

OPINIONI A CONFRONTO

IL CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE MAFIOSA

Nota introduttiva di STEFANO CANESTRARI

L'idea della mafia quale società chiusa contrapposta alla società civile, una mafia a base familiare, con organigrammi rigidi fatti di sicari, mandanti, cupole, cui ciascuno accede per il tramite di un rito d'iniziazione, appare oggi riduttiva. Da tempo "questa" mafia si è evoluta, conoscendo anche altri paradigmi associativi, che spingono il tradizionale nucleo criminale verso un confine incerto e mobile, in cui si compenetrano liceità e illiceità. Ai margini, il passaggio dal non essere mafioso all'esserlo non è più così netto. La contiguità soggiacente si confonde con la contiguità compiacente. Il professionista, l'amministratore, l'imprenditore, quand'anche non assumano un ruolo nel sodalizio, non possono mancare di entrare in relazione con esso: sottomettendosi talvolta, profittandone in altri casi, sempre e comunque senza potersene affrancare del tutto.

Si spiega così la rivalutazione di un istituto forgiato dalla giurisprudenza penale degli anni settanta: il concorso esterno nell'associazione criminale, un tempo sovversiva o di banda armata, oggi di stampo mafioso. Concetto per taluni pericoloso, per altri provvidenziale, per tutti dai confini incerti, il concorso esterno sfrutta il moltiplicatore di tipicità offerto dall'art. 110 c.p., allo scopo di circondare il reato associativo di un ambito di potenziale e ulteriore rilevanza penale. Un vero e proprio limbo, la cui qualificazione non dipende più dal ruolo assunto – ché il soggetto non è per definizione inserito nell'associazione – bensì dalla funzione assolta, o meglio dall'efficacia del contributo rispetto alla vita dell'ente, secondo i modelli eziologici del concorso di persone. È inevitabile quindi che sia il processo, a posteriori, a delimitare la stessa area di tipicità penale, là dove *ex ante* si avverte soltanto il generico monito a non partecipare nel reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. Ma se il "reato", come quello delineato da quest'ultima norma, si sostanzia tecnicamente nel prendere parte all'associazione e non già nell'associazione di per se stessa, la strutturale indeterminatezza dell'art. 110 c.p. rischia di coinvolgere nell'area della pena chiunque consapevolmente agevoli l'associazione, e con ciò i membri che vi prendono parte.

Abbiamo chiesto a Francesco Mauro Iacoviello e Gaetano Insolera di esprimere il loro giudizio al riguardo, invitandoli ad assumere quali spunti di

riflessione anche gli interrogativi di seguito riportati:

1) è necessario, da un punto di vista politico criminale, ricorrere allo schema del concorso esterno per reprimere il fenomeno mafioso? Qual è il bilancio che si può trarre dal suo decennale impiego giurisprudenziale?

2) È tecnicamente convincente la struttura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso che si evince dalla giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento alle conclusioni cui è giunta la sentenza delle Sezioni Unite, 12 luglio 2005, Mannino?

3) Sarebbe conveniente, se non altro per mitigare l'indeterminatezza della fattispecie plurisoggettiva eventuale, procedere a una definizione legislativa del concorso esterno in associazione di tipo mafioso ovvero a una sua incriminazione autonoma?

dott. FRANCESCO MAURO IACOVIELLO

Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione

1. Ci piaccia o no, il concorso esterno dobbiamo tenercelo. Finché ci sarà l'art. 110 c.p., ci sarà il concorso esterno. Anzi, sarà anche il caso di abbandonare l'aggettivo "esterno", immaginifico certo ma giuridicamente improprio: dunque, *concorso eventuale in associazione mafiosa*.

Certo è però che mentre gli altri concorsi eventuali vengono accettati senza molti problemi, il c.d. concorso esterno fa spesso storcere il naso ai buongustai del diritto penale.

Si dice: esso amplia l'area della punibilità. Ma non è forse la funzione dell'art. 110 c.p. quella di ampliare l'area della punibilità estendendola alle condotte atipiche?

C'è un aspetto della questione che va evidenziato: nelle "nuove mafie", in particolare quelle straniere, il concorso eventuale non crea resistenze giuridiche: è un normale problema di 110 c.p.

È l'applicazione del 110 c.p. al paradigma del 416 *bis*, comma 2, c.p. – le vecchie mafie – che crea contrasti.

Come si spiega?

C'è una vistosa sproporzione di scala tra associazione mafiosa e concorso esterno. La mafia è qualcosa di enorme, mostruoso, terrificante, il cui inizio si perde nel tempo e la cui fine ancora non si intravede.

Il concorso eventuale è qualcosa di episodico, circoscritto, che dura un attimo.

C'è una sproporzione di lesività tra i due fenomeni.

Al fondo inespresso del 110 c.p. c'è un isomorfismo tra condotta tipica e condotta del concorrente eventuale.

Questo isomorfismo non c'è tra concorrente esterno e partecipazione mafiosa

Ora, come è possibile portare alle medesime dimensioni di scala i due fenomeni? Come renderli omogenei sotto il profilo della lesività?

O si riduce la mafia o si amplia il concorso eventuale.

Data la definizione del comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. non si può ridurre l'associazione mafiosa: essa è un antistato, occupa un territorio, assoggetta una popolazione, diffondendo il virus della paura diffonde la malattia epidemica dell'omertà.

Questa definizione di associazione mafiosa ha bisogno di un giudice poco positivista. Un giudice, cioè, poco legato alle forme nitide della tipicità (dove c'è una forma c'è un limite) e più propenso a cogliere la *sostanza delle cose*: che altro non è che la sostanza magmatica di giudizi morali e percezioni sociali di un fenomeno.

Il disvalore sociale è la materia esplodente del reato, il giudizio morale è il detonatore processuale. "*Chi ha a che fare con la mafia è in qualche modo mafioso e perciò la deve pagare*".

In questo modo si getta il ponte tra il *piccolo* concorso eventuale e la *grande* associazione mafiosa.

Ma in questo modo al *tipo* del diritto sostanziale subentra *l'imputazione* del processo penale.

Se una condotta è illecita, non lo si sa prima del processo, ma dopo.

Ma ci sono giudici *veteropositivisti* che non ci stanno.

Sono i nostalgici dell'illuminismo giuridico. Per loro la tipicità è unica e la stabilisce il diritto sostanziale, non il processo penale.

Per loro la morale va bandita non solo dal diritto penale, ma anche dal processo penale.

La morale nel diritto sostanziale è meno temibile perché in fondo è un'opzione dichiarata, alla luce del sole. La moralità nel processo è molto più temibile, perché insidiosamente latente e – come una guerriglia – quando meno te lo aspetti, riesce a sabotare le strutture del processo.

La Cassazione, in genere, è fatta di veteropositivisti. E non è detto che sia una disgrazia.

Così, con le norme che ha a disposizione, la Cassazione tende a colmare il *gap* tra concorso eventuale e associazione mafiosa.

Non potendo ridimensionare la seconda, sovradimensiona la prima: non ogni apporto è concorso eventuale, ma solo quell'apporto veramente notevole, che si pone sullo stesso piano di importanza ed efficacia della partecipazione.

In questo modo si ottengono due risultati: a) si ristabilisce l'equivalenza funzionale tra concorrente eventuale e partecipe, in modo che entrambe le condotte abbiano lo stesso disvalore sociale; b) si pone un limite alla espansione a macchia d'olio della tipicità penale.

Di qui nasce quella strana *teoria della fibrillazione*: la condotta del concorrente eventuale è qualcosa di veramente straordinario, che salva l'associazione mafiosa da un momento di crisi acuta. La condotta del concorrente eventuale acquista in intensità ciò che perde in durata: consisterà pure in un solo contributo episodico, ma si tratterà di un contributo di straordinaria efficacia salvifica. Per tale contributo la mafia sarà sempre grata al concorrente eventuale e – per così dire – lo rende *partecipe honoris causa*.

Sulla stessa linea – ma con maggiore serietà e profondità – si colloca l'ultimo approdo delle SS.UU., che impongono condizioni rigorose al concorso eventuale: ci deve essere un contributo serio, concreto, causale da accertare ex post.

Può darsi che sia stata detta la *last word* in materia di concorso eventuale in associazione mafiosa?

Speriamo, dubbiosi.

Il problema del c.d. concorso esterno non è in se stesso, ma altrove.

Il funzionamento a strappi del concorso eventuale (osannato prima e deprecato dopo) ha una origine lontana.

Essa va cercata nella formula del 416 *bis*, comma 3, c.p.: nella definizione legale di associazione mafiosa e, quindi, di partecipazione.

Se non si modificano quelle, non ne usciremo fuori.

2. Il fenomeno mafioso – come ogni fenomeno rilevante per il diritto penale – va visto sotto tre profili: il profilo criminologico, quello della tipicità e quello della prova.

Realtà criminale, diritto penale e processo penale: vi deve essere una rispondenza tra queste tre dimensioni, altrimenti il circuito si inceppa e prendono il sopravvento i meccanismi del processo.

Se non vi è aderenza tra fenomeno criminologico e tipicità, c'è la tentazione di forzare la tipicità penale: attraverso *l'applicazione* della norma al fatto (dunque, l'imputazione nel processo) si dilata *l'interpretazione* della fattispecie legale incriminatrice. Dal processo emergono *nuovi casi* che si fanno rientrare

nel contenitore semantico della *norma*. I nuovi casi danno nuovo contenuto alla norma.

Se invece la fattispecie è espressa in termini non provabili, è questa volta la prova che viene ad incidere sulla tipicità: o si accorcia o alleggerisce la prova o si deforma la tipicità. Al posto dell'elemento di reato difficile da provare, si prova qualcosa altro più facile da provare e che diventa l'equivalente funzionale del primo (per esempio, provo il reato-scopo per provare la partecipazione).

Il fenomeno criminale della mafia si evolve. Non è solo la vecchia mafia a cambiare pelle.

Accanto alla vecchia mafia spuntano le nuove mafie.

La tipicità penale deve inseguire il crimine: non può una tipicità del passato raffigurare la criminalità mafiosa del presente.

Questo problema di sincronismo tra tipicità e mafia è penetrato nella norma.

L'art. 416 *bis* c.p. contiene al terzo e all'ultimo comma due definizioni di associazioni mafiose: l'una profondamente diversa dall'altra.

Quella del terzo comma raffigura la vecchia mafia. Quella dell'ultimo comma, più che una definizione di mafia, è una definizione di criminalità organizzata.

C'è una tensione concettuale tra le due definizioni, come tra i due fenomeni.

Una doppia tipicità, per la vecchia mafia e per le nuove.

Una delle due categorie è di troppo.

Il concorso eventuale in associazione mafiosa deve fare i conti con queste due diverse definizioni di mafia.

Ma deve fare i conti anche con la prova.

Nei processi di mafia due sono i mezzi di prova fondamentali: chiamata di correo e intercettazioni. La caratteristica di questi due mezzi (rispetto, per esempio, alla testimonianza o alla perizia) è che non hanno un oggetto prelezionato. Essi riversano una massa di informazioni (fatti, persone, relazioni) che hanno spesso il carattere della novità sorprendente.

Il problema di questi processi è che spesso c'è un eccesso di informazioni rispetto al *thema decidendum*.

Allora si tratta di valorizzare queste informazioni, di utilizzarne quante più è possibile: il processo deve lasciare meno scorie possibili.

Per fare questo, noi abbiamo bisogno di due cose: a) più criteri di inferenza: una nuda informazione senza un criterio di inferenza, è insignificante e dunque processualmente irrilevante (di qui la tentazione di criteri di inferenza sociologici o tratti da vincoli familiari); b) una tipicità più flessibile, o meglio

una tipicità incompiuta pronta ad accogliere nuovi casi dello stesso tipo (stavo per dire: *casi analoghi*).

Per ridurre l'incidenza del concorso eventuale in associazione mafiosa, la più efficace strada percorsa dai legislatori e dalla giurisprudenza è stata quella di imbrigliare in canoni rigidi la chiamata di correo.

Ridurre la capacità probatoria della chiamata di correo significa far mancare i viveri al concorso eventuale mafioso.

Le battaglie processuali che quotidianamente avvengono nei processi di mafia sulla utilizzabilità delle intercettazioni sono un ulteriore segno del tentativo di togliere le informazioni su cui fare scattare il concorso eventuale.

Solo che una volta dichiarate utilizzabili le intercettazioni, la battaglia per la difesa è compromessa.

Infatti, mentre per la chiamata di correo ci sono molteplici criteri di valutazione, per la valutazione delle intercettazioni non è stato elaborato nulla.

Anzi, il carattere a sorpresa delle intercettazioni sembra dare una patente di genuinità e di verità a quello che dalle intercettazioni viene fuori.

Quel che pensano e dicono gli intercettati diventa facilmente vero. Modificando il principio cartesiano, si potrebbe dire: "*cogito, ergo est*"!

In conclusione, intervenire su chiamata di correo e intercettazioni è la *strada processuale* per devitalizzare il concorso eventuale in associazione mafiosa.

3. L'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. contiene la celebre definizione di associazione mafiosa. Se un legiferatore provasse a modificare la formula, rischierebbe forse una crisi di governo.

Quella formula trae il suo prestigio del sangue innocente che l'ha ispirata.

Ma vista con occhi disincantati, quella formula sembra scritta da uno Sciascia o da un Calvino, non da un legislatore tecnico.

Colpisce innanzitutto qualcosa di grottesco: l'associazione mafiosa viene descritta come una forza minacciosa e violenta, che soggioga popolazioni intere ("una forza di occupazione"). Eppure – come figura base di reato – questa forza terribile che sparge intimidazione e omertà è disarmata!

Infatti, il possesso di armi è solo un'aggravante.

Evidenti le esigenze di prova: dalle perquisizioni e intercettazioni non saltano fuori armi: che si fa, si esclude l'associazione?

Sta di fatto che la figura base di associazione mafiosa è irrealistica. C'è uno scollamento tra fenomeno criminale e tipicità.

Qui la tipicità cede alle esigenze della prova. Forza di intimidazione, assog-

gettamento e omertà implicano ovviamente armi. Ma poiché non possiamo provarlo, facciamo una *fictio iuris*, o meglio rendiamo *tipico* solo una parte del fenomeno criminale: rimane l'effetto (intimidazione, assoggettamento e omertà) ma togliamo la causa (le armi).

Il risultato è che per il legislatore, di regola, Cosa nostra è disarmata.

Il nocciolo duro della fattispecie criminosa è la "forza di intimidazione del vincolo associativo". Espressione efficace sul piano comunicativo. Ma come si prova questa forza intimidatrice nel processo?

Il problema non si pone per le mafie tradizionali. Qui la forza di intimidazione non va provata perché siamo in presenza di una tautologia: dire Cosa nostra è dire forza di intimidazione del vincolo associativo.

Ma per le nuove mafie? e per una scheggia di Cosa nostra trapiantata al Nord? e per una nuova cosca o una associazione tra imprenditori e personaggi dal passato mafioso che si prendono un lucroso appalto a Gioia Tauro o tra amministratori locali e personaggi mafiosi che vincono le elezioni amministrative in un paese alle falde dell'Aspromonte?

In questi casi come provi la forza di intimidazione? O provi violenze e minacce o non hai provato nulla.

E infatti, in Cassazione è ben difficile che regga una sentenza di condanna: come dimostrano recenti sentenze di annullamento.

Il c.d. metodo mafioso processualmente è violenza o minaccia. Nessuna sentenza ha mai motivato sull'esistenza della forza di intimidazione, desumendola dal vincolo associativo!

Ma nella struttura dell'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. c'è ancora qualcosa altro che non funziona.

L'associazione si serve ("si avvale") di una forza di intimidazione.

Questa forza di intimidazione del vincolo associativo non è programmata o potenziale o semplicemente sperata, ma è una forza in atto, dal momento che essa crea condizioni di assoggettamento e di omertà.

E senza violenza o minaccia non c'è intimidazione: l'associazione mafiosa, almeno all'inizio, deve investire in violenza e minaccia, poi può vivere della *rendita* di questo investimento.

Quindi la fattispecie incriminatrice descrive una associazione mafiosa già operante: è il fermo-immagine di un film già iniziato.

L'associazione mafiosa è un'associazione che viene punita in quanto ha già in corso di esecuzione il programma criminoso.

Non esiste un'associazione mafiosa "per ciò solo" come nell'art. 416 c.p. Se l'associazione esistesse prima dei delitti-scopo come potrebbe "avvalersi"?

A meno che non si voglia dire che la forza di intimidazione non è né una modalità dei delitti-scopo, né una modalità della condotta associativa (non si partecipa all'associazione avvalendosi di...) ma una qualità dell'associazione.

Ma in questo modo ritorniamo al punto di partenza: questa qualità non è un dono (anzi, un peccato) originale dell'associazione. Si acquista e si conquista attraverso violenze e minacce.

Atteniamoci alla connessione delle parole legislative (art. 12 preleggi): l'avvalersi è “..per commettere delitti...”.

La forza di intimidazione è strumentale rispetto ai fini dell'associazione. Il metodo mafioso non è rinunciabile da parte del mafioso. Il mafioso non può commettere reati-scopo se non usando un metodo mafioso.

Ma anche qui sorgono difficoltà.

L'intimidazione serve per commettere solo quei delitti che implicino una recezione del messaggio intimidatorio da parte delle vittime: per intimidire è necessario che qualcuno recepisca la intimidazione.

Non c'è intimidazione senza vittime consapevoli.

Ma se io mafioso uccido una persona ignara, come posso dire che mi sono avvalso della forza intimidatrice? mi sono avvalso di un kalashnikov.

La fattispecie incriminatrice è ritagliata sul delitto-scopo dell'estorsione.

A meno che non pensiamo che questa forza di intimidazione operi *post delictum*, costringendo le vittime a subire in silenzio. Quindi, il metodo mafioso non serve a commettere delitti, ma per assicurarsi l'impunità.

Interpretazione molto riduttiva, se pensiamo alle mafie tradizionali.

Ma poiché la “forza di intimidazione” ricorre anche nell'ultimo comma dell'art. 416 *bis* c.p. occorrerebbe trovare un senso che vada bene per vecchie e nuove mafie (è difficile pensare che il legislatore abbia usato la stessa espressione con due sensi diversi nel medesimo articolo...).

Allora, la forza di intimidazione deve intendersi operare in duplice direzione: all'esterno verso le vittime dei reati-scopo; all'interno verso gli associati.

La temibilità dell'associazione deriva proprio dal fatto che c'è un patto di sangue all'interno. Se metodo mafioso significa temibilità, è temibile un'associazione da vincoli interni indistruttibili: lì è assoggettamento e omertà e impenetrabilità.

Ma in questo modo il c.d. metodo mafioso si distacca dall'assoggettamento di un territorio e di una popolazione.

“Forza di intimidazione”, “assoggettamento”, “omertà” sono parole linguisticamente efficaci perché rispondono alla percezione sociale del fenomeno mafioso. Ma sono parole processualmente intraducibili.

Non puoi provare la forza di intimidazione se non provi minacce, estorsioni, violenze, omicidi.

E quindi non puoi provare l'associazione mafiosa, se non provi che ha già commesso numerosi delitti-scopo.

Ma siccome si suppone che il legislatore non usi parole a vuoto, non basta provare la forza di intimidazione: occorre provare anche l'assoggettamento e l'omertà.

Ma come si prova l'assoggettamento?

Al di là di fenomeni eclatanti (tipo l'abbassamento delle serrande dei negozi in occasione di un funerale di un mafioso, l'assoggettamento lo si desume automaticamente dalla forza di intimidazione. Ma allora che senso ha mettere nella definizione l'assoggettamento?

E come si prova nel processo l'omertà?

Citando il poliziotto che dichiara che nessuno vuol parlare? In un processo inquisitorio questa testimonianza poteva pure passare. Ma in un processo di parti, una testimonianza siffatta non reggerebbe al controesame.

In conclusione, un difensore abituato alla filosofia analitica, potrebbe fare un ricorso per cassazione per vizio di motivazione dicendo: "la sentenza ha motivato sulla forza di intimidazione ma non ha detto una parola sull'assoggettamento e le due cose sono diverse dal momento che sono entrambe menzionate nella legge, per cui ci può essere forza di intimidazione e non assoggettamento". E con implacabile logica il difensore potrebbe aggiungere: "la sentenza deve motivare tanto sull'assoggettamento quanto sull'omertà. Se il legislatore cita entrambe vuol dire che sono cose diverse, per cui ci potrebbe essere assoggettamento e non omertà e viceversa".

Sta di fatto che nelle sentenze di mafia non si perde tempo a motivare sull'intimidazione, sull'assoggettamento e sull'omertà.

Perché basta provare una volta in un processo l'associazione mafiosa, per cui questa prova – con il meccanismo dell'art. 238 *bis* c.p.p. – circola in tutti i processi di mafia.

Si fa (come si è fatto) un maxiprocesso con omicidi, estorsioni e quant'altro e si prova che la mafia è un crimine.

Provato una volta, provato sempre.

Così, il nucleo forte della definizione normativa dell'associazione mafiosa è un "già provato", che perciò non ha bisogno di essere "più provato".

E fin qui, le ridondanze della formula legislativa rimangono abbastanza innocue.

Ma solo perché abbiamo a che fare con la mafia tradizionale.

Appena si aprono altri scenari, la formula va in crisi.

Pensiamo ai riassetti del sistema mafioso: da una cosca si stacca una scheggia che forma una nuova associazione. Ne nasce una guerra di cosche. La nuova cosca non si è ancora insediata sul territorio, non sparge ancora intimidazione assoggettamento e omertà, pensa solo a fare la guerra all'altra cosca. Come facciamo a dire che la nuova cosca è un'associazione mafiosa?

Qui si prescinde da intimidazione, assoggettamento e omertà e si dice: la nuova cosca proprio perché sfida la vecchia si erge per ciò solo ad associazione mafiosa.

Come dire: le cosche si legittimano a vicenda come *mafiose*,

Pensiamo a più associazioni che insistono sul medesimo territorio dedicandosi a traffici differenziati.

Pensiamo alle associazioni fondate al Nord da profughi mafiosi sconfitti nella guerra di mafia o da frange di cosche espansioniste.

Qui occorrerebbe dimostrare intimidazione-assoggettamento-omertà. Ed è qui che la definizione legale diventa processualmente impossibile.

In linea generale: quando si passa dal modello della mafia tradizionale a base territoriale ad un modello di mafia deterritorializzata, settoriale e funzionale, la gloriosa definizione legislativa non funziona più.

Funzionava quando gran parte di ciò che è contenuto nella formula non andava provato o andava provato una volta per tutte.

Non funziona quando intimidazione assoggettamento e omertà vanno provati.

Non è un caso che nella definizione dell'ultimo comma dell'art. 416 *bis* c.p. siano scomparsi assoggettamento e omertà.

Questi requisiti possono avere un senso per la *mafia-territorio*, che vive del rapporto simbiotico associazione mafiosa-popolazione circostante.

Ma non hanno un senso per la *mafia-mercato*.

Qui la mafia non deve essere un antistato, assoggettare una popolazione e terrorizzarla fino all'omertà. Qui la mafia deve dominare i punti-vendita di un prodotto (armi, stupefacenti, esseri umani ecc.). L'intimidazione è tutta interna al mercato (è verso la concorrenza e verso le vittime). L'omertà è l'omertà delle vittime dei reati-scopo.

In conclusione, la formula del 416 *bis* ha un duplice difetto: un difetto genetico, perché descrive una mafia già formata e non in formazione; un difetto funzionale perché recepisce in termini giuridici un fenomeno sociologico e parla di mafia inscindibilmente legata al territorio.

Ma, al fondo, c'è un difetto più grande.

La tipicità della fattispecie incriminatrice è una tipicità-messaggio volto al mondo civile. Ma non è una tipicità volta al processo. Cioè una tipicità fatta di elementi costitutivi *processualmente provabili*.

Se questa è la tipicità dell'associazione mafiosa, è vano cercare una tipicità del concorso esterno.

4. La difficoltà di tracciare i confini del concorso eventuale mafioso deriva molto dal fatto che non si sa bene cosa sia la condotta di partecipazione¹.

All'inizio il partecipe era l'uomo d'onore. Era un modo semplice ed efficace di rappresentare la partecipazione mafiosa. E – cosa non da poco – rispecchiava la realtà criminale di una mafia tradizionale fortemente strutturata al proprio interno e autosufficiente.

Oltretutto, tale formula era il coerente sviluppo del concetto di associazione come reato-accordo: dall'accordo nasceva una *societas* di cui si era *soci*.

Dunque, il partecipe come uomo d'onore era il logico corollario di una idea di *associazione mafiosa-società* di cui si diventa soci.

Questa formula aveva poi il vantaggio che non imponeva all'accusa di provare e al giudice di motivare sul contributo causale del partecipe.

Una volta provata l'affiliazione, tutto poi filava liscio.

C'erano due non trascurabili inconvenienti in questa concezione, l'uno di ordine probatorio, l'altro di ordine sostanziale.

Sul piano probatorio, se l'oggetto di prova era l'affiliazione, venivano di colpo tagliate fuori come irrilevanti tutte una serie di catene inferenziali: per esempio, non era possibile dedurre la partecipazione dalla commissione di reati-fine.

Per provare l'affiliazione ci voleva la chiamata di correo di uno che fosse stato presente alla cerimonia o che lo avesse saputo da uno presente.

Sul piano sostanziale il partecipe come uomo d'onore lasciava fuori dalla partecipazione tutta una serie di figure affini (per esempio, il c.d. *avvicinato*) e di contributi causali e continuativi.

In questo stato di cose la cosa più logica da fare era quella di non rinunciare a nessuna *possibilità di prova*, cioè non rinunciare a nessuna inferenza probatoria.

E così è stato fatto.

¹ Il lavoro più profondo e imprescindibile rimane in materia quello di Costantino Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

La definizione di partecipazione è rimasta la stessa (colui che prende parte ad un'associazione con la coscienza e volontà di far parte di essa e di eseguirne il programma), ma nella sostanza processuale le cose sono cambiate.

Per provare la partecipazione o si prova che sei un uomo d'onore o si prova che hai dato un contributo causale rilevante.

Così dove non era possibile percorrere probatoriamente la strada principale (quella dell'affiliazione) si percorreva la strada tradizionale che si è sempre percorsa quando viene in ballo la partecipazione: desumere la partecipazione dalla commissione di reati-fine.

Chi ha mai dubitato in un processo di mafia che è partecipe chi ha commesso un omicidio per conto del capomafia?

Ma non è finita.

Provare il contributo non è sempre facile.

Rimane una terra di *punibilità non provabile*: quella dell'imprenditore, dell'amministratore, del politico che ha rapporti continuativi con la mafia.

Qui non c'è affiliazione e non c'è contributo.

Allora si scopre un concetto che andrebbe brevettato per i grandi servizi che ha reso nei processi: il concetto di *disponibilità*.

Formidabile idea quella del partecipe come colui che dà la propria disponibilità all'associazione! Non c'è bisogno di provare alcun contributo e non c'è bisogno di provare l'affiliazione.

La disponibilità non è – come il contributo – un episodio, ma una condizione che dura nel tempo: è permanente, come permanente è la condotta del partecipe.

È importante questa tecnica probatoria: a) la condotta di partecipazione è difficile da provare; b) si trova un equivalente funzionale: partecipazione = disponibilità; c) la disponibilità è molto più facile da provare: bastano relazioni continuative e stabili, manifestazioni di solidarietà, atteggiamenti di sollecitudine e simili.

In questo modo si sostituisce un elemento strutturale del reato difficile da provare con un equivalente funzionale più facile da provare.

Nei processi queste operazioni concettuali incontrano il fuoco di sbarramento delle difese: una disponibilità senza contributo è una disponibilità virtuale di fatto indisponibile, la disponibilità diventa uno stato mentale, la condotta di partecipazione si rifugia all'interno dell'uomo.

In definitiva, la vaghezza semantica della disponibilità agevola la prova, ma solo a costo di rompere la tipicità.

Le discussioni sulla *prova* della partecipazione alla fine hanno cambiato il

concetto di partecipazione.

L'ordine pubblico non è violato da qualifiche formali, ma da condotte sostanziali.

Non ha senso l'alternativa contributo sì-contributo no.

La partecipazione è azione, dunque è contributo.

Partecipare non significa essere iscritti nel libro-soci della cosca, ma prendere parte alle strategie dell'impresa. La partecipazione non è uno *status*, ma è condotta.

Da una prospettiva formale si muove verso una prospettiva funzionale: dalla mafia come *società* alla mafia come *impresa*, cioè un'*attività organizzata* in vista di certi fini.

Partecipe è chi *svolge una funzione* nell'impresa mafiosa.

Se un vantaggio ha la formula del 416 *bis* c.p. è proprio quella del riferimento non ad un accordo o ad un organigramma sulla carta, ma ad una impresa (“...*si avvalgono della forza di intimidazione* ...”).

In questa prospettiva va operato un riassetto della logica della prova: oggetto di prova non è dimostrare che l'imputato è uomo d'onore; piuttosto, l'essere uomo d'onore è invece un grave ed univoco indizio di essere partecipe all'associazione-impresa mafiosa.

In questo modo si verifica una progressiva convergenza tra fenomeno mafioso e criminalità organizzata. Il loro connotato comune è che entrambe esprimono una *impresa criminale*.

5. Con il passaggio dalla *partecipazione-status* alla *partecipazione-contributo*, la distanza tra partecipazione e concorso eventuale si è assottigliata.

Prima la distinzione era netta: la partecipazione era un *ruolo*, il concorso esterno era una *funzione*; la partecipazione era uno *status* che non ha bisogno di azioni; il concorso esterno era invece *azione* di un soggetto senza status. Dallo *status di socio* si passava alle *azioni del concorrente esterno*.

La difficoltà di provare l'affiliazione ha portato ad una svalutazione dei profili ritualistici e formali della partecipazione.

Ora partecipazione e concorso eventuale richiedono entrambi una condotta, che dia un contributo causale.

La differenza è che l'una richiede un'attività continuativa e l'altro può consistere in un solo episodico contributo.

Ma come è possibile che dalla condotta-contributo si arrivi a due approdi differenti: un contributo porta alla partecipazione e un contributo porta al concorso eventuale?

Il fatto è che si applicano catene inferenziali diverse.

Per esempio, viene provato che x è un killer che ha commesso un omicidio di mafia. Nessuno dubita che x debba rispondere anche di partecipazione: perché?

Perché noi applichiamo il criterio di inferenza secondo cui una cosca mafiosa ha un proprio stabile, organico gruppo di fuoco e se x uccide, vuol dire che fa parte di tale gruppo e quindi fa parte della cosca.

Un'attività continuativa (la partecipazione, appunto) la desumiamo da un singolo contributo.

Facciamo invece il caso di un consulente giuridico che aiuta una cosca ad acquistare una società in liquidazione in un'attività economica strategica. Qui c'è il contributo causale singolo e specifico. Ma noi qualificiamo 90 volte su 100 il consulente come concorrente eventuale e non come partecipe: perché?

Perché noi non riteniamo razionalmente fondato il criterio di inferenza per cui una cosca mafiosa ha al proprio interno un ufficio di consulenza finanziaria.

E questo dipende dalla vischiosità dei concetti (o preconconcetti) per cui per la cosca è essenziale il gruppo di fuoco, ma non un gruppo di consulenza.

Ma la mafia si evolve, il programma criminoso può riguardare anche attività lecite svolte con mezzi formalmente leciti, i profitti poi vengono destinati ad investimenti diversificati su mercati globali

Questo comporta un mutamento nella struttura dell'organizzazione mafiosa.

Al *nucleo operativo occulto*, che costituisce la struttura destinata all'attuazione del metodo mafioso, si è sovrapposta una possente *sovrastruttura finanziaria* (tipica della criminalità da profitto) che opera nei mercati legali con azioni formalmente legali.

L'impresa moderna – lecita o illecita che sia – ha bisogno di molte funzioni. È un problema di costi per l'impresa lecita, è un problema di sicurezza per quella illecita. decidere se internalizzare una funzione (cioè creare una struttura interna che svolga tale funzione) o esternalizzarla (servirsi di persone esterne alla propria struttura).

A questo punto che la medesima funzione sia svolta da chi sta dentro l'organizzazione o da chi sta fuori, ha poca importanza.

Questa considerazione avvicina ancor più partecipazione e concorso eventuale.

Non è la fungibilità o infungibilità delle funzioni che li distingue.

Ma allora perché si continua ancora a distinguere partecipazione e concorso eventuale?

Al fondo di tutta questa problematica c'è, inespressa e silente, una *pre-comprensione*: e cioè, che il concorso esterno sia un *quid minus* rispetto alla partecipazione.

Questa pre-comprensione è fuorviante.

Una graduazione di disvalore tra concorso esterno e partecipazione, a livello di tipicità normativa, è osteggiata dall'art. 110 c.p. Poi, a livello di realtà criminologica, non di rado il contribuente del concorrente esterno ha una carica di lesività più intensa della condotta di partecipazione.

Partecipazione e concorso eventuale non si distinguono per il diverso grado di disvalore delle rispettive condotte.

Quello che ancora distingue partecipazione e concorso eventuale è questo: il concorso eventuale è un contributo singolo, la partecipazione è un contributo singolo + la disponibilità a fornire ulteriori contributi per il futuro.

Questa disponibilità non va provata: la si desume automaticamente dalla qualità di socio.

Dunque, concorrente e partecipe non si distinguono per il contributo, ma solo per il fatto che la disponibilità per il futuro c'è per il secondo ma non per il primo.

Sul piano criminologico questa distinzione è infondata (nulla esclude che il concorrente eventuale sia disponibile anche in futuro per la cosca: anzi!).

Sul piano giuridico la distinzione si traduce nella partecipazione come reato permanente e nella condotta di concorrente eventuale come reato istantaneo.

La vera unica differenza rimane questa.

In questo quadro è giocoforza per la giurisprudenza cercare nel concorso eventuale un disvalore che consenta di avvicinarlo a quello della partecipazione.

Nasce così la teoria della fibrillazione, infondata giuridicamente (manca qualsiasi legame normativo) e criminologicamente: non è questione di fasi patologiche o fisiologiche (qualsiasi impresa prevede strategie e strutture per le fasi di crisi).

Più fondata concettualmente è la costruzione del concorso eventuale affermata dalle SS.UU. Mannino, secondo cui: a) il contributo del concorrente eventuale deve essere serio e concreto e deve avere inciso effettivamente e significativamente sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali; b) questo accertamento deve essere effettuato ex post sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità; c) il dolo deve investire sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice sia il contributo causale recato dalla

propria condotta alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione mafiosa, ben sapendo e volendo il concorrente esterno che il suo apporto è diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

La sentenza è certamente la frontiera giuridicamente più avanzata, in questo quadro normativo, nella delimitazione della figura e dei limiti del concorso esterno.

Ma presenta profili critici.

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* della cosca? Ritorniamo alla teoria della fibrillazione? Preso alla lettera tale criterio sarebbe talmente forte da relegare il concorso esterno ad evenienze marginali.

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 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 intrise di valori e con denotazioni a scarsa definizione. Il risultato è la discrezionalità giudiziaria e, quindi, la tipicità processuale.

Alla fine, il contributo *indispensabile* alla vita dell'associazione si traduce *processualmente* in qualsiasi contributo *utile* alla stessa.

A mio avviso, a parte la chiarezza concettuale nell'inquadrare il problema, il vero *novum* delle SS.UU. sta in questo: escludere decisamente che la mera disponibilità concreti il contributo causale.

In questo modo si spazza via quella pericolosa terra di nessuno in cui attra-

verso il processo penale si tenta di espandere la tipicità sostanziale.

Incontri, colloqui, frequentazioni, manifestazioni di amicizia e solidarietà, vincoli parentali e simili vengono confinati nell'irrilevante penalistico.

E non è poco.

6. In attesa di un futuribile normativo quanto mai futuribile, occorre lavorare con il materiale normativo che abbiamo e gli attrezzi ermeneutici fornitici dal sistema.

Associazione, partecipazione e concorso eventuale sono correlati: la modificazione di un concetto si ripercuote sugli altri.

Quindi occorre procedere lungo tre direttrici:

a) il concetto di associazione mafiosa. La definizione di associazione mafiosa dell'art. 416 *bis*, comma 3, c.p. è sovradimensionata. Nei processi non si processa la Mafia, si processano soggetti appartenenti a cosche, clan, 'drine. Le mafie ormai sono tante.

Non si può estendere il paradigma del 416 *bis*, comma 3, c.p. alle altre mafie. Nelle nuove mafie c'è meno territorio e più mercato, meno ritualismi e più contributi. Sono imprese in cui non contano gli organigrammi ma le funzioni.

La definizione di mafia è troppo attenta alla dimensione simbolica e troppo poco alla dimensione della provabilità processuale. Le fattispecie penali devono essere articolate in pochi elementi essenziali e provabili.

Più si aggiungono elementi, più ingombrante diventa la fattispecie e più macchinosa e disfunzionale diventa la prova (ma il principio di ragionevole durata del processo siamo sicuri che non abbia le sue ricadute anche sul diritto penale e sulla costruzione delle fattispecie incriminatrici?).

Inoltre, quella definizione colloca nell'irrilevante giuridico il fenomeno cruciale della genesi dell'associazione criminale. È questa la logica di uno scenario criminale statico, che è quanto di più contrario alla reale dimensione del fenomeno. Noi ragioniamo su un fenomeno guardando vecchie foto.

In questa prospettiva occorrerebbe elaborare una sequenza di fattispecie criminali del seguente tipo: a) associazione per delinquere; b) associazione per delinquere che si afferma usando il c.d. metodo mafioso; c) associazione mafiosa.

Sta di fatto che il fiorire di nuove mafie e di associazioni del crimine organizzato impone una *reductio ad unum*: due nozioni (mafia e crimine organizzato) non possono coesistere.

Alla fine, sfrondando la definizione di mafia si può giungere ad una defini-

zione di associazione criminale, sobria ed efficace, del tipo di quella americana: cioè di una struttura organizzata e perdurante volta a realizzare determinati fini.

Data la definizione ridondante di associazione mafiosa, il concorso esterno diventa pressoché inconcepibile: o è qualcosa di veramente eccezionale, enorme, salvifico (un termine di moda che evoca il concorrente eventuale quasi come un *deus ex machina*) o è nulla.

b) la partecipazione.

Data la definizione di associazione mafiosa, non può non derivarne una altrettanto sovradimensionata di partecipazione.

Per quanto si voglia svalutare l'elemento ritualistico e nel contempo valorizzare il contributo (esempio, reato fine), è chiaro che – con quella definizione – l'elemento ritualistico è ben più che un elemento di prova: è il fattore cruciale che permette di passare dalla prova del contributo allo status di socio. La sequenza logica è questa: a) se dai un contributo di un certo tipo sei socio; b) se hai lo stato di socio vuol dire che dai la tua disponibilità; c) la disponibilità è una condotta permanente; d) questa permanenza non ha fine se non nella morte o nel recesso-collaborazione.

Così abbiamo la sequenza: *contributo-status di socio-disponibilità-permanenza senza fine*.

Per quanti sforzi si voglia fare, la partecipazione è un reato permanente particolare rispetto agli altri reati permanenti: è un reato senza termine, un *reato a vita* che cessa solo con un rito processuale (quello della collaborazione-dissociazione) eguale e contrario a quello di iniziazione.

Semel mafiosus, semper mafiosus.

Ma qui bisogna uscire dall'equivoco: il contributo del partecipe è *condotta* di partecipazione o *prova* di partecipazione?

Se è condotta, il singolo contributo non può diventare una permanenza senza fine.

Se è prova, la partecipazione diventa uno status.

C'è in ogni caso una sproporzione, direi una incommensurabilità tra contributo causale del partecipe e reato a vita.

Sciogliere questo dilemma ha un'importanza cruciale.

Forse non si è meditato abbastanza sul reato permanente, che è una figura critica in cui la tipicità penale è determinata dal processo penale.

Con conseguenze anche paradossali. Infatti, in giurisprudenza si distingue tra contestazione aperta e contestazione chiusa del 416 *bis* c.p.

Se la contestazione è aperta, la permanenza cessa con la sentenza di primo grado; se è chiusa cessa con la data della contestazione.

Così un reato naturalisticamente unico -come la partecipazione ad associazione mafiosa- può spezzarsi in più reati permanenti riuniti dalla continuazione, a seconda del modo in cui una parte processuale (il pubblico ministero) ritiene di effettuare la contestazione.

Teoricamente il pubblico ministero potrebbe contestare un'associazione fino a metà gennaio dell'anno x e subito dopo iniziare l'azione penale per lo stesso reato associativo ma per il periodo da metà gennaio a metà marzo dello stesso anno.

Se la prima condanna passa in giudicato, la seconda condanna (per il periodo da metà gennaio a metà marzo) non viene assorbita dalla prima per *bis in idem* ma va in continuazione. Giurisprudenza pacifica!

A questo porta la teoria del reato a vita che cessa solo con il recesso del socio (Aggiungo: a questo porta il vedere l'associazione mafiosa come *società* e non come *impresa*, per usare categorie civilistiche).

È logico che il giudice non può giudicare per il futuro e quindi la permanenza della partecipazione non può andare oltre la sentenza di 1 grado.

Ma per il periodo successivo un nuovo reato di partecipazione deve essere basato su nuove prove.

Altrimenti, il meccanismo logico status di socio-disponibilità porta ad una moltiplicazione infernale di reati.

c) concorso eventuale.

Finché associazione mafiosa e partecipazione sono sovradimensionate è chiaro che si crea una incommensurabilità tra esse e concorso eventuale.

Sono realtà normative percepite con un forte dislivello di disvalore.

Se si ridimensionano le prime due nozioni e si riportano a quella più sobria di crimine organizzato, il *gap* di disvalore si assottiglia.

Bisogna essere coerenti.

Se il concorso eventuale è 110 c.p., si deve applicare il 110 c.p.

Per l'associazione dell'ultimo comma dell'art. 416 c.p. non ci sarebbero tante resistenze, come non ci sono nell'applicare la categoria del concorso eventuale a qualsiasi altro reato.

I profili di indeterminazione della figura del concorso eventuale non sono intrinseci al 416 o 416 *bis*, sono intrinseci al 110 c.p.

Se c'è contributo causale e c'è dolo, c'è quanto basta per il concorso eventuale.

Non si richiedono contributi megagalattici.

Se il contributo è minimo, ma pur sempre causale, c'è il 114 c.p.

In questa prospettiva va valorizzato il dolo. O meglio, l'unica parte di dolo che rileva processualmente: quella rappresentativa (nel processo la cosa più facile è derivare il *volere* dal *sapere*).

Se tu sai che la tua azione può favorire l'associazione criminale e -sapendo questo- dai ad essa il tuo contributo, non si vede perché tu non ne debba rispondere.

La *ratio legis* (normativamente imposta come canone interpretativo da quella norma negletta, quanto non vituperata, dell'art. 12 preleggi) degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. è chiara: bisogna fare terra bruciata intorno alla mafia.

Chi collabora con la mafia si pone dalla parte della mafia.

Che stia fuori o dentro conta solo ai fini della famosa disponibilità (nella realtà nulla esclude che il concorrente esterno si dichiari disponibile anche per il futuro: la disponibilità non è prerogativa esclusiva del socio; il fatto è che mancano criteri di inferenza processuali per affermarlo).

Ma forse, al fondo, il problema è un altro.

Il problema è che ora in questo Paese non sappiamo (o forse lo sappiamo) se non se ne può più della mafia, o dei processi di mafia.

prof. GAETANO INSOLERA
Università di Bologna

1. La domanda riguardante la necessità del concorso esterno per reprimere il fenomeno mafioso trova facile risposta nei fatti.

E nella storia, in vero recente, di questa elaborazione giurisprudenziale: nello scorcio degli ultimi trenta anni.

È noto come, almeno in epoca contemporanea [si deve a Costantino Visconti l'individuazione di due precedenti della Corte di Cassazione di Palermo, del 1875: C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 43 ss.], il ricorso alla figura del concorso esterno corrisponda a questa cronologia e riguardi inizialmente la repressione delle associazioni politiche [le prime pronunzie in materia si sono avute alla fine degli anni sessanta con riferimento alle associazioni criminali di tipo eversivo e alla diffusione del fenomeno della 'contiguità' dei soggetti che, seppur non appartenenti a dette associazioni, fornivano un qualche sostegno per l'organizzazione [Cass. Sez. I, 27 novembre 1968, Murther, in *Arch. pen.* 1970, II, 7]. Successivamente la

prassi si è arricchita di nuove ipotesi associative con riguardo, dapprima, alle associazioni terroristiche 'interne' [Cass. Sez. I, 7 giugno 1977, Cucco, in *CED Cassazione*, 1977; Cass. Sez. I, 5 marzo 1980, Paradisi, in *Foro it.*, 1980, II, 477; Cass. Sez. I, 14 febbraio 1981, Campione, in *Riv. pen.*, 1981, 442], di seguito alle organizzazioni criminali *ex art.* 416 c.p. e di stampo mafioso [Cass. Sez. I, 4 luglio 1987 n. 8092, Cillari, in *Riv. pen.*, 1988, 392; Cass. Sez. I, 1 aprile 1988 n. 4119, Proc. gen. A. Napoli, in *Riv. pen.*, 1989, 184; Cass. Sez. I, 15 settembre 1988 n. 9242, Barbella, in *Riv. pen.*, 1989, 612; Cass. Sez. I, 23 novembre 1992, Altomonte, in *Cass. pen.*, 1995, 45; Cass. Sez. I, 18 giugno 1993, Turiano, in *Mass. pen. Cass.*, 1993, fasc. 10, 103; Cass. Sez. I, 6 giugno 1994, Bargi, in *Giust. pen.*, 1995, II, 18] e, da ultimo, alle organizzazioni terroristiche internazionali [Cass. Sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia, in *Foro it.*, II, 2007, 77].

L'anticipazione della soglia di punibilità consentita dalla commistione tra concorso nel reato e partecipazione nel delitto associativo ha così contribuito alla fisionomia di un diritto di lotta alla criminalità, prima politica e poi comune, secondo modelli emergenziali [modelli definiti classici e non confondibili con un illegittimo diritto penale del nemico; v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico* in AA.VV. *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, 131 ss.].

In questo senso la "necessità" politico criminale di ricorrere ad una strumentazione normativa capace di colpire forme di contiguità – per le associazioni criminali politiche si parla di fiancheggiatori – utili alla vita del sodalizio criminale, ma non riconducibili alla figura della partecipazione, come dicevo, è espressa dall'evidenza del fatto stesso del diffondersi di questa elaborazione giurisprudenziale.

Essa consente di asciugare il mare in cui nuotano i pesci. La contestazione del concorso nel delitto associativo permette l'emissione di misure cautelari e l'adozione di modalità di indagine e probatorie speciali: l'immissione dell'indagato nel binario processuale rivolto alla criminalità organizzata implica il raggiungimento della massima efficacia repressiva offerta da un arsenale ininterrottamente accumulatosi negli anni. Quello di criminalità organizzata è concetto in perenne espansione – nella legislazione nazionale e sovranazionale – a partire dalla sua prima menzione nella direttiva n. 48 della Legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale. Nell'ottica del penalista il problema del concorso esterno è stato quindi, fin dall'inizio, non tanto quello della sua utilità o necessità per gli scopi della lotta alla mafia, riguardando piuttosto i rischi ad esso connessi sul piano del principio di legalità.

Occorre perciò abbandonare la fuorviante lettura “agonistica” che per lungo tempo ha contrapposto favorevoli e contrari sul piano tecnico-giuridico. Effettivamente da un punto di vista normativo, non sussistano ostacoli insormontabili alla integrazione tra clausola generale dell’art. 110 c.p. e delitti associativi [afferma, in questo senso, difficilmente confutabile. Di recente così, ad esempio, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, III, Torino, 2003, 240; G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1955].

Le posizioni ostili al concorso esterno, a cominciare da quella di Gaetano Contento, alla fine degli anni ’70 [G. CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari, 2002, 109 ss. (significativo come nella raccolta postuma di scritti di Contento, il tema sia stato inserito nella sezione dedicata alla “difesa della legalità penale”)], erano animate da una fondatissima preoccupazione, sorretta da argomenti di natura dogmatico-costituzionale, verso l’effetto di amplificazione di uno strutturale difetto di determinatezza riguardante sia le fattispecie associative, sia quella di parte generale. Erano animate da una concezione del rapporto tra dogmatica e politica criminale che non rinunciava ai principi guida e ai limiti costituzionali nella scelta dei mezzi più efficaci per fronteggiare la criminalità [F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, 1988, ora in *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 1621].

Erano quindi e anzitutto coerenti con quella sensibilità che, a partire dagli anni ’70, si afferma in letteratura (e nella giurisprudenza della Corte costituzionale) per i principi di determinatezza e tassatività, quali aspetti fondamentali della legalità. Sensibilità che si rivolse anche alla formula dell’art. 110 c.p., con specifico riferimento alla funzione di tipicizzazione attribuita alla causalità nel concorso di persone [clima efficacemente ricordato di recente da G. VASSALLI, *op. cit.*, 1945].

Analogo, e in larga parte sovrapponibile, il problema posto dai delitti associativi [mi sia consentito rinviare a G. INSOLERA, *L’associazione per delinquere*, Padova, 1983]. Anche in questo caso, per lungo tempo, la tipicizzazione della partecipazione fa appello al paradigma causale. A ciò si aggiunga che tradizionalmente questa tipologia criminosa implica una forte anticipazione della tutela degli interessi e della punibilità. Ciò è ben espresso dalla clausola “per ciò solo” a cui è subordinata la configurabilità dell’archetipo punito dall’art. 416 c.p. Come è noto, le condotte associative sono punibili senza che abbia alcun rilievo un inizio di esecuzione del programma criminoso.

Ma la controversia sul concorso esterno ha anche un aspetto paradossale. Il

trattamento punitivo indifferenziato che, anche nella progettazione di riforma del concorso [M. DONINI, *Il concorso di persone nel progetto Grosso*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 315 ss.; G. VASSALLI, *op. cit.*, 1939 ss.], continua a caratterizzare il nostro sistema, porta a questa conclusione. La affannosa ricerca che dottrina e giurisprudenza compiono per trovare elementi distintivi sempre più chiari e precisi tra concorso eventuale e fattispecie tipica [G. VASSALLI, *op. cit.*, 2965], ricorda il mito di Sisifo. Il macigno che precipiterà a valle, qualunque sia la scelta, non cambierà infatti il suo peso sanzionatorio.

È in questi termini che il problema del concorso esterno continua a porsi. Basti consultare i manuali più recenti. Come una sostanza velenosa, il concorso esterno “va maneggiato con estrema cautela” [D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, 476]. Anche dopo la sentenza Mannino “vi è il serio rischio che il riferimento alla categoria della causalità scada ad espediente retorico che nasconde, più di quanto non spieghi, la *ratio* decisoria che guida il giudice nel verificare il rilievo penale del concorso esterno” [G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2007, 530].

È questione non sopita, che, fin da principio, in chiave generale, ha riguardato la tollerabilità costituzionale della espansione della punibilità consentita dall'art. 110 c.p. ed il pericolosissimo vuoto descrittivo che scaturisce dalla sua combinazione con il delitto associativo [M. PAPA, *Un 'baco nel sistema'? Il concorso esterno nella associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Leg. pen.* 2003, 700].

2. Per fare un bilancio dell'impiego giurisprudenziale del concorso esterno, di evidente utilità sono i numeri, provenienti dalla Procura nazionale Antimafia, portati al convegno svoltosi a Palermo il 29-30 novembre 2007 [*Le mafie oggi in Europa: politiche penali ed extrapenali a confronto*. Su questi dati vedi anche F. CAVALLARO, *Concorso esterno: 7190 accusati, solo 54 sentenze*, in *Corriere della Sera*, 29 novembre 2007, 25]. Il dato che più colpisce è quello riguardante le indagini preliminari definite dal 1991 al settembre 2007 (il totale degli indagati in quel periodo è di 7190): a 5547 posizioni corrispondono 2959 tra richieste e decreti di archiviazione (ca. 53%), 1992 richieste di rinvio a giudizio (ca. 36%), la rimanente percentuale attiene a procedimenti definiti con sentenza.

Come interpretare questi dati?

Se colti nella prospettiva conclusiva delle indagini preliminari depongono per un *self restraint* della magistratura requirente nel maneggio di uno stru-

mento della cui pericolosità essa sembra quindi essere pienamente consapevole. D' altra parte il ricorso frequente a misure cautelari quando si versi in questo campo, comunque le ricadute dell'acquisito ruolo di indagato, a cui si aggiunge la immancabile risonanza mediatica, spesso proprio in ragione della posizione sociale dei "contigui", ci danno la percezione di come il costo per l'innocente di questo flessibile, e come tale, apprezzato strumento, se misurato nell'impatto sanzionatorio già insito nella sottoposizione al procedimento penale – connotato assai spesso dai tempi lunghissimi delle maxinchieste – possa essere estremamente elevato [di doppia lettura dei dati parla anche C. VISCONTI, opinione espressa a F. CAVALLARO, *cit.*].

Anche se si affronta un bilancio a partire dai numeri si torna al tema di fondo, messo in luce in precedenza: quello dei rischi a cui la pratica del concorso eventuale sottopone i principi di garanzia del diritto penale.

Ma forse interviene un'ulteriore riflessione, sempre in una logica che intenda valutare gli esiti di un tragitto storico.

Le ragioni dello scandalo, e delle resistenze che, fin dal principio, ha suscitato, anche in chi scrive, il ricorso al concorso eventuale nei delitti associativi, oggi trovano forse troppi obiettivi, troppi bersagli. I rischi per il principio di legalità ormai percorrono settori sempre più ampi e cangianti. Quello della contiguità alla mafia diviene quindi solo uno dei temi per chi voglia ancora rivendicare al diritto penale una funzione di credibile resistenza alle istanze della politica criminale.

Sul piano interno e sovranazionale la centralità acquisita dal tema della lotta alla criminalità organizzata sembra proprio aver "messo nell'angolo" le preoccupazioni per una maggiore precisazione, in chiave garantista, della disciplina della compartecipazione criminosa.

Basti in proposito constatare la progressiva commistione tra concorso nel reato e partecipazione nel reato associativo: si è così notato come l'ormai metabolizzata configurabilità del concorso esterno, dove l'evento è l'organizzazione e la vita del sodalizio, spinga a coglier il secondo termine del nesso eziologico anche nel concorso di persone, in fasi organizzative o preparatorie, con una generalizzata anticipazione della soglia di punibilità [ancora M. DONINI, *op. cit.*, *Il concorso cit.*, 326]. Un tragitto in cui le prassi giudiziarie hanno definitivamente accantonato l'idea di una limitazione nell'utilizzazione della autonoma incriminazione associativa, rinunciando ad una credibile distinzione dal concorso nel reato continuato. Un rapporto magmatico quello ormai stabilito tra delitti associativi e concorso, nel quale l'idea stessa di determinatezza è incompatibile con il sovrapporsi sistematico di soluzioni plurime convergenti

su fattispecie ormai decifrabili solo con il ricorso “ad un linguaggio da iniziati” (accanto al concorso eventuale, il favoreggiamento, l’art. 418 c.p., l’aggravante dell’art. 7 D.L. 152/91).

È in questo contesto che si assiste, ad esempio, alla, attuale, irresistibile fortuna della contestazione dell’associazione per delinquere nel contesto delle più disparate fenomenologie criminose concorsuali, dai delitti fiscali alla nuova criminalità politico amministrativa [in tema la interessante tesi dottorale di E. BASILE, *L’associazione per delinquere ‘nuova frontiera’ di contrasto alla criminalità organizzata*, Dottorato di ricerca in Diritto della impresa, Università commerciale “Luigi Bocconi” XX ciclo]. Con una scelta antitetica a quella che aveva caratterizzato l’accentramento a Milano dei processi di *Tangentopoli*. Si consolida in questo modo, quanto meno nella fase delle indagini preliminari, una fisionomia dell’art. 416 c.p. che rinuncia definitivamente alla identificazione di un autonomo oggetto di tutela e a requisiti di struttura del tipo criminoso ulteriori rispetto all’apparato organizzativo dell’esecuzione concorsuale, che ne giustifichi la incriminazione *per ciò solo*. Quelle dell’art. 416 c.p. sono principalmente prestazioni investigative e processuali. Non dissimili da quelle assicurate, contro la criminalità politica amministrativa, dal buon vecchio e indeterminato abuso di ufficio.

Riprendo una recente prospettazione: nell’ambito di un diritto penale ormai differenziato, se una disciplina della compartecipazione coerente con i principi può avere campo nell’ambito del perdurante nucleo di diritto penale classico rivolto a qualunque tipo di autore, ciò non si concilia con aree, in costante espansione, che, con diversa intensità (fino ad un diritto penale del nemico) si connotano come diritto penale di lotta. Sono ambiti nei quali il predominare di esigenze di neutralizzazione ed il commiato da un diritto penale delle garanzie, spesso corrisponde non solo alla tipologia delittuosa e degli autori, ma proprio alla pericolosità insita nella indispensabile modalità plurisoggettiva della realizzazione criminosa [M. DONINI, *Il diritto penale differenziato*, in *Crit. dir.*, 2006, 277 ss.].

Una riedizione in grande stile delle idee di scuola positiva sulla specialità della criminalità in concorso, adattate alle costanti novità del crimine nazionale e transnazionale. Che produce anche un nuovo lessico e nuovi concetti con cui dovrà misurarsi il vocabolario classico dell’illecito plurisoggettivo. Si pensi al gruppo criminale organizzato, il cui coinvolgimento dà luogo alla definizione di reato transnazionale previsto dall’art. 3 della L. 16 marzo 2006 n. 146, di ratifica della Convenzione ONU dedicata all’argomento. Se poi si fa riferimento alla definizione contenuta nell’art. 2 di questa ultima, il concetto, in

larga parte sovrapponibile a quello dell'art. 416 c.p., è tuttavia configurabile anche nel caso in cui la proiezione criminosa riguardi un solo reato. La Convenzione, per altro, contiene anche il termine "gruppo strutturato" (art. 2, lett. c) non recepito dalla legge di ratifica, che rimanda esclusivamente al carattere "non fortuito della sua costituzione".

Possono essere significative infine le vicende della teoria della *Joint Criminal Enterprise*, come elaborata dall'esperienza dei Tribunali internazionali *ad hoc* [E. AMATI, M. COSTI in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, 105]. Se questi possono apparire futuribili, anche sul piano del diritto positivo, quello della lotta al crimine organizzato è un mondo in costante ebollizione, che non manca di mostrare scorci paradossali.

Come quelli mostrati dalla recente L. n. 125 del 2008, che a distanza di poco più di due anni ha aumentato nuovamente i livelli sanzionatori dell'art. 416-*bis* c.p.: una esibizione muscolare ormai di stile nei confronti della opinione pubblica, per controbilanciare altre contestuali iniziative forse meno condivisibili della scontata necessità di combattere la Mafia. Ancora, ha aggiunto alla rubrica dell'art. 416-*bis* c.p. e all'ultimo comma la formula "*anche straniera*".

Sulla superfluità della addizione per la perseguibilità delle cd. mafie etniche, già si sono registrati i primi commenti [A. CORVI, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV. *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2008, 43 ss.]. Alla base della interpolazione intervenuta in sede di conversione del Decreto legge n. 92/2008, può forse scorgersi un malinteso parallelismo con la modifica dell'art. 270-*bis* c.p. operata dalla L. n. 438/2001.

Occorre allora chiedersi, volendo scartare l'ipotesi di una superfluità meramente simbolica della modifica, se ad essa si sia attribuita una funzionalità analoga a quella svolta nell'art. 270-*bis* c.p.

Ma, se così fosse, sorgono immediatamente interrogativi sulle possibilità di conoscenza, e quindi di prova, attribuibili al nostro sistema di giustizia penale. Ciò quando la ricostruzione non riguardi organizzazioni e finalità dell'art. 270-*sexies* (per altro anche in questo caso periclitante), ma il metodo mafioso della associazione e questo si estrinsechi nei più remoti angoli del globo. Una prospettiva che metterebbe a repentaglio requisiti minimi di legalità della nuova incriminazione.

Breve, nel contesto del diritto di lotta alla criminalità organizzata, il concorso eventuale nell'art. 416-*bis* c.p. costituisce ormai solo uno dei punti di crisi di fondamentali principi penalistici.

3. Uno sguardo ai precedenti della sentenza Mannino ci permette di ritenere certamente preferibile le soluzioni da essa adottate. In estrema sintesi, la prima decisione delle Sezioni Unite [Cass. Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry] anzitutto stabilisce la configurabilità di quella forma di manifestazione del reato associativo. Come nei successivi interventi, in vero, il delitto è quello, dotato di evidenti specificità, dell'art. 416-*bis* c.p. La sentenza, in sintonia con una impostazione sempre più sostenuta in letteratura, procede anzitutto ad una definizione del fatto di partecipazione, al quale successivamente agganciare la tipizzazione concorsuale alla stregua del generale paradigma causale. La Corte opta per una concezione cd. organizzatoria, scartando impostazioni che, invece, anche in questo caso facevano appello alla causalità (l'uso delle parole *far parte* nel solo 416-*bis* c.p. mostra una particolare connotazione del rapporto associato-associazione nel contesto mafioso "che si è tradotta normativamente in una maggiore tipizzazione del partecipe"). Su questo punto non si riscontrano particolari divergenze nel successivo arresto del 2002 [SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, II, 2003, 454]. Parimenti entrambe le decisioni individuano nell'associazione-organizzazione il secondo termine della relazione causale alla cui stregua definire il contributo concorsuale esterno: così superando la tesi che richiedeva un collegamento con le singole condotte previste dal delitto associativo. Le due decisioni si allontanano, invece, a proposito dei criteri di identificazione del contributo punibile del soggetto estraneo al sodalizio.

Criticata la sentenza Demitry per la contaminazione criminologica consistente nella necessaria "fibrillazione patologica" che deve aver colpito il sodalizio. La sentenza Carnevale torna al più consueto concetto della sufficienza di un contributo dotato di rilevanza causale ai fini della conservazione e del rafforzamento del sodalizio. Punto critico è tuttavia il riferimento alla sufficienza della sua idoneità.

Ancora una volta il problema rifluisce sulla causalità come criterio di tipizzazione del concorso di persone.

Giudizio *ex post* o *ex ante*, in concreto o in astratto? Un ventaglio di soluzioni affidato alla giurisprudenza. A ben vedere, forse, proprio nella sentenza Demitry, la contestualizzazione del concorso esterno nella sola situazione di fibrillazione patologica del sodalizio, costituiva un modo per prospettare la indefettibilità del contributo dell'estraneo.

È in questo contesto, nel quale il nodo è costituito dalla questione di base dei criteri di tipizzazione del concorso di persone nel reato, che interviene la sentenza delle SS.UU. 12 luglio 2005, Mannino, *cit.*

Essa affronta espressamente il problema della causalità sul versante generale della tipicizzazione del contributo punibile nel concorso eventuale. Quanto alle fattispecie associative detta i criteri per la identificazione della condotta di partecipazione, contribuendo infine ad una ridefinizione del concorso cd. esterno.

Quanto al primo profilo, più generale, il contributo concorsuale deve avere avuto “una reale efficienza causale” deve essere 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...”.

La nozione di partecipazione (interna) al reato associativo viene elaborata al di fuori di un paradigma causale – che renderebbe assai problematica l’identificazione del confine con il cd. concorso esterno – ricorrendo a moduli di tipo organizzatorio, dotati tuttavia di una corposità che riesce a stagliarli sia dal tradizionale requisito meramente psicologico della *affectio societatis*, sia dalla dimensione esangue e statica della semplice massa a disposizione potenziale. È sulla base di questi due punti di riferimento che le SS.UU. giungono quindi a confermare, ridefinendola, la configurabilità del concorso esterno.

L’accertamento causale del contributo *ex art.* 110 c.p. è prospettato dalle SS.UU., richiamando esplicitamente il precedente della sentenza Franzese del 2002 [Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, in *Foro it.* 2002, II, 601 ss.] che, in tema di responsabilità medica omissiva, aveva posto l’esigenza inderogabile di accertare il nesso causale alla stregua di un giudizio controfattuale “sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica, universale o statistica”.

L’applicazione al tema del concorso esterno di questa formula tuttavia fa prospettare un inevitabile indebolimento del rigore nomologico delle regole di esperienza utilizzabili, con l’irrompere di apprezzamenti di tipo intuizionistico-valutativo non confondibili con riscontri empirici in senso stretto. l’uso del paradigma causale si ridurrebbe così ad una rassicurante convenzione linguistica, che cela la reale ragione decisoria del giudice. Ancora, il paradigma condizionalistico, da un lato espressamente riferito al fatto criminoso collettivo, in termini di conservazione e di rafforzamento dell’associazione, dall’altro alla lesione dell’interesse tutelato dell’ordine pubblico, ha suscitato perplessità a proposito della adattabilità di questi concetti alla struttura del rapporto causale. Ciò considerando la preesistenza del risultato, costituito dalla associazione, rispetto alla condotta di cui si predica parallelamente la indefettibile

necessità. Ma anche il prodursi dell'evento giuridico, la lesione dell'ordine pubblico, deriva di necessità dall'esistenza dell'intero sodalizio.

In termini più generali la posizione assunta dalle SS.UU. in tema di tipicizzazione del concorso di persone, sembra aggirare, se pure con risultati certamente apprezzabili sul piano garantistico, i nodi problematici da sempre individuati a proposito della applicazione del paradigma condizionalistico [G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86].

È una storia nota, che non è possibile ripercorrere in questa sede, quella della debolezza della convinzione di tipicizzare il contributo concorsuale attraverso il paradigma della *condicio sine qua non*. Il meccanismo concettuale di tipicizzazione affidato alla causalità, elaborato per operare in ambito monosoggettivo, entra in crisi quando deve definire la soglia di rilevanza concorsuale [G. INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 565 ss.]. Di recente, ad esempio, proprio a proposito della sentenza Mannino, Padovani ribadiva come “concorso e causalità sono due sfere blandamente, marginalmente interferenti”, riproponendo i problemi “classici” della individuazione, descrizione dell'evento [T. PADOVANI, *Relazione introduttiva*, in *Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Atti dell'incontro di studio, svoltosi a Padova il 2 dicembre 2006, Ed. Il poligrafo, Padova, 2006, 23 ss.]. Per Padovani la sentenza è comunque un monumento di sapienza giuridica: ma, come la *Cautio criminalis* di von Spee [*I processi contro le streghe (cautio criminalis)*, a cura di A. Foa, trad. di M. Timi, Roma, 2004] per la stregoneria, non può contestare il fenomeno che si dà per assunto – cioè il fluire indeterminato e atipico dei modi di ascrizione concorsuale della responsabilità – può solo imporre criteri di accertamento “immensamente rigorosi”.

Le ultime osservazioni ci portano al primo, evidente problema del concorso esterno, dopo la sentenza Mannino. Quello della tenuta dei suoi criteri [sulla giurisprudenza successiva alla sentenza Mannino, v. V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, relazione al citato convegno di Palermo i cui atti sono in corso di pubblicazione].

Già si colgono casi di “sterilizzazione” della portata garantistica della decisione che potrebbero preludere ad un *overruling* delle Sezioni unite. Essi contemporaneamente rivelano quella fragilità dei criteri, in punto causalità, di cui ho già detto. Ripropongono lo stucchevole balletto dell'ossequio formale alle Sezioni unite al quale corrisponde, in funzione di una specifica sottofattispecie, una soluzione in realtà dissenziente. È il caso ad esempio del magistrato

colluso [Cass. Sez. V, 15 maggio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1112 con nota di A. CORVI]. Qualche spunto in tal senso anche nella recentissima sentenza Contrada [Cass. Sez. VI, 8 gennaio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 3197 ss.]: “l’effetto rafforzativo per Cosa Nostra dell’apporto esterno di Contrada è elevato e deriva, come spiegano persuasivamente i giudici di merito, dalla semplice percezione in seno alla associazione della sola ‘disponibilità’ di una figura dello spessore del funzionario Contrada”.

4. La sentenza Mannino può giocare anche un ruolo nel dibattito da sempre aperto sulla opportunità di un intervento legislativo che mitighi l’effetto di moltiplicatore dell’indeterminatezza causato dall’assommarsi della debole tipicità dei delitti associativi a quella del concorso di persone.

Con la dimostrazione della possibilità di una delimitazione sufficientemente rigorosa dei confini della compartecipazione e del concetto di appartenenza al sodalizio, essa potrebbe infatti fornire supporto alla tesi che suggerisce di non intervenire con legge sul tema, continuando ad affidarsi al meccanismo di estensione della punibilità previsto dall’art. 110 c.p. e posto nelle mani del potere giudiziario. Penso però che, già in base alle osservazioni che precedono, non sia questa la strada da seguire: in un circolo vizioso si finirebbe con il riproporre quella strutturale flessibilità che fin dall’origine fece “apprezzare” il congegno giurisprudenziale di cui ci occupiamo [C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1190]. Il *beau geste* delle Sezioni Unite del 2005 non è riuscito ad imporsi nella giurisprudenza successiva e ciò è avvenuto perché sconta vizi di origine propri di entrambi gli istituti messi in gioco dal “concorso esterno” [rinvio a G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 632 ss.].

L’ultima considerazione porta a scartare anche l’ipotesi di una definizione legislativa generale di ciò che debba intendersi per concorso esterno in associazione mafiosa: la clausola generale dell’art. 110, se resta tale, non vedo come possa prestarsi ad una delimitazione che può forse prodursi con la previsione di una o più fattispecie incriminatrici specifiche da considerare, alla luce della più recente esperienza, più bisognose e meritevoli di punizione [G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda*, cit., 697. Ma, in mancanza di limiti normativi, c’è chi teme il “concorso esterno nella contiguità”! Così S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 755].

È la proposta elaborata analiticamente da Visconti, enucleando, sulla base di una ricerca empirica, sottofattispecie di contiguità estranee alla partecipa-

zione, ma meritevoli di pena [*Contiguità*, cit., 483 ss. Ciò anzitutto attraverso l'individuazione del nucleo di disvalore della condotta di partecipazione nello stabile inserimento del soggetto nell'ente, aderendo così al modello organizzatorio. A questo deve accompagnarsi un 'numero chiuso' di condotte di contiguità punibili, con esclusione dell'applicazione delle norme sul concorso di persone alla fattispecie associativa. Infine, un diverso regime di punibilità, quanto a graduazione della pena, tra partecipazione e contiguità].

Fattispecie tipiche di favoreggiamento di soggetti contigui che, in ragione della sufficiente sedimentazione di paradigmi criminologici, da un lato potranno prescindere dalla dimostrazione di una effettiva efficienza causale [per l'individuazione di eventi intermedi che definiscano "con rigorosa precisione, il vantaggio, ancorandolo al verificarsi di risultati concreti, immediatamente percepibili e direttamente collegati alla condotta del colpevole" V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti*, in *Riv. pen.*, 2004, 927 ss., che estende la sua ipotesi anche all'art. 416 c.p.], dall'altro dovranno escludere una residuale operatività della clausola generale dell'art. 110 c.p. [un passo in questa direzione è quello compiuto con gli artt. 270-*quater* e *quinquies* c.p., dove vengono definite le figure dell'arruolatore e dell'addestratore. Esse assolvono alla funzione di sollevare l'accusa dall'onere di provare il nesso di causalità della condotta rispetto alla conservazione ed al rafforzamento dei fini perseguiti dall'organizzazione criminale].

Il presupposto indicato – l'identificazione di casi tipologici evidenziati dall'esperienza – se mancante, non consente di percorrere questa strada.

E l'eventuale obiezione che segnali il rischio di trovarsi impreparati di fronte all'emergere di nuove figure di contiguità non riconducibili a quelle delineate dal legislatore, sembra immemore della perenne disponibilità legislativa ad intervenire con la legislazione dell'emergenza. Anche a questo proposito occorre quindi ricordare come quello di riserva di legge sia principio costituzionale ancora vigente nel nostro sistema.

Antologia

