

SUL PRETESO CARATTERE PERMANENTE DEL ‘CONCORSO ESTERNO’

Vincenzo Maiello

ABSTRACT

Il contributo analizza criticamente la qualificazione del ‘concorso esterno’ in associazione mafiosa come reato (eventualmente) permanente, nei casi in cui l’attività esecutiva dell’accordo tra l’*extraneus* ed il sodalizio intervenga a distanza di tempo da esso. L’A., dopo avere ripercorso le pronunce di legittimità che propongono siffatta ricostruzione – soffermandosi in particolare sulle argomentazioni spese nella più recente, la nota sentenza *Dell’Utri* – evidenzia come la stessa appaia incompatibile con il *paradigma tipologico* scolpito dalle Sezioni unite nella *Mannino*, che è propriamente ‘altro’ rispetto agli esiti dell’operazione di ‘innesto’ della clausola di cui all’art. 110 c.p. sul tronco di tipicità del reato associativo. Si propone, dunque, una soluzione interpretativa che, fondandosi sulla distinzione tra accordi ‘causali’ e ‘non causali’, preservi il carattere istantaneo e causalmente orientato del ‘concorso esterno’, ricorrendo alternativamente agli istituti dell’antefatto e del postfatto non punibili ovvero della continuazione criminosa. Infine, analizzando una Autorevole posizione della dottrina, che, sulla base di argomenti diversi da quelli usati dalla giurisprudenza, pure ricostruisce in chiave di permanenza il ‘concorso esterno’, si ribadisce come la ‘messa a disposizione’ del clan costituisca elemento probante la partecipazione associativa e non argomento spendibile per argomentare il carattere permanente del reato.

SOMMARIO

1. La natura giuridica del concorso esterno ed i profili di garanzia del relativo ‘tipo criminoso’. – 2. Le sentenze n. 542/2007 della sesta sezione e n. 4123/2009 della quinta sezione. – 3. La sentenza *Dell’Utri*. – 4. La permanenza del concorso esterno in una recente posizione dottrina.

1.

La natura giuridica del concorso esterno ed i profili di garanzia del relativo ‘tipo criminoso’.

L’aspetto di maggiore novità che esibisce la più recente giurisprudenza di legittimità in tema di concorso esterno riguarda, senza dubbio, l’affermazione della natura permanente della fattispecie.

Si esprimono in tal senso tre pronunce, che seguono percorsi argomentativi non del tutto sovrapponibili.

Le prime due¹ enunciano il principio con il linguaggio assertivo caratteristico dell’universo concettuale a-problematico, del tipo segnato da coordinate di senso lineari ed oramai sedimentate e largamente ricevute.

La terza² – a cui si deve l’apertura di interesse per l’argomento, ascrivibile alla notorietà della vicenda trattata ma anche ai profili di clamore polemico e di interesse culturale suscitati dalla requisitoria pronunciata dal P.G. del giudizio di cassazione³ – affronta il tema con moduli discorsivi intercalati da momenti di *distinguishing*, che portano la Corte ad edificare la dimensione temporale/consumativa del concorso esterno in collegamento con il controverso schema del reato ‘eventualmente permanente’.

Su di un piano generale, osservo che la questione ha appassionato poco la ‘dottrina del concorso esterno’⁴. Anche in epoca successiva agli accennati arresti, essa vi ha dedicato riflessioni ‘a margine’⁵, influenzata, con ogni probabilità, dalla ritenuta scarsa attitudine del tema a misurare la tenuta pratico/applicativa del modello di fattispecie disegnato dalla nomofilachia delle Sezioni Unite; segnatamente dall’arresto *Mannino*⁶, *leading and hard case*, che ne ha compendiato gli estremi in rapporto ad un caso tipologico di accentuata problematicità⁷.

Sono, invece, persuaso che il tema meriti di essere approfondito soprattutto per ragioni che trascendono la tradizionale e caratteristica portata dei suoi effetti⁸.

Ritengo infatti che la tesi della natura permanente del concorso esterno, ove dovesse consolidarsi nelle forme del diritto vivente, rischierebbe di dare copertura ad insidiose pratiche di aggiramento – e di conseguente surrettizio indebolimento – delle ragioni e dei limiti strutturali del paradigma di concorso in associazione finemente elaborato dalla *Mannino*.

Come ho altrove puntualizzato⁹, i profili virtuosi di questo statuto rinviano all’equilibrio ed alla ragionevolezza delle operazioni di bilanciamento tra funzioni di *Magna Carta* ed istanze di efficienza repressiva, ivi compiute per dare identità ad un istituto sfornito di cittadinanza nel catalogo delle incriminazioni legali.

In attesa, pertanto, che il legislatore ‘sani’ il vizio di origine della fattispecie, attirandola nel campo delle figure criminose espressive per intero delle prerogative parlamentari, sono dell’opinione che la ‘narrazione’ del concorso esterno declinata dalle Sezioni Unite rappresenti un patrimonio che il *law enforcement* abbia il compito di salvaguardare, ribadendone la ‘vocazione’

¹ Cass. pen., Sez. VI, 10.05.2007, n. 542, Contrada, in *Mass. Uff.*, n. 238242; Cass. pen., Sez. V, 11.12.2009, n. 4123, B.A. e altro, *ivi*, n. 246101.

² Cass. pen., Sez. V, 09.03.2012, n. 15727, Dell’Utri. Per una ampia scheda riepilogativa, cfr. A. BELL, *La sentenza della Cassazione sul caso Dell’Utri: una prima guida alla lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2012; *Id.*, *Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell’Utri*, *ivi*, 15 giugno 2012.

³ Oltre a proiettarsi nella sfera della discussione politico-mediatica, la requisitoria del dr. IACOVIELLO ha alimentato – nel circuito giuspenalistico – un ampio ed articolato dibattito, aperto sulle pagine di *Diritto Penale Contemporaneo*, ed attualmente racchiuso nella sezione “*Presente e futuro del concorso esterno*” pubblicata in questa *Rivista*, 2012, 1, 247 ss.

⁴ Ricchissima di contributi; tra le monografie, fondamentali quelle di CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003 e di VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003. Un quadro articolato delle questioni maggiormente dibattute è contenuto in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di FIANDACA-VISCONTI, Torino, 2010, 123 ss.. Per un riepilogo delle posizioni in materia, cfr., da ultimo, ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, p. 303 ss.

⁵ FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695 ss.; FIANDACA-VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogono”*, in *Arch. pen.*, 2012, fascicolo II, 487 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell’associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.

⁶ Cass. pen., SS.UU., 12.07.2005, in *Mass. Uff.*, n. 231671.

⁷ FIANDACA-VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, c. 86 ss.; INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 632.

⁸ Che è quella collegata al “tempo del commesso reato”; sul punto, cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, 100.

⁹ MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 601.

Id., *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, 265 ss.

di razionalità ed i vincoli conformativi in rapporto alla sfaccettata gamma di reg giudicande che vengono scrutinate dalle nostre Corti.

Ciò che va, allora, scongiurato è il diffondersi di pratiche interpretative, e di costruzioni dommatiche, che espongono al rischio di sgretolamento la funzione di ‘tipo criminoso’ svolta dal quel modello di ‘sostegno associativo’, a beneficio di una visione che ne ‘dinamizzi’ la configurabilità asservendola alle pretese epistemico-repressive dei compendi probatori disponibili¹⁰. A trarre alimento, difatti, sarebbe quella situazione di patologica supremazia del ‘fatto’ (e del suo ‘governo’ processuale) sul ‘diritto’¹¹, che proprio nella materia del concorso esterno la giurisprudenza si è lodevolmente impegnata a prevenire, costruendo un paradigma di fattispecie dall’accentuato orientamento selettivo e garantistico. Il quale – sarà non inutile rammentarlo – si racchiude: a) nella descrizione di un ‘fatto’ che, per un verso, ripudia figure sintomatiche di *contiguità compiacente*¹² e che, per l’altro, è calibrata sul polo di un marcato disvalore di evento, oltre che sulle basi di una solida imputazione soggettiva; b) nella sottolineatura delle differenze morfologiche nei confronti della figura della partecipazione associativa e di quelle satelliti del favoreggiamento aggravato (art. 378, secondo comma, c.p.) e del concorso nel reato circostanziato *ex art. 7, l. n. 203/91*.

Riconoscere questi dati, e custodirne la funzione ‘normativa’ nella pratica del diritto, equivale ad impedire, da un canto, slittamenti ‘soggettivistici’ della fattispecie coerenti con logiche punitive ispirate a *disvalori di autore*, ovvero orientate verso *disvalori di sola azione*. Dall’altro, l’arretramento di ragionevoli soglie di certezza e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, scongiurando in tal modo sia la violazione del principio di uguaglianza, sia la lesione degli ambiti di fisiologica distinzione dei poteri dello Stato, connessa alla platea di (buona parte dei) destinatari delle imputazioni di concorso in associazione di stampo mafioso¹³.

Con questo spirito, ed in questa ottica, esaminerò la questione del *tempus commissi* del concorso esterno, per come essa si trova riflessa negli arresti che hanno sancito la natura permanente della fattispecie.

2.

Le sentenze n. 542/2007 della sesta sezione e n. 4123/2009 della quinta sezione.

Le prime due sentenze che – interrompendo una consolidata ‘prassi’¹⁴ (preferisco etichettare il *trend* con questo lemma, anziché col termine ‘giurisprudenza’, per la mancanza di pronunce che ne hanno discusso il fondamento con argomenti impegnati a scioglierne i nodi teorici) – hanno stabilito la natura permanente del concorso esterno, ne hanno affidato la *ratio decidendi* alla seguente affermazione: “*il reato di concorso esterno in associazione per delinquere oppure in quella specificamente mafiosa si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente*”.

Appare evidente come il carattere puramente apodittico dell’enunciato trovi spiegazione logica nell’assunto che il concorso esterno configuri una ordinaria vicenda di concorso criminoso, segnatamente di partecipazione ad un reato plurisoggettivo permanente. Se così davvero fosse, non sorprenderebbe affatto l’equazione tra reato base e connessa manifestazione concorsuale, agli effetti della loro natura permanente.

Senonché, le cose non stanno in questi termini. A ben vedere, il concorso esterno – quella peculiare figura di sostegno alle associazioni criminali che ‘pulsava’ nelle arterie del nostro diritto vivente – è propriamente ‘altro’ rispetto agli esiti di una comune operazione di ‘innesto’ della clausola di cui all’art. 110 c.p. sul tronco di tipicità di un reato (collettivo) di natura permanen-

¹⁰ FIANDACA-VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit.; sulla giurisprudenza successiva alla *Mannino* che flexibilizza i termini della punibilità adattandola alla ‘prova acquisita’, sia consentito il rinvio a MAIELLO, *opp. ultt. citt.*

¹¹ Di recente, nell’ambito di una vasta letteratura, GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Studi senesi*, 2013, 23 ss.

¹² Per un quadro d’insieme della problematica, obbligato il rinvio a VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit.

¹³ L’aspetto è sottolineato da FIANDACA, nella prefazione a MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

¹⁴ Utile il riferimento a *Cass. pen., Sez. VI*, 13.6.2007, Aprea ed altri, in cui i Supremi Giudici annullano, con questa pronuncia per prescrizione, la sentenza di condanna per concorso esterno a carico di taluni imputati, sul presupposto del carattere episodico della fattispecie.

te, quali senza dubbio sono le ipotesi criminose di matrice associativa.

Se fosse inquadrabile in questo ambito di fisiologico dispiegamento del congegno estensivo della figura di parte speciale, la tesi della natura permanente del concorso esterno risulterebbe ineccepibile: di quest'ultimo, infatti, essa finirebbe per sottolineare il carattere di mera 'propaggine' del reato associativo, ribadendo che la manifestazione concorsuale viene, d'ordinario, 'contaminata' dai caratteri costitutivi (dell'impianto di 'tipicità') della fattispecie a cui accede, seguendone la 'vita' giuridica. Collocato in quest'ottica, il fenomeno 'concorsuale esterno' respirerebbe la medesima natura permanente dell'associazione criminosa (*scilicet*, della partecipazione ad essa), con la conseguenza che sarebbe corretto l'assunto secondo cui "il reato di concorso esterno in associazione per delinquere oppure in quella specificamente mafiosa si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente".

Come dicevo, però, tale equazione non trova riscontro nella 'realtà normativa' del concorso esterno, 'verbalizzata' dalla sua genesi e dalla fisionomia che lo identifica: entrambe convergenti nell'attestare il carattere di vicenda allestita sul palcoscenico della formazione giurisprudenziale¹⁵. Qui, invero, la nomofilachia ha sensibilmente inciso sui rapporti tra i dati di 'eteronomia' del diritto preesistente alla decisione ed il contenuto del messaggio interpretativo, facendo sì che i giudici di legittimità divenissero – da fruitori ed applicatori delle regole che fondano la costruzione della fattispecie plurisoggettiva eventuale – plasmatori di un *Golem*, artefici, cioè, di una realtà assai poco riportabile nei calchi della variante concorsuale di una figura criminosa di parte speciale. Ciò, perché essi hanno utilizzato la clausola di estensione dell'art. 110 c.p. e la correlata sua funzione incriminatrice per modellare – sulla base di autonomi giudizi politico-criminali di *meritevolezza ed adeguatezza criminosa* – un'area di punibilità che, sin dalla sentenza *Demetry*, ha esibito un proprio statuto di tipicità fondato su elementi di antagonismo rispetto alla fattispecie della partecipazione¹⁶. Ne sono, così, derivate due distinte *narrazioni criminologiche*, evocative di due antitetiche 'storie di vita' una delle quali – quella della partecipazione – è ambientata nel contesto organizzativo del sodalizio criminale, di cui condivide strategie, modalità di attuazione del programma e durata esistenziale; l'altra – quella del concorso esterno – è tenuta deliberatamente fuori dall'associazione, per evitare di far coincidere il vissuto di questa con il suo.

Le sentenze n. 542/2007 della sesta sezione n. 4123/09 della quinta sezione, quindi, allorché equiparano il 'tempo' di consumazione della partecipazione e del concorso esterno, muovono da un dato – la medesimezza normativa di entrambe le figure – che non trova riscontro nell'origine e negli esiti delle dinamiche di formazione della fattispecie di concorso esterno.

Quelle sentenze non considerano la predominanza del ruolo qui esercitato dal 'formante giurisprudenziale' e, dunque, l'inappropriata assimilazione del concorso associativo agli schemi dommatici ed ai congegni di funzionamento di una ordinaria vicenda di concorso in reato permanente. Del resto, i segni impressi dal 'formante giurisprudenziale' sono a dir poco 'acceccanti': la scelta del secondo termine della relazione causale del 'fatto' di concorso; l'utilizzo di una rigorosa causalità condizionalistica; la punibilità a titolo di dolo diretto, la sottoposizione al regime sanzionatorio della sola partecipazione.

La declinazione della tipicità del concorso esterno secondo logiche di *meritevolezza* selezionate dalla giurisprudenza rende, allora, improponibile la riferibilità ad esso di tutti i principi in tema di concorso criminoso¹⁷, così come della interezza del relativo statuto di regolazione e di agibilità dommatica.

La verifica della natura permanente del concorso esterno non può quindi collegarsi – quale deduzione logicamente obbligata – alla sua equiparazione alla partecipazione.

Resta, pertanto, da appurare se la predetta tesi possa essere sostenuta avendo riguardo ai caratteri di autonomia strutturale del concorso esterno.

A questo riguardo, la dottrina contemporanea individua nel 'tipo legale' – e nella correlazione di questo al bene – il tratto caratterizzante il reato permanente, sicché la condotta

¹⁵ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss., spec. 357 ss.; PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 1 ss.

¹⁶ ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, 2297.

¹⁷ L'impiego dello schema di accertamento *ex post* del fatto di concorso esterno, rilevante se – e solo se – abbia 'cagionato' un risultato di rafforzamento dell'organizzazione associativa mette, a mio avviso, fuori gioco l'applicabilità dell'attenuante della minima importanza, ma non il principio della non punibilità del 'tentativo di partecipazione' *ex art.* 115 c.p., come ha statuito *Mannino*.

dell'agente va apprezzata sul piano normativo e non su quello empirico¹⁸.

Agli effetti del giudizio di permanenza, non rileva il fatto storico, ma il tipo legale ed il rapporto con il bene nell'ottica della descrizione che ne fa la norma: in caso contrario, viene fatto osservare¹⁹, anche il furto e l'appropriazione indebita potrebbero essere considerati reati permanenti.

Come ha rilevato Marcello Gallo, "per stabilire la natura istantanea o permanente di una certa ipotesi delittuosa, non resta che rifarsi al dato primario di ogni esperienza giuridica: la norma che comanda o vieta determinati comportamenti"²⁰.

Su queste basi, netta è la differenza con il reato istantaneo: in esso l'offesa si esaurisce nel momento stesso in cui si realizza; nel caso del reato permanente, figura antitetica rispetto alla prima, l'offesa non si consuma invece nel momento in cui si attua, ma dura nel tempo fino a quando di protrae la condotta che la determina. In altri termini, nel reato permanente il legislatore incrimina una condotta che perdura oltre il momento del perfezionamento della fattispecie; in buona sostanza, mentre nel reato permanente, il 'tempo' si insinua nelle linee della tipicità, modellando il fatto e la sua dimensione offensiva, nel reato istantaneo esso ne resta fuori.

Applicando questa criteriologia al concorso esterno (in associazione semplice²¹ ovvero di stampo mafioso), deve prendersi atto che – al fine di stabilirne la natura istantanea o permanente ed avuto riguardo alla matrice pretoria della fattispecie – va preso in esame il suo 'tipo criminoso', nelle scansioni in cui emerge dalla sentenza *Mannino*, la quale fissa la struttura normativa della fattispecie con riflessi fondamentali in punto di consumazione della medesima.

La necessità di assumere la *Mannino* a riferimento del 'tipo generale' di concorso esterno si fonda sulla circostanza che essa rappresenta il punto di approdo dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema. Ancorché, infatti, investita della questione della configurabilità della fattispecie in relazione ad uno specifico, ed assai problematico, 'caso tipologico' – quello del patto di scambio politico-mafioso –, *Mannino* ridetermina il protocollo di tipicità del concorso esterno, spazzando via le ambigue, incerte ed assai discutibili ricostruzioni del 'tipo' compiute dall'approssimativo discorso svolto da *Carnevale*²², laddove aveva dato ingresso, da un lato, ad una accezione psicologica dell'evento di rafforzamento dell'associazione; dall'altro, a due statuti della causalità del fatto di concorso operanti, rispettivamente, in rapporto all'aggiustamento di un solo processo ovvero di più processi.

Orbene, l'analisi del tipo normativo della *Mannino* restituisce la istituzionalizzazione di un reato causale di evento, indiscutibilmente istantaneo²³.

Afferma la sentenza che, in relazione al caso tipologico esaminato, la fattispecie potrà configurarsi anche in presenza della mera promessa e dell'impegno del politico, sempre che "all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già mediante una mera valutazione prognostica *ex ante* (...), si possa sostenere che, di per sé, abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale".

Riesce arduo contestare che questa descrizione 'normativa' definisca un reato istantaneo.

Essa contempla, infatti, un illecito che si esaurisce nel momento in cui si implementano i

¹⁸ COPPI, *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 318 ss.

¹⁹ COPPI, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ M. GALLO, *Reato permanente ed omesso conferimento di grano all'ammasso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, 333; sulla medesima scia, RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988, 3 ss.

²¹ La configurabilità del concorso esterno nell'associazione per delinquere comune è pacifica in giurisprudenza, cfr., al riguardo, *Cass. pen.*, Sez. III, 9.7.2008, n. 38430; *Cass. pen.*, Sez. I, 22.4.2009, n. 19335. Sul piano strettamente normativo, non potrebbe essere diversamente, dal momento che la disposizione dalla quale la sentenza *Demetry* trasse l'argomento decisivo per sancire la configurabilità del concorso nel reato associativo, vale a dire l'art. 418 c.p., nasce come disposizione 'satellite' dell'art. 416 c.p.

²² In argomento, cfr. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1325 ss., nonché, volendo, MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003, 269 ss.

²³ Critico verso l'attribuzione del carattere permanente al concorso esterno è anche FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, cit., *passim*, per il quale è da revocarsi quantomeno in dubbio la possibilità che il concorrente *extraneus* in un reato necessariamente plurisoggettivo (qual è l'associazione per delinquere semplice o mafiosa) determini, con il proprio singolo recesso, la cessazione dello stato antiggiuridico complessivamente creato dal reato associativo, il quale permarrrebbe comunque in vita grazie all'attività dei partecipi interni. L'insigne Autore osserva come sia verosimile che la Cassazione sia stata indotta a richiamare (seppure in maniera generica e sintetica) la categoria della permanenza al fine di scongiurare il rischio di prescrizioni che avrebbero vanificato il faticoso operato dei magistrati, pervenendo così, sulla scorta del carattere in concreto non episodico dell'apporto fornito a Cosa Nostra dall'opera di mediazione di Dell'Utri, ad una assimilazione tra la condotta del soggetto *extraneus* e quella dei partecipi interni al sodalizio.

suoi elementi costitutivi, non prevedendo che la condotta si protragga nel tempo.

3.

La sentenza Dell'Utri.

Sulla scorta di questo *imprinting*, può essere impostata la critica ai termini nei quali la tesi della natura permanente del concorso esterno viene articolata nella sentenza *Dell'Utri*.

Qui, i supremi giudici prendono a prestito dalla giurisprudenza in tema di corruzione il modello del 'reato a consumazione alternativa', che prospetta un duplice momento consumativo legato, rispettivamente, alla conclusione dell'accordo corruttivo ovvero all'esecuzione dei patti con esso stipulati.

Utilizzando tale schema ai fini della *quaestio* esaminata, *Dell'Utri* fa discendere la conseguenza che, in ipotesi di adempimento da parte dell'*extraneus* degli impegni cristallizzati nell'accordo con la consorteria, il momento consumativo del concorso esterno avanzerebbe fino a coincidere con l'ultimo atto della prestazione promessa.

A mio avviso, l'inaccettabilità della tesi sta nel fatto che la sua sequenza argomentativa è avulsa dalla cornice di tipicità disegnata da *Mannino*.

Se, invece, *Dell'Utri* si fosse orientata in questa ottica, avrebbe dovuto, con indagine assorbente, discernere innanzitutto tra accordi 'causali' e accordi 'non causali': gli uni costitutivi il profilo dell'offesa che integra la fattispecie e, completandola, ne segna la consumazione; gli altri, privi di tale rilevanza, aventi funzione di mero antecedente storico/funzionale dell'esecuzione dei patti nei medesimi contenuti, nelle ipotesi, naturalmente, in cui quest'ultima avvenega e produca esiti di rafforzamento della capacità organizzativa del sodalizio.

Per quanto detto in precedenza, osservo che – in rapporto agli *accordi causali* – l'eventuale loro sviluppo nelle condotte esecutive degli impegni con essi assunti non può incidere sul profilo della consumazione, posto che il 'tipo criminoso di fonte giurisprudenziale' arretra alla causazione del rafforzamento organizzativo della *societas sceleris*, derivata dall'accordo, il perfezionamento giuridico della fattispecie (*scilicet*, la venuta ad esistenza del reato nel mondo del diritto penale).

Di conseguenza, i fatti 'esecutivi' di accordi causali – lungi dallo spostare in avanti l'orologio del termine di consumazione criminosa – vanno ricondotti alla categoria del *post factum* non punibile, in quanto momenti che – pur potendo costituire un consolidamento o una progressione dell'offesa – si collocano all'esterno del relativo ambito di rilevanza normativa.

Tale posizione esige, tuttavia, qualche precisazione che valga a delimitarne l'operatività.

Ritengo, in effetti, che l'irrelevanza (penalistica) dei comportamenti dell'*extraneus* successivi all'accordo 'causale' concerna solo gli adempimenti del 'genere' di impegni assunti in sede di *pactum sceleris* e non, invece, le prestazioni che presentino caratteri di eterogeneità rispetto ad essi. In altri termini, ferma restando l'appartenenza di entrambe le condotte all'area dei fatti commessi 'a vantaggio' dell'associazione – o, se si preferisce, in suo 'favore' –, va escluso il carattere di *post factum* delle condotte che incidono su profili organizzativi diversi da quelli che erano stati 'potenziati' a seguito della stipula dell'accordo.

Si tratta di una evenienza che presuppone due fattori: relativi, l'uno, al tipo di organizzazione associativa; l'altro all'oggetto dell'accordo.

Quanto al primo, è evidente che la scissione tra la direzione causale della prestazione eseguita e quella della prestazione promessa ha senso solo in rapporto a sodalizi di ampie dimensioni, strutturati secondo aree di competenza operativa a cui corrispondano comparti organizzativi distinti che registrano un punto di congiunzione ai livelli apicali dell'organismo di vertice.

Riguardo al secondo, deve trattarsi di accordi dall'oggetto specifico, destinati, cioè, a soddisfare interessi limitati, propri di singoli comparti.

Si pensi al caso del faccendiere che aveva promesso una intermediazione per l'acquisto di una grossa partita di stupefacenti – determinando un potenziamento organizzativo della 'frangia' dell'associazione dedita al narcotraffico –, ma che 'converte' l'impegno preso nell'influenza esercitata per far ottenere ad una impresa controllata dal sodalizio un ricco appalto. Qui, l'intervento svolto – che potremmo definire 'soggettivamente' esecutivo, nel senso che scaturisce dal vincolo di impegno assunto dall'*extraneus* – produce un incremento delle risorse operativo/organizzative del *clan* oggettivamente non coincidente con quello prodotto dall'accordo.

E tuttavia, pure in tale ipotesi, la condotta *post negotium* – anziché rendere ‘permanente’ il concorso esterno concretizzatosi con l’accordo – darà luogo ad un autonomo, diverso ed ulteriore ‘fatto’ di concorso esterno.

Si può, allora, riassuntivamente affermare che il rapporto tra ‘accordi causali’ fondativi la figura tipica del concorso esterno e condotte esecutive può originare differenti epiloghi in ragione del legame di omogeneità o di eterogeneità ravvisabile tra oggetto dell’accordo e prestazione eseguita. Nell’un caso, le condotte realizzate *dall’extraneus* si pongono al di fuori della dimensione di rilevanza del ‘tipo criminoso’, giustificando la loro confluenza all’interno del paradigma del *post factum* non punibile e potendo, al più, essere utilizzati quali indici probatori dell’accordo; nella seconda ipotesi, esse – lungi dal trasformare il concorso esterno di natura ‘negoziale’ in reato permanente – potranno configurare un nuovo fatto di concorso esterno.

Rispetto alla realizzazione delle condotte esecutive di *accordi non causali*, il ricorso alla categoria del reato permanente rappresenta una contraddizione in termini.

In questo genere di vicende, infatti, la fase che precede l’adempimento dei patti, quella, cioè, propriamente negoziale, è attività prodromica del fatto costituente reato, confluyente nell’area dell’*antefatto* non punibile. Quella, invece, coperta dalle attività effettuate a vantaggio della consorceria assume rilevanza penale con la produzione dell’evento di rafforzamento delle capacità organizzative di quest’ultima. Ciò che di problematico tale fase potrà eventualmente porre, nel caso di prestazioni plurime, è la questione della unicità o pluralità del reato, risolvibile, secondo insegnamenti ampiamente ricevuti, alla stregua dei caratteri della contestualità e della medesimezza del fine²⁴.

A ben vedere, (il problema del)l’individuazione del momento consumativo del reato, in relazione alle condotte esecutive di accordi non causali si lega a quello della causazione ‘immediata ed effettiva’ (per usare i vincoli linguistici della *Mannino*) del rafforzamento delle capacità organizzative dell’associazione, non già – come inclina la prassi – alla mera verifica del tempo in cui è stato compiuto l’ultimo atto della prestazione concordata.

In questa piega della ricostruzione del concorso esterno quale illecito (eventualmente) permanente si annida, a mio avviso, il rischio di superamento del modello di concorso esterno quale reato di evento, che la *Mannino* ha in tale guisa forgiato senza fraintendimenti di sorta.

Si tratta di un rischio che – soprattutto in vicende, del genere di quella oggetto di *Dell’Utri*, ove abbonda la prova di fatti realizzati in favore del sodalizio (ad esempio plurime dazioni di denaro elargite in un considerevole arco temporale) – consiste nella sottovalutazione probatoria del risultato di rafforzamento delle capacità organizzative dell’associazione e nel correlato assorbimento della fattispecie nel cono d’ombra del ‘reato di mero comportamento’.

Mannino, del resto, aveva avvertito che il riscontro probatorio della verifica causale avrebbe potuto incontrare difficoltà, ma aveva con fermezza ammonito che questa evenienza non avrebbe giustificato l’impiego di nozioni flessibilizzate di causalità, né, in generale, un affievolimento delle soglie di rigore nell’accertamento.

Ebbene, la patente di permanenza rilasciata al concorso esterno può risolversi in un *passé partout* per oscuramenti processuali del disvalore di evento, il cui successo ha bisogno dell’adempimento di puntuali oneri probatori che – secondo le pretese epistemiche di *Mannino* – vanno affidati ad una duplice sequenza.

Il giudice del concorso esterno, in prima battuta, ha il compito di controllare se il ‘fatto’ dell’estraneo abbia cagionato una rimodulazione dell’assetto organizzativo del sodalizio; successivamente, deve verificare se questo risultato fisico/naturalistico sia valutabile, alla stregua di un sapere di collaudato fondamento, in termini di potenziamento dell’organizzazione associativa.

Ora, tutte le volte che il giudice arresterà la verifica di tipicità all’accertamento del contributo in favore del *clan*, omettendo di analizzarne e valutarne le ricadute sul tessuto organizzativo dell’associazione, ovvero ricorrendo a schemi presuntivi di *causalità in re ipsa*, il requisito offensivo del concorso esterno verrà affossato, il più delle volte sacrificato sull’altare di esigenze repressive.

Va da sé che il superamento del modello rigorosamente causale di concorso esterno finisce per comportare lo smantellamento della sua impalcatura di razionalità politico-criminale; ne resterebbero compromessi i delicati bilanciamenti tra funzioni di garanzia e compiti ordinanti

²⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 648 ss.

di tutela sociale e, in definitiva, la ragionevolezza della equiparazione sanzionatoria tra un delitto dalla forte pregnanza criminologica – quale è la partecipazione associativa – ed una fattispecie legata alla realizzazione di meri episodi da parte di chi intende vivere al di fuori dell'associazione criminosa.

Da ultimo, vorrei osservare che la distinzione tra *accordi causali* ed *accordi non causali* mette fuori gioco, per la irriducibilità delle rispettive *rationes incriminandi*, il rinvio che *Dell'Utri* opera alla giurisprudenza in tema di consumazione dei reati di corruzione, in particolare allo schema della consumazione alternativa avallato dalle Sezioni Unite nel caso *Mills*²⁵.

4.

La permanenza del concorso esterno in una recente posizione dottrina.

Nel commentare *Dell'Utri*, Giovannangelo De Francesco, con la consueta perspicuità delle sue riflessioni, motiva la tesi della natura permanente del concorso esterno con ragioni diverse da quelle espresse dalla sentenza²⁶.

Implicitamente confermando che il tema si intreccia con i profili tipicizzanti della fattispecie, l'Autore – che, com'è noto, ricostruisce il concorso criminoso in chiave di strumentalità, anziché sul piano causale²⁷ – collega la caratterizzazione del concorso esterno come illecito di durata all'elemento della disponibilità – per un tempo apprezzabile – a soddisfare le richieste provenienti dal sodalizio criminale. Si tratterebbe di un requisito non collegato, come invece ritenuto non senza ambiguità da *Dell'Utri*, alla 'reiterazione' di prestazioni fornite agli associati, ma costituente lo sviluppo del patto collaborativo stipulato con la consorteria nell'ambito del quale l'estraneo si sia impegnato ad effettuare le dazioni ritenute dagli associati 'strumentali' agli scopi da loro perseguiti.

Muovendo la propria indagine in autonomia dalle acquisizioni della giurisprudenza di legittimità, De Francesco costruisce, così, il volto del concorso esterno, componendolo di un duplice profilo di tipicizzazione rappresentati, l'uno, dalla realizzazione di un apporto – o dalla relativa promessa – strumentale alle finalità associative; l'altro, dal suo iscriversi entro un nesso continuativo di partecipazione, seppur non espressivo dell'inserimento dell'agente nell'organizzazione associativa.

Prescindendo dalla capacità connotativa di reale offensività attribuibile al carattere della 'strumentalità' e dalla sua affidabile verificabilità probatoria, lascia perplessi – dell'autorevole impostazione – l'impiego dell'elemento della disponibilità sganciato dalla condizione di *intranquillità*.

Com'è noto, infatti, il requisito della 'messa a disposizione' rappresenta una sorta di *clausola semantica riassuntiva del 'tipo' della partecipazione associativa*; non, dunque, uno specifico ed autonomo requisito di fattispecie, bensì il risultato valutativo di sintesi della ricostruzione della partecipazione associativa su basi organizzatorio/strutturali²⁸.

In altri termini, nell'economia probatoria della partecipazione associativa la 'messa a disposizione' non presidia uno spazio specifico della verifica processuale, configurandosi quale esito dell'accertamento del requisito dell'inserimento strutturale nell'organizzazione del sodalizio che, invece, rappresenta il 'fatto da provare'.

Ne consegue che, svincolata dal collegamento con la condotta di partecipazione, la 'messa a disposizione' acquisisce un carattere di 'scivolosità' che finisce per renderlo concetto di assai

²⁵ Cass. pen., SS. UU., 21.4.2010, n. 15208.

²⁶ G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, cit.

²⁷ G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 328 ss.

²⁸ In argomento, cfr. i saggi di CAVALIERE, MAIELLO e VISCONTI raccolti nel volume (a cura di PICOTTI-FORNASARI-VIGANÒ-MELCHIONDA) *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Padova, 2005, e la relazione di sintesi di VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, 279 ss., spec. 307 ss. In giurisprudenza, da ultimo Cass. pen., Sez. VI, 13 aprile 2012, Spitaleri secondo cui per la sussistenza della partecipazione associativa occorre che la condotta "si sostanzii non in una 'tendenziale disponibilità' a 'mettersi a disposizione' dell'associazione ma in un ruolo dinamico e funzionale inequivocamente finalizzato alle conseguenze fattuali e modali tracciate dal comma 3 della norma cit. in esplicazione dell'intranquillità del soggetto agente al fenomeno associativo"; così, anche Cass. pen., Sez. I, 26.04.2011, n. 16300.

difficile compatibilità con una “concezione razionale della prova”²⁹, vale a dire con un progetto di conoscenza giudiziale deputato a determinare il “valore di verità” delle proposizioni costitutive delle fattispecie giuridiche, senza del quale, evidentemente, la ‘narrazione garantistica’ declinata dal diritto penale resta un inganno della realtà.

²⁹ Su cui, BELTRAN, *La valutazione razionale della prova*, tr. it., Milano, 2012.