legittimità. Non si dubita che elementi rilevatori di un condizionamento esercitato sulla formazione della volontà del giudice e, quindi, significativi di comportamenti rientranti nell'ambito di fattispecie penali, possono essere desunti anche dallo stesso tenore della decisione. Ma deve trattarsi, ben inteso, di un decisum apertamente arbitrario, in alcun modo giustificabile, affetto da un grado di abnormità tale da superare ogni limite di ragionevolezza: non già solo opinabile o semplicemente errato”.

La casistica ulteriore comprende poi esercenti professioni sanitarie, funzionari pubblici, esponenti delle forze dell'ordine, liberi professionisti di ogni tipo, ecclesiastici, giornalisti, sindacalisti, perfino lavoratori addetti a mansioni meramente esecutive come, ad esempio, gli operatori dei centri di assistenza agricola⁵⁷.

4. L'insostenibile inafferrabilità del concorso esterno

Si sono fin qui descritti, quantomeno nelle loro linee generali, il lungo cammino fatto dal concorso esterno e le tante tappe che lo hanno scandito.

È ora di descrivere il senso che se ne è tratto.

La prima e più evidente caratteristica è l'incapacità degli interpreti di giustificare in modo se non definitivo almeno convincente lo spazio che le strategie di contrasto al crimine organizzato mafioso e le relative prassi operative sono disposte a riconoscergli.

È un'incapacità che non risparmia nessuno degli elementi asseritamente identificativi del concorso esterno.

4.1. La definizione della condotta del concorrente eterno e il principio di tipicità

⁵⁵ Cass. pen., Sez. II, 56088/2017.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. II, 14773/2014.

⁵⁷ Cass. pen., Sez. VI, 36221/2020.

I problemi iniziano fin dalla questione centrale e cioè la **condotta che deve tenere un concorrente esterno per essere correttamente identificato e il modo in cui essa confluisce nell'alveo associativo**.

La sentenza Demitry innestò l'idea dell'atipicità, corroborandola con l'ulteriore requisito dell'utilità.

Il concorso esterno poteva dunque manifestarsi quale che fosse la condotta tenuta dal soggetto agente purché costui volesse tale condotta (e al contempo non volesse partecipare) ed essa si manifestasse

“nel momento in cui la «fisiologia» dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno” e purché “serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi”.

Un simile assetto configurava il concorso esterno come un reato d'evento e lo differenziava dalla partecipazione che era invece un reato di condotta.

Non può sfuggire, anche solo esercitando il buon senso, che l'idea básica di un'associazione mafiosa nella cui vita la fibrillazione rappresenti una rottura dell'ordinaria fisiologia è quanto di più distante dalla realtà si possa concepire.

È esattamente il contrario: la fibrillazione è una condizione permanente per un organismo che proprio a causa della sua natura criminale deve sempre proteggere i suoi proventi, temere conflitti con organismi simili o reazioni statuali e fronteggiare procedimenti giudiziari d'ogni sorta.

Qualunque associazione mafiosa ha quindi un bisogno continuo di apporti che le consentano di tenere a bada le ingerenze altrui e realizzare le attività tipiche del suo programma criminale ed è costantemente protesa a cercare chi possa offrirglieli⁵⁸.

L'ancoraggio del concorso esterno alla fibrillazione si risolve pertanto in un inservibile esercizio di stile, è privo di reale capacità descrittiva e selettiva e permette un'inversione dei termini della relazione.

Non è più necessario (e neanche sarebbe possibile, per quanto detto) dimostrare autonomamente lo stato di fibrillazione e con esso la differenza rispetto alla fisiologia, bastando la ben più semplice operazione contraria: la fibrillazione è desunta dal tipo di prestazione offerta dal concorrente esterno e, poiché qualsiasi prestazione protegge da un rischio o lo diminuisce, ci sarà sempre una fibrillazione pronta all'uso.

La sentenza Carnevale confermò l'atipicità della condotta concorsuale.

Quando però passò a precisarne l'essenza, al pari della Demitry non trovò nulla che consentisse una sua credibile differenziazione dalla condotta partecipativa, risolvendosi entrambe in un contributo alla conservazione e al rafforzamento dell'associazione, e dovette virare sull'elemento soggettivo:

“il concorrente esterno è tale quando, pur estraneo all'associazione, della quale non intende far parte, apporti un contributo che “sa” e “vuole” sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio. Il risultato così raggiunto [...] esige nell'atteggiamento psicologico del concorrente esterno sempre la ricorrenza di un dolo diretto”.

Formule apparentemente tecniche, parole su parole, ma, una volta passate al setaccio, l'unica differenza comprensibile è che il partecipe vuole partecipare mentre il concorrente non lo vuole.

Un criterio selettivo assai labile che diventa addirittura impalpabile se si aggiunge la coincidenza finalistica del contributo del partecipe e del concorrente.

Il giudice consegna a se stesso un potere definitorio senza limiti, legato esclusivamente a pre-comprensioni e percezioni incontrollabili in quanto eminentemente soggettive.

Come se non bastasse, cade il caposaldo della necessità della fibrillazione (destinato comunque a rifare capolino nella sentenza Chiocchini): non lo si considera certo un male, per le ragioni già

⁵⁸ Considerazioni analoghe si rinvenivano già in **G. Fiandaca** e **S. Costantino** (a cura di), *La mafia. Le mafie. Tra vecchi e nuovi paradigmi*, Laterza, 1994: “la tendenza a interagire profittevolmente con settori e personaggi della società civile costituisce, piuttosto che un'emergenza patologica, una ‘costante’, una caratteristica normale delle organizzazioni mafiose”.

esplicitate, ma è comunque un ulteriore segnale del disagio che pare contraddistinguere ognuno degli aggiornamenti periodici del manifesto del concorso esterno.

Seguì la sentenza Mannino e sembra di poter dire che la sua preminente novità rispetto alla decisione Carnevale riguardò l'efficacia causale del contributo per il cui accertamento prescrisse una verifica *ex post* al posto della precedente valutazione *ex ante*. Se ne parlerà nel prossimo paragrafo.

Pare quindi di poter concludere che tre decenni non sono bastati a chiarire quale condotta corrisponda davvero, in modo preciso ed esclusivo, al concorso esterno.

Sono certamente dannose le conseguenze di questa condizione di incertezza se si guarda al principio di tipicità e al connesso divieto di analogia.

Un'autorevole voce dottrina⁵⁹, qui condivisa, muove dall'assunto che le uniche condotte tipiche del delitto associativo mafioso sono quelle di chi promuove, costituisce, organizza, dirige la compagine criminale o ne fa parte.

L'associazione è solo l'evento prodotto da tali condotte e non può per ciò stesso avere una sua autonoma rilevanza come distinta fattispecie illecita.

La conseguenza è che il concorso esterno in associazione mafiosa, di per sé astrattamente concepibile, può avvenire solo in direzione di una di quelle condotte tipiche.

L'attrazione nell'area del concorso esterno di figure e ruoli⁶⁰ non previsti dall'art. 416-bis c.p. (cioè diversi da promotori, capi, organizzatori e partecipi) è ugualmente ammissibile ma sempre e solo se riducibile ad una delle condotte tipiche.

Ne consegue, per contro, l'inammissibilità del concorso esterno inteso come contributo all'associazione, cioè all'evento. Se questo fosse possibile sarebbero per ciò stesso violati il sistema delle regole sul concorso di persone e il principio di legalità che vieta

*“di aggirare i tipi “chiusi” dei concorrenti previsti nella parte speciale. Altrimenti non avrebbe senso alcuno prevedere solo alcune figure e non altre, né distinguere tra partecipi interni ed esterni, dato che tutti sarebbero implicitamente tipizzati come concorrenti senza ulteriori aggettivazioni: sarebbe la sostituzione del paradigma causale del concorso alla tipicità delle figure, e la trasformazione del tipo penale secondo il modello di una concezione estensiva (e causale) d'autore. Un paradigma causale, peraltro, senza definizione del secondo termine del rapporto eziologico, il quale spaziando dall'evento preciso di singoli delitti scopo, a condotte o fatti specifici delle figure di intranei alla “vita complessiva dell'associazione”, non è un elemento determinato”*⁶¹.

Sullo stesso punto:

*“Un'altra domanda ancora: non può quel soggetto concorrere direttamente “nell'associazione”, senza concorrere “con” o “in” una figura tipizzata? O nella rispettiva attività? La risposta è no, perché ciò è precluso dal principio di legalità: si concorre nel “medesimo reato” di un altro concorrente (art. 110 c.p.), cioè nel medesimo titolo di reato di cui si va a rispondere. Se dunque si intende applicare a qualcuno il medesimo “titolo di reato” del capo (e la pena corrispondente...), egli dovrà concorrere con lui o nel fatto di lui. Se s'intende applicargli il medesimo “titolo di reato” (e la pena corrispondente...) del partecipe interno, è con quest'ultimo che dovrà concorrere, o nel fatto di lui. Del tutto impossibile, pertanto, è un “concorso nell'associazione tutta intera” che avvenga in modo diretto, oppure omissio medio. È solo possibile come favoreggiamento o ex art. 7 d.l. 152/1991, perché non sarebbe un concorso di persone nel medesimo reato di altri associati, di tutti e ciascuno, in quanto gli altri rispondono di titoli tutti differenziati. Occorre scegliere tra questi titoli. Non c'è scampo. Se si agevola un evento si realizza un concorso di cause (art. 41 c.p.), non un concorso di persone nel medesimo reato (art. 110 c.p.)”*⁶².

⁵⁹ Il riferimento è a **M. Donini**, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *Discrimen*, 30 maggio 2019, scritto che riprende temi già affrontati dallo stesso Autore in *Il concorso esterno “alla vita dell'associazione” e il principio di tipicità penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 gennaio 2017.

⁶⁰ Si pensi al finanziatore, all'arruolatore, agli imprenditori collusi, ai soggetti che offrono la loro “messa a disposizione”, a coloro che assicurano prestazioni professionali e così via.

⁶¹ **M. Donini**, *Il concorso esterno*, op. cit.

⁶² **M. Donini**, *Mafia e terrorismo*, op. cit.

Argomenti chiari che non meritano di essere annacquati da considerazioni aggiuntive.

Le considerazioni di Donini trovano piena sponda in un'altra autorevole voce dottrinarina: *“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”*⁶³.

Ed ancora:

*“La requisitoria di Iacoviello, ponendosi sul piano di una possibile applicazione del concorso esterno, ha posto in rilievo come l'esigenza di adeguata formulazione dell'accusa debba fare i conti con il tasso di tipicità della fattispecie legale: quanto più debole la tipicità della fattispecie, tanto maggiore l'esigenza di una precisa indicazione dei fatti che l'accusa ritiene riconducibili alla fattispecie e che debbono essere oggetto di prova. Il basso tasso di tipicità della fattispecie di concorso esterno accentua in modo peculiare questa esigenza: la contestazione deve avere un contenuto fattuale che renda chiaramente riconoscibile a che cosa – a quali condotte ed eventi – l'accusa ricolleggi tale qualificazione giuridica, e quale sia dunque il tema probatorio”*⁶⁴.

4.2. Il nesso causale e i metodi di verifica

Sono largamente diffuse in dottrina voci di profondo dissenso sul paradigma causale proprio del concorso esterno.

Seguirà una loro sintetica rassegna.

Si può iniziare con una constatazione di fondo (**Giovanni Fiandaca**⁶⁵):

“la giurisprudenza successiva al 2005 mostra in realtà di fare molta fatica – al di là di retoriche dichiarazioni d'intenti – ad osservare effettivamente l'elevato rigore epistemico, di ispirazione garantista, che la suddetta sentenza Mannino avrebbe voluto imporre ai fini dell'accertamento probatorio (con angolazione ex post) della reale efficacia causale dei contributi recati dai concorrenti esterni. Sicché, di fronte alla obiettiva difficoltà di esaudire le pretese epistemiche del modello di accertamento additato dalle sezioni unite, l'impiego del paradigma causale ad opera dei giudici di merito (e, successivamente, in sede di vaglio da parte delle sezioni semplici della Cassazione) ha finito col subire una notevole flessibilizzazione applicativa: sino al punto di ridursi a una sorta di espediente retorico che maschera, più di quanto non riveli, le vere rationes decisorie. Pertanto, non sorprende il rilievo critico di chi lamenta che “si è venuta a determinare, nella giurisprudenza di legittimità, una situazione di pericolosa confusione interpretativo/applicativa, che rasenta livelli di anarchia ermeneutica [...] In effetti, che la crisi di certezza del concorso esterno testimoni in fondo la inidoneità del modello di illecito causalmente orientato a consentire risultati applicativi appaganti, è una diagnosi che trova oggi in dottrina più di un sostenitore”.

Fa eco il pensiero di **Costantino Visconti**⁶⁶:

“E però non illudiamoci: quando si trasloca dal sogno alla realtà, non può non prendersi atto che le diversificate aree della contiguità “qualificata” alle mafie non sono contesti in cui ci si imbatte facilmente in quei mitici “fatti” che nella loro materialità si prestano ad essere osservati a occhio nudo e “trattati” penalmente con le altrettanto mitiche procedure logiche di sussunzione di settecentesca memoria. Le indagini e poi il giudizio in questi processi non sono passeggiate amene in cui a un certo punto ci si imbatte, magari inciampandovi, in qualche contributo causale di un colletto bianco a una cosca mafiosa che basta raccogliere in modo asettico e qualificare penalmente. Al contrario, le forme di collusione e complicità alle mafie sono popolate da comportamenti la cui caratteristica peculiare è data dalla loro intrinseca ambiguità”.

⁶³ T. Padovani, Note sul cd. concorso esterno, in Archivio Penale, 2012

⁶⁴ D. Pulitanò, La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio, op. cit.

⁶⁵ G. Fiandaca, Il concorso esterno tra “sociologia” e diritto penale, in Foro italiano, 2010.

⁶⁶ C. Visconti, Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno, op. cit.

C'è chi (**Francesco Siracusano**⁶⁷) parte da un dato fenomenico:

“il sodalizio mafioso andrebbe considerato un’associazione sui generis rispetto alle altre organizzazioni criminali. I mafiosi sono, infatti, titolari di un “capitale sociale” frutto della rete di relazioni intessuta con “pezzi” di società: l’ossatura del potere mafioso risiederebbe in questa “capacità relazionale” con il mondo esterno al sodalizio. E sembrerebbe proprio la combinazione tra l’organizzazione criminale ed i soggetti esterni ad essa a rappresentare un modello distintivo ed unico del fenomeno. Radicamento territoriale e rete di relazioni appaiono, in questo modo, due momenti diversi ma inseparabili, dipendenti l’uno dall’altro: senza il controllo del contesto sociale in cui opera, l’associazione mafiosa non sarebbe in grado di tessere la ragnatela di rapporti con settori di società; mancando la rete di relazioni con soggetti esterni verrebbe meno la stessa possibilità di incidere sul territorio. In assenza di questo tessuto connettivo rappresentato dalla rete di complicità e connivenze, la natura stessa dell’organizzazione muterebbe, riducendosi ad una dimensione esclusivamente criminale”.

Ne consegue che

“Il “contiguo” funge, allora, da vero e proprio intermediario, da “anello di congiunzione” dell’associazione mafiosa con il mondo esterno, da “ponte di collegamento” tra il mondo dell’illegalità e la società civile. Si muove all’interno dell’area grigia in molteplici direzioni, offrendo sostegno all’organizzazione e consentendo alla stessa di accrescere la propria legittimazione” e che “lo strumento del concorso esterno, attraverso l’art. 110 c.p., ha assunto il ruolo di un vero e proprio moltiplicatore della tipicità, con l’obiettivo di accrescere la potenziale rilevanza penale di tutti quei contributi al sodalizio mafioso provenienti da individui non organicamente inseriti in esso. L’estensione e l’espansione di questa zona di confine fra le attività di chi è organico alla struttura criminale e di chi, invece, non riveste un ruolo definito all’interno del sodalizio mafioso non è caratterizzata, ormai, da connotati esclusivamente fenomenologici di tipo socio – culturale: la locuzione “contiguità mafiosa” indica un vero e proprio sottosistema legale, indispensabile per assecondare sempre nuove e non predeterminabili esigenze di tutela, frutto dell’ampio e variegato “mondo” (e modo) in cui si può esprimere il “sostegno” all’associazione”.

Diventa in tal modo evidente che

“la dimensione applicativa dell’istituto del concorso esterno all’associazione mafiosa si snodi lungo una duplice direzione politico–giudiziaria: da un lato per sopperire all’insufficienza degli strumenti repressivi adatti a punire le sempre diverse ipotesi di contiguità alla mafia; dall’altro come indispensabile parametro per soddisfare esigenze punitive, avvertite soprattutto politicamente e socialmente. Con il conseguente pericolo di conferire al paradigma normativo–giudiziario dettato dagli artt. 110 e 416 bis c.p. la funzione di espediente politico–culturale nei casi in cui l’individuazione della rilevanza penale del contributo dell’extraneus all’associazione mafiosa venga condizionata “dalle attese sociali, dai convincimenti di giustizia, piuttosto che da coerenti e precisi postulati dogmatici”.

L’espediente impone un suo prezzo:

*“Le incertezze interpretative, gli orientamenti giurisprudenziali ondivaghi e spesso contrastanti, la difficile individuazione del contributo penalmente rilevante, il carattere generico della formula, le criticità collegate all’equiparazione sanzionatoria con il fatto tipico della partecipazione, le carenze in termini di determinatezza e tassatività, la nebulosa distinzione tra “fatto” e “prova” e, soprattutto, **gli insuperabili ostacoli relativi all’accertamento del legame causale tra il contributo apportato e gli effettivi vantaggi in capo al sodalizio rendono, però, il concorso esterno un istituto destinato, inevitabilmente, a vivere in un clima di permanente “precarietà” applicativa [...]** Si prova, così, a superare l’indeterminatezza della formula del concorso di persone e la conseguente difficoltà di ricondurre l’ipotesi concorsuale nello stesso ambito di rilevanza penale della fattispecie tipizzata ricorrendo al paradigma condizionalistico: il “dogma” della causalità dovrebbe servire proprio ad assicurare l’equivalenza sostanziale, in termini di disvalore della condotta prima e di evento dopo, tra il contributo atipico dell’extraneus e quello tipico dell’intraneus. E sarebbe proprio il raggiungimento di questa equivalenza sostanziale a garantire la correttezza della punibilità dei comportamenti concorsuali atipici. **Utilizzare, però, il criterio causale, quale parametro selettivo del penalmente rilevante, per attenuare l’indeterminatezza dell’art. 110 c.p. e per conferire al “contributo” proveniente dall’esterno uno spessore tale, fino al punto da renderlo condicio sine qua non***

⁶⁷ **F. Siracusano**, *I paradigmi normativi della contiguità mafiosa*, in *Archivio Penale*, fascicolo 3/2017.

dell'“evento” associativo permetterebbe di “arricchire” di contenuto la vuota formula concorsuale, ma limitatamente alla specifica ed isolata condotta dell'extraneus. L'attività del concorrente esterno (e la sua efficacia causale) dovrebbe essere, invece, misurata tenendo conto dell'intero fenomeno associativo già esistente: la verifica circoscritta alla effettiva incidenza del singolo contributo sulla stabilità e sul consolidamento della struttura criminale non potrebbe risultare decisiva per l'individuazione della rilevanza penale della condotta posta in essere dal “contiguo” se non fosse anche accompagnata da un accertamento relativo alle “relazioni” fra gli estranei al sodalizio e fra questi e chi è organicamente inserito nell'associazione. In assenza di una valutazione di carattere generale e limitata, invece, al solo specifico contributo proveniente dall'esterno e non estesa anche alla moltitudine di concomitanti e paralleli rapporti incidenti nell'“area grigia” e potenzialmente idonei ad accrescere la capacità criminale dell'associazione, lo sforzo di conferire uno standard di maggiore tassatività, utilizzando il paradigma causale, all'art. 110 c.p. e al contributo dell'extraneus, sarebbe vano. La complessità del fenomeno associativo non permette, insomma, di legare la “sorte” di un sodalizio mafioso ad un'unica e specifica condotta, non potendo dipendere l'“evento” criminoso dal contributo apportato singolarmente. Il “destino” dell'associazione dipenderà dai tanti interventi, esterni ed interni, coordinati al raggiungimento del comune obiettivo, ma in grado di rilevare causalmente solo se considerati tutti insieme e non valutati separatamente”.

Altri (Ilaria Giugni⁶⁸) lamentano un deficit di attenzione giurisprudenziale alla questione:

“Il problema della causalità, diversamente da altri aspetti del tormentatissimo concorso esterno, non ha mai goduto di particolare attenzione sia in dottrina che in giurisprudenza, quasi che i tentativi originari di negazione dell'ammissibilità tout court dell'istituto ed i successivi sforzi di tipizzazione in chiave garantista avessero assorbito ogni altro profilo di interesse. La Corte riunita [...] ha, di fatto, creato un nuovo reato monosoggettivo di evento. Ecco che una corretta percezione della natura del concorso esterno – vale a dire, una piena consapevolezza non solo della sua origine giudiziaria, ma anche del ruolo tipizzante assegnato al paradigma causale – sollecita ad indagare più da vicino le questioni ancora irrisolte sul piano della causalità”.

L'autrice ripropone il tema della matrice giurisprudenziale e della correlata violazione del principio di tipicità e ravvisa nell'uso del paradigma causale come essenziale fattore tipizzante del concorso esterno un'ulteriore stortura alla quale nessun intervento delle Sezioni unite ha saputo porre rimedio.

Una stortura che, a dispetto delle sue evidenti finalità garantistiche, non risparmia neanche la decisione Mannino ed anzi in essa si presenta in modo spiccato, come se la pretesa di restituire razionalità a ciò che ne è privo sortisca paradossalmente l'effetto contrario di esaltarne l'irrazionalità.

Le critiche riguardano la nozione di evento che la Mannino fa coincidere con la conservazione e il rafforzamento.

L'autrice assume che una condotta può essere considerata condizione di un evento solo se questo è descritto puntualmente. Né la conservazione né il rafforzamento si prestano ad una simile descrizione in quanto

“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 et nunc”⁶⁹.

Ne consegue che tali “estrapolazioni” possono al massimo consentire un accertamento di idoneità causale astratta *ex ante*.

Se poi si guarda agli strumenti suggeriti per tale verifica, cioè “generalizzazioni del senso comune” e “massime di esperienza dotate di empirica plausibilità”, se ne rileva immediatamente l'inconsistenza e comunque l'inidoneità come parametri di controllo effettivo.

⁶⁸ I. Giugni, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10/2017. Sulla definizione del concorso esterno come reato monosoggettivo d'evento, si vedano V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, 2019 e G. Amarelli, *Contiguità mafiosa e controllo penale: dall'euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, 2018.

⁶⁹ Il periodo virgolettato, richiamato come tale dall'Autrice, è di T. Padovani, *Note sul cd. concorso esterno*, op. cit.

Pare infatti impossibile “pesare” la contiguità se non ricorrendo a massime d’esperienza sociologiche o criminologiche.

Non solo: l’uso di massime al posto di inesistenti leggi scientifiche implica criteri di collegamento fondati sul criterio di ciò che normalmente accade sicché non si fa altro che proporre stime probabilistiche tutt’altro che risolutive.

Diventa quindi problematica l’assegnazione di un reale valore causale alle condotte incriminate, non tralasciando peraltro di considerare che eventi naturalistici come il mantenimento in vita della compagine criminale o il suo rafforzamento tendono a sottrarsi a un accertamento fondato sulla causalità materiale.

Si manifesta così un’incoerenza di fondo della sentenza Mannino: il suo costante richiamo al rigore nella determinazione dei confini del concorso rilevante e la ripulsa di ogni tentativo di indebita espansione della responsabilità penale sono riposti su meccanismi di verifica fragili ed evanescenti.

Il giudizio conclusivo della Giugni è tranciante:

“una simile concezione del concorso esterno, a causa della labile nozione di evento e delle difficoltà d’individuazione di leggi di copertura del fenomeno della contiguità mafiosa, risulta tanto problematica da rendere arduo, se non impossibile, il raggiungimento della prova del nesso causale”.

Anche altri autori (**Elvira Dinacci**⁷⁰) arrivano alle medesime conclusioni, riferite in particolar modo all’ultimo approdo raggiunto con la sentenza Mannino.

Le si riconosce il pregio di aver configurato

“un unico statuto della causalità attraverso il dichiarato riferimento alla nota sentenza “Franzese”, accogliendone una nozione tesa alla sua ricostruzione secondo la regola probatoria “dell’elevata probabilità logica prossima alla certezza”.

Ma si rileva al tempo stesso che

“l’assunto delle Sezioni Unite “Mannino” sembra legittimare uno scadimento dell’accertamento processuale sotto il profilo nomologico. L’evento richiamato nel reato associativo di tipo mafioso viene ivi definito come “conservazione” ovvero “rafforzamento” del sodalizio conseguenza di un sostegno che arriva dall’esterno; formula questa, dal contenuto normativamente eclettico oltre che naturalisticamente vago, tale cioè da lasciare sul campo notevoli dubbi in termini di tassatività. Infatti, come già ampiamente evidenziato dalla letteratura in materia, pare non potersi revocare in dubbio che “conservazione” o “rafforzamento” del sodalizio criminoso, se stricto sensu intesi quali eventi naturalistici o giuridici, siano entità sguarnite di piena legittimazione tecnica. Ciò si riverbera esizialmente sulla qualità dell’accertamento processuale in ordine all’efficienza causale del contributo fornito dall’extraneus ad una realtà sovradimensionata qual è l’associazione mafiosa; verifica ulteriormente aggravata da un’innegabile sproporzione di scala tra la condotta ausiliatrice del singolo sub iudice e il gigantismo dell’exitus che, con un eccesso di fiducia, si pretende di poter rigorosamente accertare. È evidente che nel caso di specie si assiste ad un’attenuazione di rigore nell’accertamento della causa/condizione, alla stregua di leggi scientifiche di copertura o di massime di esperienza, come pure imporrebbe il principio di legalità. Il diritto penale per poter affermare nessi causali si affida ad un sapere “corroborato” che, nel contesto associativo, o meglio di contiguità mafiosa, è incerto, dipendente da frangenti storico-temporali in cui l’organizzazione versa”.

Tanto ciò è vero che la giurisprudenza successiva ha spesso ignorato il criterio di verifica suggerito dalla decisione Mannino:

“Non a caso, la capacità di tenuta dell’insegnamento “Mannino”, da tempo denunciata in sede teorica, ha dovuto fare presto i conti con una cultura giudiziaria refrattaria in sede applicativa al rigore dell’anzidetto paradigma causale, ciò che è all’origine delle slabbrature che, nel tempo, hanno minato l’affidabilità ordinante del concorso eventuale in associazione di stampo mafioso. Che la prassi applicativa opti per la strada della flessibilizzazione della causalità trova conferma ad uno sguardo d’insieme alle pronunce di legittimità successive al 2005, sintomatiche della persistente tendenza giurisprudenziale a confondere causalità ed idoneità causale. Così, nella sentenza “Prinzivalli”, con riferimento ad un magistrato colluso, la Corte omette qualsiasi verifica processuale, sul piano oggettivo del potenziamento della struttura criminale, dell’efficienza causale

⁷⁰ **E. Dinacci**, Ancora sul “concorso esterno” tra legalità e giustizia, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2016, n. 1/2.

della condotta ausiliatrice sub iudice; ciò perché l'effetto di rafforzamento, nel caso di specie, sarebbe già consistito nel rinvigorismento del senso di fiducia, di cui il sodalizio avrebbe beneficiato quale immediato riflesso dell'impegno assunto dall'extraneus ad agevolare gli imputati di mafia. Qualcosa di simile è accaduto nella sentenza, di poco successiva, "Tursi Prato", in cui la rilevanza penale di un'ipotesi di scambio politico-mafioso è stata automaticamente desunta dalla mera stipula del patto, con la motivazione che una tal circostanza costituirebbe «agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e convincenti». Ancora, nel caso "Contrada", pur ribadendosi i postulati teorici messi a punto dall'insegnamento "Mannino", gli ermellini confermano la condanna a dieci anni di reclusione dell'ex dirigente generale dell'Amministrazione della Polizia di Stato, per aver l'imputato contribuito al rafforzamento di "Cosa nostra" in trent'anni di attività qualificata, con la semplice «percezione in seno all'associazione della sola disponibilità di una figura dello spessore dell'imputato». In ulteriori decisioni, infine, i giudici di legittimità avallano una concezione debole del nesso di condizionamento, ammettendosi che la rilevanza causale del contributo del concorrente possa essere identificata, sic et simpliciter nella sua «idoneità a preservare la conservazione dell'associazione di stampo mafioso» o comunque «a conseguire l'obiettivo vantaggioso per l'associazione stessa».

Un ulteriore contributo si deve a **Francesco Mauro Iacoviello**⁷¹:

L'accertamento ex post dell'efficacia causale del contributo non si giustifica facilmente: non è nell'art. 110 c.p. In questo modo si differenzia il concorso eventuale in associazione mafiosa dagli altri concorsi eventuali nel reato. Ma non si giustifica neppure sotto il profilo del disvalore della condotta: perché dovrebbe essere punibile il consulente che riesce a far ottenere un appalto alla cosca e non quello che fa le stesse cose del primo ma per cause esterne alla sua volontà non ci riesce? La condotta ha il medesimo disvalore ed è propria dell'agente sia in un caso che nell'altro. Si fa dipendere la punibilità da un accadimento esterno che, rispetto alla condotta posta in essere, assume il carattere del fortuito. O non si crede alle leggi di copertura e alle massime di esperienza plausibili poste a base di un giudizio ex ante di idoneità causale e allora si cerca la tranquillità dell'evento causato? Anche sotto il profilo dell'evento c'è da discutere. Le SS.UU. negano ogni legittimità alla teoria dell'aggravamento del rischio, vogliono la prova che la condotta del concorrente eventuale abbia determinato la conservazione o il rafforzamento dell'associazione. Ma come si fa a provare che il contributo del concorrente esterno ha determinato la conservazione della cosca? Ritorniamo alla teoria della fibrillazione? Preso alla lettera tale criterio sarebbe talmente forte da relegare il concorso esterno ad evenienze marginali. Per quanto ne conosciamo del fenomeno, quante volte è successo che un'associazione mafiosa ha corso il pericolo di disintegrarsi? E veniamo al rafforzamento: come è dimostrabile empiricamente il rafforzamento? Se io – aspirante concorrente eventuale – fornisco alla cosca pistole che al momento dell'azione omicidiaria si inceppano ho rafforzato o no l'associazione? Se io, sempre dall'esterno, mi offro come killer e sbaglio bersaglio e magari mi faccio pure prendere e porto alla cattura dei complici non dovrei rispondere di concorso esterno? Se vediamo le cose ex post, è l'evento che decide della liceità o meno della condotta (sono concorrente eventuale non per caratteri intrinseci della condotta, ma secundum eventum). Se vediamo le cose ex ante è dal giudizio di idoneità causale che si desume il rafforzamento e non viceversa. Se l'evento è quello hic et nunc, c'è sempre rafforzamento quando la condotta è idonea. Il richiamo al procedimento logico dell'accertamento causale (leggi di copertura, giudizio controfattuale) è teoricamente corretto, ma empiricamente poco praticabile. Quel procedimento logico funziona quando l'evento è definito con precisione nei suoi contorni naturalistici (morte, lesioni, per esempio). Ma quando l'evento ha un alone indefinito di contorni ("conservazione", "rafforzamento") e quando non abbiamo a disposizione leggi scientifiche di copertura ma criteri di inferenza a probabilità logica medio-bassa (quale è il criterio di inferenza al di là di ogni ragionevole dubbio che ci permette di stabilire l'efficacia causale dell'azione dell'amministratore, del giudice, del consulente, dell'imprenditore colluso?), il procedimento logico della causalità mostra tutti i suoi limiti cognitivi. Espressioni come "patologia dell'associazione" "contributo necessario alla vita dell'ente" sono tipiche formule di una legislazione della giurisprudenza: più che criteri legali, sono direttive, istruzioni al giudice (come nei sistemi anglosassoni ci sono le istruzioni alla giuria). E come direttive, tali formule funzionano bene, quando la prova viene calata nel contesto e dal contesto acquista specificità e significato. Ma poi, appena si consolidano nella prassi giudiziaria, quelle direttive

⁷¹ F. M. Iacoviello, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, op. cit.

cambiano funzione: da direttive di giudizio diventano elementi della fattispecie. Il criterio di prova diventa elemento di fattispecie. Il normale diventa normativo. E a questo punto, avulsa dal contesto probatorio la formula non funziona più: diventa una formula vaga a contorni indistinti, con connotazioni intrinseche di valori e con denotazioni a scarsa definizione. Il risultato è la discrezionalità giudiziaria e, quindi, la tipicità processuale”.

Considerazioni di analogo tenore sono proposte da **Paola Scevi**⁷².

Molti altri autori hanno alimentato il dibattito con importanti contributi ma qui serve solo sottolineare l'esistenza di un ampio fronte critico che censura con argomentazioni serie l'inservibilità dei paradigmi causali di volta in volta proposti dagli aggiornamenti giurisprudenziali.

4.3. La matrice del concorso esterno e il principio di legalità

La tesi dell'origine giurisprudenziale del concorso esterno si è affacciata nel dibattito giuridico ben prima della sentenza Contrada c. Italia tanto che fin dalla sentenza Demitry le Sezioni unite avvertirono la necessità di confutarla e a partire da allora il fronte della resistenza non ha mai registrato cedimenti o posizioni dialogiche.

È uno dei (non pochi) casi in cui il giudice rifiuta il confronto (o lo accetta solo con i simpatizzanti) e ritiene di poter fare da solo: una giurisprudenza totalmente autoreferenziale che cerca e trova esclusivamente in se stessa le ragioni per legittimare un risultato interpretativo.

C'erano molte voci, alcune di esse già citate, e argomenti autorevoli con cui fare i conti:

“va finalmente chiarito che nel caso del concorso esterno l'attività costruttrice della giurisprudenza non ha operato sugli art. 110 ss. c.p. per estendere questi ultimi. Il risultato della costruzione del concorso esterno nelle associazioni mafiose è stato quello di estendere l'art. 416-bis c.p. attraverso il passepartout del concorso di persone. Chiarire questo concetto è molto importante. L'operazione si è svolta in due tappe principali: a) si sono in primo luogo individuate alcune tipologie di condotte di concorrente esterno sul piano della tipicità comportamentale, non su quello dell'incidenza sulla vita dell'associazione: dovevano essere condotte di soggetti estranei e dunque non incriminabili come associati interni; dovevano dare un contributo; non dovevano essere meri favoreggiatori, assistenti degli associati etc.; occorreva muovere da tipologie empirico-criminologiche emergenti dalla vita sociale, politica ed economica; b) successivamente, almeno in ordine logico, si è dovuto raccordare queste “figure” con l'unico titolo di responsabilità disponibile: non valendo i titoli autonomi delle figure tipiche di associati previste dal reato associativo — neppure il finanziatore è stato mai inserito nell'art. 416-bis.... —, non restava che il titolo “concorso” generale degli art. 110 ss. c.p.; con la conseguenza che mentre si può essere associati interni senza dare nessun contributo rilevante alla vita dell'associazione (il disvalore della condotta assorbe il disvalore di evento), in caso di concorrente esterno ciò non è possibile, dovendosi recuperare attraverso il disvalore di evento un disvalore di condotta meno pregnante in termini di affectio societatis. Si è così sviluppato, già a far data almeno dal 1985, il paradigma eziologico per l'assimilazione del concorrente esterno al partecipe intraneo: mediante la ricerca di un contributo causalmente significativo all'associazione in sé considerata”⁷³;

“la disciplina del concorso si caratterizza notoriamente per l'indeterminatezza e la dilatazione della sfera del punibile: non sono chiari i requisiti minimi del concorrente, non lo è persino l'esigenza di un contributo causale, e men che mai quella di una condotta concorsuale pregnante”⁷⁴;

“il concorso eventuale nel delitto associativo appare il risultato di un utilizzo strumentale della indeterminata tipizzazione concorsuale che, in questo caso, giungerebbe a colpire forme esterne di contiguità non riconducibili allo schema associativo”. Infatti, la permeabilità dei rapporti tra l'associazione mafiosa e settori della società civile, l'indeterminatezza di queste relazioni, la vastità e l'eterogeneità delle connivenze si combinano perfettamente con due fattispecie, gli artt. 110 e 416 bis

⁷² **P. Scevi**, *Il concorso eventuale nei reati associativi: questioni aperte e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale*, fascicolo 2, 2017.

⁷³ **M. Donini**, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2016, pag. 346.

⁷⁴ **A. Cavaliere**, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto penale “vivente” a quello conforme alla legalità costituzionale*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Napoli, 2003.

c.p., per lo natura carenti di precisione e tassatività, “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”⁷⁵;

“la Cassazione ha condotto un’azione di tipizzazione per via giudiziale del concorso eventuale nei reati associativi. Si è così pervenuti alla costruzione di una fattispecie di parte speciale, mediante la clausola generale del concorso di persone comune, di cui all’art. 110 ss. c.p., il cui utilizzo ha consentito di affiancare ai tipi nominati di partecipe, promotore, capo, organizzatore, delle associazioni per delinquere, mafiose, una nuova figura di partecipe esterno, non contemplata dalla legge. Va rilevato che l’attività costruttrice della giurisprudenza non ha agito sugli art. 110 ss. c.p. al fine di estenderli: la costruzione del concorso esterno nelle associazioni di tipo mafioso ha avuto quale risultato quello di estendere l’art. 416 bis c.p. mediante l’utilizzo del concorso di persone. Dapprima sono state enucleate, muovendo da tipologie empirico-criminologiche disvelate dalla vita sociale, politica ed economica, alcune tipologie di condotte di concorrente esterno con riferimento alla tipicità comportamentale, non già all’incidenza sulla vita dell’associazione: condotte di soggetti estranei e come tali non incriminabili quali associati interni; che apportassero un contributo; che non fossero meri favoreggiatori. Tali figure sono poi state raccordate con il titolo concorsuale generale degli art. 110 ss. c.p.: l’unico titolo di responsabilità attingibile, non essendo utilizzabili i titoli autonomi delle figure tipiche di associati contemplate dal reato associativo. Il concorrente esterno deve dunque necessariamente apportare un contributo rilevante alla vita dell’associazione: attraverso il disvalore di evento si deve recuperare un disvalore di condotta meno significativo in termini di affectio societatis. Talché, attraverso l’individuazione di un contributo causalmente significativo all’associazione, si è sviluppato il paradigma eziologico per l’assimilazione del concorrente esterno al partecipe intraneo”⁷⁶;

“assumere la ‘conservazione’ e/o il rafforzamento del sodalizio come eventi da imputare causalmente al concorrente esterno, significa porsi al di fuori del combinato disposto degli artt. 110 e 416 bis del codice penale vigente (n.b.: l’art. 110 parla infatti di concorso nel “medesimo reato”), posto che quegli elementi, lungi dall’integrare espressi requisiti di tipicità di quest’ultima fattispecie, costituiscono piuttosto “il risultato di un’attività ermeneutica a carattere creativo”⁷⁷.

Nessuna delle domande così poste ha mai ricevuto risposte convincenti.

5. Conclusioni: perché, per chi?

È arrivato il momento di giustificare le domande che fanno parte del titolo di questo scritto.

Prima ancora però si deve prendere atto di una caratteristica essenziale, addirittura identitaria, della complessiva riflessione sul concorso esterno: la duplicazione dei dibattiti e delle cerchie che ne sono protagoniste e l’impossibilità di trovare una sintesi tra le rispettive posizioni.

Come si è visto, l’incessante lavoro giurisprudenziale intorno all’istituto non ha inteso, certamente non in modo significativo, giovare dei tanti alert dottrinali di cui si è offerta in precedenza una sia pur sintetica rassegna.

È esemplare al riguardo l’opinione di un magistrato da anni profondamente impegnato in procedimenti attinenti a fatti di mafia⁷⁸:

“Non condivido l’ostentato scetticismo verso l’istituto del “concorso esterno”. Soprattutto lo “scetticismo” gridato da noti esponenti del mondo politico. E non lo condivido non solo per l’esistenza di importanti pronunce delle sezioni unite della Cassazione che riconoscono la piena legittimità del reato in questione. Ma, in particolare, perché vi sono decine e decine di processi attualmente pendenti che si fondano sulla contestazione ricavabile dagli artt. 110 e 416 bis del codice

⁷⁵ A. Sessa, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, 1999.

⁷⁶ P. Scevi, *Il concorso eventuale nei reati associativi: questioni aperte e prospettive di riforma*, op. cit.

⁷⁷ G. Amarelli, *Contiguità mafiosa e controllo penale: dall’euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, op. cit.

⁷⁸ P. Morosini, *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, op. cit.

penale, su tutto il territorio nazionale (in particolare in certe regioni del sud). E, comunque, ancora oggi, sulla base di quella imputazione non pochi indagati sono sottoposti alla misura della custodia in carcere. Questi dati mi paiono sufficienti, almeno sino a quando non mutano le leggi o certi orientamenti giurisprudenziali di carattere generale, per una difesa dell'istituto anche dalle semplificazioni mediatiche”.

Se dunque si continuano a istruire e celebrare procedimenti per concorso esterno, se ci sono imputati in galera per questa fattispecie, se più volte le Sezioni unite hanno riconosciuto la legittimità dell'istituto, questo è sufficiente a difenderlo: come dire che il concorso esterno c'è e per ciò stesso è bene che ci sia.

È disposto a concedere che

“Nelle numerose applicazioni giudiziali del “concorso esterno”, naturalmente, non sono mancate cadute di stile ed eccessi di attenzione”.

Ma, al tempo stesso, esprime scetticismo sulla capacità del legislatore di tipizzare in modo corretto e condiviso la condotta concorsuale:

“Al di là dei garantismi di comodo, rimane sullo sfondo la difficoltà di trovare nella stessa giurisprudenza una descrizione condivisa di “apporto esterno”. Autorevoli studiosi hanno sostenuto che l'adozione di rigidi criteri normativi potrebbe immunizzare pericolose forme di complicità nonostante producano gravi lesioni a beni di rilevanza costituzionale, quali il buon andamento della pubblica amministrazione, le libertà economiche e il metodo democratico nella distribuzione del potere reale tra consociati. Tuttavia, stando alla esperienza degli ultimi venti anni dei processi di mafia, risulta non agevole trovare una formula in grado di evitare preventivamente “eccessi” o forme improprie di supplenza a meccanismi di responsabilità extrapenale che finiscono per valorizzare in chiave criminale generiche accuse di “disponibilità” o “vicinanza” del “colletto bianco” al clan [...] Occorre, quindi, ragionare se vi siano gli spazi per una equilibrata tipizzazione delle condotte. Ricordo, però, che quando il Parlamento ha tentato questa strada, come nel 1992 con il patto di scambio politico mafioso (art. 416 ter c.p.), ha confezionato un qualcosa di assolutamente sganciato dalla realtà criminale e, quindi, di inutile. A dimostrazione che l'operazione di tipizzazione non è poi così agevole, sia sul piano tecnico che politico-criminale, come qualcuno vorrebbe farci credere”.

Rimane quindi essenziale il compito della magistratura, in primo luogo quella requirente, nella sua insostituibile attività di concretizzazione casistica del diritto:

“Non vi è dubbio che la materia del reato associativo, e quindi del “concorso esterno”, è tra quelle in cui si avverte maggiormente il peso crescente del diritto penale giurisprudenziale. È un terreno su cui si manifesta la problematicità del rapporto tra il giudice e la legge. Alla base ci sono scelte legislative che esprimono una sorta di “delega all'interprete”. La realtà dei processi degli ultimi anni mostra un intreccio sempre più complesso tra opzioni legislative e attività giudiziaria. Fondamentale appare l'attività di colui che concretizza casisticamente il diritto. Costui dovrà tenere conto delle molteplici condizioni di variabilità criminologica nella applicazione delle norme. E dunque, grandi responsabilità vengono attribuite nel caso concreto alla magistratura, soprattutto a quella requirente. Come evidenziava Massimo Nobile, la difficoltà di rinvenire una effettiva funzione orientativa nella legge scritta determina la reciproca strumentalità tra diritto e prova e sposta il “baricentro verso le supremazie del processo e della magistratura penale [...] È evidente, quindi, che molti dei punti critici del reato di concorso esterno dipendono dalla gestione giudiziale dell'istituto, e dal modo in cui si formula l'imputazione”.

Queste argomentazioni definiscono come meglio non si potrebbe l'incomunicabilità di cui si è detto in apertura del paragrafo.

La magistratura più impegnata sul fronte anti-mafia non considera “negoziabile” l'esistenza del concorso esterno, degrada a “garantismi di comodo” le posizioni critiche, svaluta anche solo la possibilità che il legislatore intervenga in materia, avoca a se stessa (in modo tendenzialmente esclusivo) la materia.

Si deve allora dar ragione a chi⁷⁹ considera il concorso esterno

“uno strumento repressivo che, proprio in ragione della sua duttilità e potenziale adattabilità alla varietà anche imprevedibile dei casi concreti, [...] si presta a tipi di utilizzo giudiziale eccessivamente

⁷⁹ G. Fiandaca, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, op. cit.

cedevoli a fattori di condizionamento che vanno al di là della logica penalistica concepita in senso stretto. Come, ad esempio, la preoccupazione dei magistrati antimafia di privilegiare, tra più qualificazioni tecnico-giuridiche possibili dei fatti oggetto di vaglio, quella più idonea a veicolare messaggi pedagogici alla pubblica opinione anche in chiave di etichettamento simbolico del disvalore politico o etico-sociale che, al di là della lesione giuridica strettamente intesa, si ritiene insito nei fatti in questione: da questo punto di vista, qualificare un certo fatto concorso esterno, piuttosto che ad esempio favoreggiamento sia pure aggravato, può essere considerata da parte di un magistrato di merito propenso alla stigmatizzazione simbolica opzione preferibile proprio allo scopo di sottolineare che l'autore del fatto merita di essere condannato per il suo colpevole sostegno alla mafia quasi come se fosse un mafioso”.

E merita pari condivisione la tesi⁸⁰ di chi afferma che il diritto penale della criminalità organizzata “costituisce, de lege lata:

1) un rovesciamento dei tratti del garantismo;

2) un corpo giuridico così autonomo e speciale che oscilla tra il diritto penale di lotta e il diritto penale del nemico, orientato alla neutralizzazione.

Il suo funzionamento è richiesto che operi durante indagini e processo, e dunque in contrasto con la presunzione di innocenza e la piena terzietà del giudice, che non è più giudice del passato, ma agente politico (politica criminale) su fenomeni in atto: è tutt'altra cosa giudicare un singolo fatto accaduto in passato ed esaurito, e fenomeni collettivi di associazioni criminali operanti al tempo del processo e regolarmente rappresentati, a livello processuale penale, dai “maxiprocessi”. Processi vissuti “in trincea [...] C'è qui la prevalenza del momento ‘di lotta’ verso un fenomeno spersonalizzato. La lotta non riguarda lo Stato contro singole persone, infatti, ma contro fenomeni “generali” attraverso azioni individuali, spesso collettivizzate: è come se, per meglio implementare l'adempimento delle obbligazioni, si volesse leggere la sentenza civile in merito ad alcuni tipi di inadempimenti in chiave generalpreventiva, modificando così la sua risposta: non già con un risarcimento matematico del danno più rivalutazione o interessi, ma ascrivendo ‘danni punitivi’ [...] Il problema della terzietà della giurisdizione e della sua aderenza processuale al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato ne esce compromesso: si giudica ultra petita per effetto della lotta contro un fenomeno, che non può entrare nell'imputazione (cioè nella “domanda”) processuale. Ma di fatto quell'ultrapetizione “di sistema” entra nelle conclusioni del pubblico ministero (del resto non vincolanti) sulla pena (quando non anche sui fatti!) [...] Il diritto penale di lotta, rispetto alle diverse manifestazioni del diritto orientato alle conseguenze, o teleologicamente orientato, costituisce una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto pur presenti nell'idea dello scopo e ancor meglio in quelle dell'orientamento alle conseguenze. Adesso è il diritto stesso, nella sua “progettualità” prima ancora che nella sua “funzione”, ad essere concepito come il mezzo per uno scopo diverso dalla semplice tutela di beni o dalla “giusta” regolazione di rapporti. Il mezzo giuridico non si limita a rinviare a una mera teleologia ad esso interna, o ad un orientamento della sua applicazione alle rationes che sorreggono il contenuto delle norme, oppure al raggiungimento di risultati che la norma stessa impone di guadagnare attraverso il suo rispetto. È piuttosto la norma stessa a funzionare come strumento per scopi ad essa esterni. La norma minaccia un male e questo male è un'arma per raggiungere uno scopo. Lo scopo, però, oltre a quello specifico della singola incriminazione (per esempio, prevenire e reprimere le singole condotte riconducibili a fattispecie di associazioni criminali, di traffico di esseri umani ecc.), è nello stesso tempo la vittoria contro un “fenomeno” dannoso o pericoloso. Il destinatario finale del diritto penale di lotta non è solo l'autore dei fatti di reato coinvolti, ma è innanzitutto l'organo pubblico deputato ad applicare le norme: polizia giudiziaria, pubblico ministero, giudice. L'autore dei fatti, il trasgressore, è l'avversario che esprime o rappresenta in modo contingente il fenomeno contro il quale gli organi pubblici useranno le armi del diritto. Il “diritto” è dunque per gli organi pubblici, mentre i trasgressori sono destinatari di un'azione di contrasto. Lo scopo è vincere (non solo combattere) quel fenomeno, e tanto il diritto penale sostanziale quanto il processo ne sono direttamente coinvolti [...] Tali nuove ideologie penalistiche fanno del diritto criminale uno strumento d'eccezione per antonomasia, un “diritto” sottoposto alla «ragione giudiziaria» (espressione solo apparentemente disarmata della ragion di Stato), perché la regola che definisce l'illecito serve per combattere un fenomeno che va al di là del

⁸⁰ **M. Donini**, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, op. cit.

suo campo definitorio — peraltro la criminalità organizzata è concetto non veramente definito come sappiamo, anche se evocato in varie norme processuali —, per neutralizzare situazioni ad essa esterne, e dunque al di fuori della sua portata definitoria [...] Questo, tuttavia, è l'esatto contrario del garantismo penale, dato che ne risulta violato il suo principio cardine che è quello della legalità: utilizzare il diritto come un'arma contro un fenomeno significa che la regola è uno strumento di politica criminale, non la definizione vincolante della premessa di un giudizio di responsabilità individuale. Il giudice si sentirà autorizzato a realizzare programmi di scopo che strumentalizzano la libertà e i diritti dei singoli a obiettivi collettivi [...] Possiamo dunque enunciare la seguente tesi: la nuova "normalizzazione" del diritto penale come strumento di lotta — nel momento in cui si indirizza alla stessa giurisdizione e non solo alla fase delle indagini o agli scopi politici della legislazione, condizionando istituti giudiziari tipici — rappresenta oggi l'attacco istituzionale più diretto al garantismo penale quale prodotto maturo dell'orientamento costituzionalistico [...] Nuove politiche non penali ci attendono, perché quelle penali hanno già fallito in partenza il loro compito di fare giustizia, essendo costruite come armi da guerra".

Ecco allora che le domande che concludono il titolo di questo scritto acquistano legittimazione e cominciano a diventare possibili risposte decentemente plausibili.

Il perché del concorso esterno può essere individuato agevolmente nell'esigenza di disporre di uno strumento da iscrivere nel diritto penale di lotta, tale da permettere di combattere con la massima efficacia (*id est*, inclusione) la guerra contro i "contigui" e far terra bruciata della zona grigia che rappresenta il *network* senza il quale le mafie perderebbero gran parte della loro capacità di penetrazione strumentale nella società civile e di intelligenza delle sue dinamiche.

Se così è, il concorso esterno serve a molti.

Sicuramente ai tanti che, sulla base del puro buon senso e non tenendo in alcun conto (e magari ignorando) quelle che devono apparirgli come trascurabili beghe giuridiche, ritengono comprensibilmente che la semplice esistenza di fenomeni collusivi così pericolosi e corrosivi giustifichi l'intervento penale, quale che sia lo strumento selezionato dagli addetti ai lavori.

Serve a coloro che, partecipi per ruolo funzionale dell'azione statuale di contrasto e repressione delle attività mafiose, avvertono l'urgenza del fare e sono portati fisiologicamente a prediligere le prospettive che sembrano in grado di assicurare i massimi risultati e che comunque mostrano di avere vitalità e capacità di persistenza secondo gli attuali *trend* interpretativi.

Ma serve anche a chi, accanto a questi genuini sentimenti popolari e a questo senso del ruolo istituzionale e dei suoi doveri, intraveda l'ulteriore e allettante possibilità di ergersi a simbolo e guida, stagliandosi come interprete privilegiato del sentire e dei bisogni della gente comune e, in più di un caso, disponendosi poi a intraprendere ruoli di più estesa rappresentanza, presentati come ideale prosecuzione della medesima missione salvifica.

Serve a chi intenda costruire manifesti ideologici e politici nei quali lo strumento penale, tanto più se di lotta, diventa una direttrice prioritaria e una precisa e riconoscibile caratteristica identitaria.

Serve a chi, collocandosi *a latere* di queste tendenze ideologiche e politiche, e contribuendo ad alimentarle mediaticamente e a favorirne la penetrazione nel corpo sociale, considera una iattura qualunque riflessione critica, da qualunque parte provenga.

A tutti costoro, anche se per ragioni differenti, il concorso esterno serve eccome.

Questa constatazione non impedisce tuttavia né di identificare e censurare gli inemendabili deficit strutturali dell'istituto né di attribuirne l'esclusiva paternità al giudice.

Sono entrambe, sulla base della ricognizione complessiva oggetto di questo scritto, realtà evidenti che si offrono in modo piano a chi voglia coglierle e a dispetto di qualunque artificio linguistico.

In fondo, una diceria è nient'altro che una diceria:

*"Il parlamento di Tolosa segue una pratica molto curiosa nelle prove testimoniali. Altrove si ammettono mezze prove, che in fondo non sono che dubbi, perché si sa che sono mezze verità. Ma a Tolosa si ammettono i quarti e gli ottavi di prova. Si può considerare, per esempio, un sentito dire come un quarto di prova, un altro sentito dire più vago come un ottavo; di modo che otto dicerie, che non sono che un'eco di una diceria mal fondata, possono diventare una prova completa ed è all'incirca su questo principio che Jean Calas fu condannato alla ruota"*⁸¹.

⁸¹ F. M. Arouet (Voltaire), *Commentaire sur le livre des Délits et de Peines*, Ibis, 1994, pp. 89-90.

