

**IL “CONCORSO ESTERNO” NELL’ASSOCIAZIONE MAFIOSA:
INEDITE INTERAZIONI CON L’ARTICOLO 338 C.P.
ALLA LUCE DELL’INCHIESTA
SULLA C.D. “TRATTATIVA” TRA STATO E MAFIA**

*Relazione tenuta nell’ambito della Scuola di Dottorato in Diritto Pubblico, Giustizia
Penale e Internazionale dell’Università di Pavia –
Complesso San Tommaso, 5 giugno 2013*

di Andrea Apollonio

SOMMARIO: 1. Il concorso eventuale nell’associazione mafiosa. – 2. Breve digressione sull’evoluzione giurisprudenziale del “concorso esterno”: una progressiva compenetrazione nell’articolo 416 *bis*. – 3. La “trattativa” e le nuove frontiere della contiguità mafiosa: l’art. 338 come ulteriore (e meno stringente) declinazione del concorso esterno? – 4. L’art. 338 c.p. e il concorso eventuale nel 416 *bis*: una sorte comune. Conclusioni.

1. Il concorso eventuale nell’associazione mafiosa

Il concorso eventuale nell’associazione mafiosa ha sempre scontato molte ristrettezze dogmatiche, in gran parte attanagliate, del resto, alla stessa disciplina concorsuale.

Invero, quest’ultima ha, come noto, una precipua funzione incriminatrice in seno all’ordinamento penale; cioè a dire, attraverso l’articolo 110 c.p. è possibile incriminare condotte *ulteriori*, che altrimenti – stante la formulazione monosoggettiva delle fattispecie nella parte speciale – non potrebbero essere punite. Nessun problema sorgerebbe, qualora la fattispecie di parte speciale sia – come “normalmente” è – descritta in forma monosoggettiva: le condotte “atipiche” del concorrente trovano ampio spazio criminalizzante nella nuova tipicità della *fattispecie plurisoggettiva eventuale*, modello teorico che si genera dall’incontro dell’articolo 110 con le singole fattispecie di parte speciale¹.

¹ Un approfondimento sul punto appare davvero difficile in questa sede. Si rimanda, perciò, ai più importanti lavori della dottrina, che hanno lumeggiato le tante problematiche pratiche e teoriche connesse alla disciplina concorsuale. Per tutti, seppur con profili dogmatici diversamente argomentati, cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987; G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.

Maggiori difficoltà si incontrano, invece, qualora il concorso eventuale debba essere affiancato ad un reato c.d. “a concorso necessario”, e nel momento in cui, in seno a quest’ultimo, vi siano condotte “atipiche” rispetto a quelle dei concorrenti necessari. Vi siano cioè attività contributive meno pregnanti in termini di oggettivo disvalore, ma pur sempre connesse in qualche forma al concorso necessario del reato.

I profili di interazione più interessanti sono da ricercarsi in quelle fattispecie associative che mirano a tipizzare fenomenologie criminali particolarmente efferate ed allo stesso tempo eterogenee: soprattutto, l’associazione per finalità di terrorismo (art. 270 *bis* c.p.) e l’associazione a delinquere di stampo mafioso (416 *bis* c.p.). In tali contesti, infatti, è tutt’altro che peregrina l’ipotesi che si delinei la figura del “concorrente eventuale”: un soggetto formalmente estraneo all’associazione criminosa, che purtuttavia trattiene rapporti di collaborazione con l’organizzazione stessa, in modo da contribuire alla sua conservazione o al suo rafforzamento. Ed è proprio il perimetro di questa condotta illecita che si proverà a tracciare, pur nelle difficoltà immanenti che una fattispecie *extra codicem* inevitabilmente genera.

Prima di ripercorrere le (tante) tappe che, in maniera del tutto irregolare e sincopata, hanno segnato storia e destini del concorso esterno, deve essere brevemente segnalato – e ciò ha una precipua importanza nell’economia complessiva di questo scritto – quell’orientamento dottrinale che ritiene non configurabile il concorso eventuale nel reato di associazione mafiosa, in ragione della particolare struttura del reato. Alcuni Autori osservano, infatti, come quei comportamenti che possono essere inquadrati nel concorso esterno già contengono tutti i requisiti minimi che configurano il reato di associazione mafiosa: non sarebbe possibile ipotizzare forme di concorso eventuale nel delitto di cui all’articolo 416 *bis* perché, in sintesi, o si è “partecipi”, oppure si è in presenza di condotte diverse, nel caso punibili ad altro titolo².

A sostegno di questa tesi, per giunta, si adduce il fatto che il legislatore abbia già, in qualche forma, inteso criminalizzare l’area di contiguità all’associazione, mediante fattispecie ad essa satellitari, come possono esserlo l’articolo 307 c.p. (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata) nel caso di fatti di terrorismo, ovvero l’articolo 418 c.p. (assistenza agli associati)³, in relazione all’associazione mafiosa. In quest’ultimo caso – così almeno parrebbe, leggendo gli scritti degli Autori citati – basterebbe accogliere una nozione ampia di partecipe dell’associazione di tipo mafioso, e nessuna porzione di illecito verrebbe lasciata scoperta dalle norme incriminatrici.

² A. MANNA, *L’ammissibilità di un c.d. “concorso esterno” nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, pp. 1119 ss.; F. SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. Pen.*, 1993, pp. 1870 ss.

³ Cfr. F. SIRACUSANO, *Il concorso di persone*, cit., p. 1875, ove si afferma che il fatto dell’estraneo all’associazione ed idoneità dello stesso per lo scopo del sodalizio costituiscono il nucleo essenziale di alcune fattispecie di parte speciale “sussidiarie” (quale sarebbe l’art. 418) rispetto alle fattispecie associative e caratterizzate da specifiche modalità del contributo prestato a favore degli associati.

Questa tesi non può essere accolta, e va piuttosto avallata l'indicazione di buon senso secondo cui *“in linea di principio le disposizioni dettate in materia di concorso eventuale debbano essere applicate anche alle fattispecie a concorso necessario, con la sola riserva che dalla formulazione di queste ultime non emergano indicazioni contrarie a tale estensione”*⁴. E tale contrarietà, come noto, non è dato riscontrare.

Non ci si dilunga qui nel rilevare l'assoluta inadeguatezza di fattispecie quali quella *ex art. 418* a riguardare casi tipologici particolarmente complessi come lo scambio politico-mafioso (fatto privilegiato dell'imputazione per concorso esterno), né sui rischi che l'eccessiva dilatazione del *416 bis* potrebbe ingenerare a livello di personalità e colpevolezza della responsabilità penale. Tali valutazioni sono da ritenersi *in re ipsa*.

Piuttosto, però, va rilevato che accogliere una simile riflessione vorrebbe dire immaginare una struttura *“dicotomica”* del problema, impostato in questi termini: *associazione mafiosa ovvero nulla*, o quasi. Una struttura inadatta e finanche semplicistica, che non tiene conto delle infinite venature – sotto il profilo oggettivo e soggettivo – che possono scorgersi in una partecipazione (eventuale) alle attività dell'associazione. Eppure, gli Autori che prefiguravano un tale assetto giuridico, oggi segnano un punto a loro vantaggio: nonostante siano stati sconfessati ripetutamente dalla più autorevole giurisprudenza, il *“concorso esterno”* appare – proprio alla luce dei principi giurisprudenziali – non tanto una partecipazione *“minore”*, bensì una esplicazione *“laterale”* (ma contenutisticamente coincidente) della vera e propria associazione mafiosa. Questo il paradosso ingenerato da una giurisprudenza affannata a circoscrivere, non riuscendoci, l'accezione da assegnare al concorso esterno. Ma su questo punto, si tornerà nel prosieguo.

2. Breve digressione sull'evoluzione giurisprudenziale del *“concorso esterno”*: una progressiva compenetrazione nell'articolo 416 bis

Il concorso esterno è figura *extra codicem*; come tale, può essere foraggiata, mediante continue operazioni di riempimento ermeneutico, soltanto dalla giurisprudenza di legittimità. E così è stato, a partire dal 1994. Prima di allora, la giurisprudenza appariva titubante, restia a riconoscere piena valenza a condotte concorsuali diverse da quelle necessarie per la configurazione del reato *ex art. 416 bis*.

La prima di queste *“tappe”* è la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 1994, che finalmente dirime i contrasti giurisprudenziali e ammette senza mezzi termini la rilevanza del concorso esterno. Eppure, l'importanza della sentenza si affievolisce nel momento in cui la Suprema Corte prova a circoscriverne i limiti, adottando descrizioni semplicistiche del concorso esterno, del tutto inadatte a

⁴ G. DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416 bis, 416 ter, 417, 418 C.P.*, in CORSO-INSOLERA-STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, p. 42.

rappresentare complesse realtà criminologiche. Il concorrente esterno sarebbe infatti colui che *non vuol far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a "far parte", ma al quale si rivolge per colmare eventuali ruoli temporanei in un determinato ruolo, oppure, nel momento in cui la "fisiologia" dell'associazione entra in fibrillazione, attraversando una fase "patologica" che, per essere superata, richiede il contributo temporaneo di un esterno*⁵.

In fin dei conti, poche sono le indicazioni che se ne possono trarre, posto che sia oggettivamente difficile accogliere l'interpretazione ingiustificatamente restrittiva che ne ha dato la giurisprudenza, basata sul momento c.d. "patologico" e per questo incapace di fornire un reale discrimine tra concorso nell'associazione e commissione di un reato-scopo aggravato dal fine di agevolare l'associazione⁶.

Si rese per questo inevitabile un nuovo intervento delle Sezioni Unite, che rimettesse in discussione l'intero impianto della precedente pronuncia. Nel 2002, la Cassazione a Sezioni Unite ribadisce che è configurabile il concorso esterno nel reato in capo alla persona che è priva dell'*affectio societatis* e non è inserita nella struttura organizzativa del sodalizio, ma dilata poi considerevolmente l'area applicativa della fattispecie, affermando che *egli fornisce un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, a carattere indifferentemente occasionale o continuativo, purché detto contributo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione e l'agente se ne rappresenti l'utilità per la realizzazione del programma criminoso*⁷.

Senza entrare nel merito dei punti riguardanti il nesso causale e l'elemento psicologico del reato di cui appresso si dirà, ci si chiede fin da subito: se, com'è stato correttamente affermato, le ipotesi di concorso esterno *"eliminano in radice la possibilità di uno stabile rapporto fra il soggetto e l'ente"*⁸, come può il contributo essere continuativo? Orbene, il criterio che fa leva sull'occasionalità coglie, a nostro avviso, quell'elemento di reale e pregnante differenziazione rispetto alla condotta associativa⁹, ed è stato uno dei pochi spunti "felici" della Suprema Corte nel 1994; privarsi di un tale punto fermo, vuol dire amplificare ogni sorta di discrezionalità del giudizio. Senza considerare che, così facendo, si passa dalla situazione di crisi e di emergenza dell'associazione – nel cui quadro si rivela indispensabile l'apporto del concorrente esterno – ad un contributo che può finanche essere duraturo nel tempo (in ipotesi perdurante tutta la vita

⁵ Così Cassazione, Sezioni Unite, 5 ottobre 1994, n. 16.

⁶ Così, C. VISCONTI, *Il concorso "esterno" nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 1340. Vibranti critiche sono pervenute anche da G. VERRINA, *L'associazione di stampo mafioso*, Milano, 2008, pp. 94 ss., che sintetizza l'opinione dominante sulla sentenza del 1994.

⁷ Così, Cassazione, Sezioni Unite, 30 ottobre 2002, n. 22327.

⁸ F. SIRACUSANO, *Il concorso di persone*, cit., p. 1879.

⁹ In questo senso, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, p. 260 ss. *Contra* F. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. Pen.*, 2001, pp. 2084 ss., ove si afferma che *"per il concorrente esterno quello che conta non è l'occasionalità dell'apporto, ma la stabilità e la continuità dell'apporto: perché si abbia concorso occorre avere una stabilità di rapporti con l'impresa criminale"*.

dell'associazione): ha così inizio il traghettamento del "concorso esterno" nel golfo dogmatico-concettuale dell'associazione mafiosa.

Il 2005 segna un passaggio ulteriore, e per certi versi irreversibile. Ancora una volta, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è chiamata a pronunciarsi su alcuni nodi rimasti irrisolti; nello specifico, il nesso causale del contributo del concorrente esterno al rafforzamento ed alla conservazione dell'associazione e l'elemento psicologico che ad esso deve essere correlato ai fini della configurazione del reato.

Sul primo, stimano i giudici essere necessaria *un'effettiva rilevanza causale, che faccia del contributo prestato una condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione; inoltre, non è sufficiente una valutazione ex ante del contributo, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento ex post in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente*¹⁰. Sul secondo invece, si afferma che *il dolo debba investire sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione*¹¹, prevedendo così un problematico, doppio coefficiente psicologico.

È invero difficile poter legittimamente muovere delle critiche ad una pronuncia di autorevole giurisprudenza (che, per giunta, conferma una linea già precedentemente tracciata), salvo che non ci si affidi ad altrettanto autorevoli commentatori. Così, si prende a prestito quanto FIANDACA ha scritto a riguardo:

*"La principale causa delle difficoltà applicative deriva, verosimilmente, dalla pretesa – canonizzata nella sentenza Mannino per comprensibili esigenze di garantismo individuale – di accertare con un rigoroso criterio di causalità ex post il contributo recato dall'extraneus al funzionamento o al rafforzamento dell'organizzazione criminale: per cui l'alternativa per i giudici di merito è o di vedere estremamente ridotta l'area di possibile rilevanza penale delle condotte di sostegno esterno [...], ovvero di flessibilizzare più o meno surrettiziamente l'accertamento eziologico accontentandosi nella sostanza di una mera idoneità causale in una prospettiva ex ante"*¹².

Un monito, quello che viene rivolto agli operatori del diritto, particolarmente preoccupato: così come configurata, la causalità rischia di scadere a mero espediente teorico, doverosamente aggirabile affinché si azioni la fattispecie del concorso esterno. Inoltre, definire il contributo prestato dal concorrente esterno alla stregua di una *condicio sine qua non* rispetto alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione creerebbe notevoli problemi di struttura del reato¹³; e comunque, già sconfinerebbe, a nostro avviso, nell'ambito oggettivo della condotta *ex art. 416 bis*¹⁴.

¹⁰ Così, Cassazione, Sezioni Unite, 12 luglio 2005, n. 3348.

¹¹ *Ivi*.

¹² [G. FIANDACA, Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica, in Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim., I, 2012, p. 252.](#)

¹³ Sul punto, molto critico lo stesso Autore, in G. FIANDACA, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro It.*, II, 2006, pp. 86 ss. L'iter argomentativo seguito merita di essere qui riassunto. La

Ancora, in tema di elemento soggettivo, lo stesso Autore afferma:

“È verosimile che la sentenza Mannino sia eccessivamente pretenziosa, infatti, nel richiedere un dolo di concorso così pregnante, da includere (non solo la consapevolezza, ma anche) la volontà dello stesso concorrente esterno di dirigere il proprio contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma associativo. [...] Questa ricostruzione del dolo finisce per altro verso con l’inserire impropriamente, nell’orizzonte rappresentativo – volitivo del concorrente esterno, contenuti che sono psicologicamente e criminologicamente più tipici della sfera psichica dell’intraneo”¹⁵.

FIANDACA ci rappresenta così l’approdo concettuale cui è pervenuta la giurisprudenza sul tema: una commistione quasi inestricabile, una coincidenza quasi perfetta tra la figura dell’*intraneus* e quella dell’*extraneus*; pur tuttavia, continuando a sostenere la configurazione di quest’ultimo come possibile.

Insomma, tra il reato di associazione mafiosa *ex art. 416 bis* e quello di concorso eventuale nel reato stesso, si realizza una forma di possibile interscambio. Lo scrimine che ancora sussiste tra le due condotte, sarebbe rappresentato dalla formale etichetta di (“partecipe” o) affiliato appartenente all’associazione, che non potrebbe riferirsi alla figura del concorrente esterno, ontologicamente privo dell’*affectio societatis*. Ma può bastare la mera e quasi formale qualificazione soggettiva di “partecipe” (essa risulterebbe tale anche qualora si determinasse per *facta concludentia*), per staccare dal reato associativo una condotta che *effettivamente* non possa essere considerata necessaria, seppur rilevante ed in un certo qual senso accessoria?

Vi è, nel fondo, una pericolosa ambiguità logico-concettuale nella fattispecie di concorso esterno, che permette agli operatori giudiziari di imboccare ora la strada del *416 bis*, ora la strada del concorso esterno, a seconda degli elementi probatori che si hanno a disposizione, posto che quest’ultimo non richiede l’ulteriore prova dell’affiliazione, ma supposta una coincidenza quasi perfetta delle due fattispecie. Non

Cassazione, nella sentenza in esame, sostiene che anche nell’ambito del concorso esterno il contributo eziologico all’estraneo deve atteggiarsi a condizione necessaria dell’evento, secondo lo stesso modello di causalità tipico delle fattispecie incriminatrici a forma libera e causalmente orientate. Ciò postula, evidentemente, che vi sia un “evento” da ricercare, e da imputare eziologicamente al concorrente esterno. Ebbene, ci si chiede: conservazione o rafforzamento sono davvero definibili, secondo un uso rigoroso delle categorie penalistiche, eventi legati da un nesso di condizionamento alla condotta concorsuale esterna? L’A., sul punto, appare estremamente scettico, almeno dovendo adottare le accezioni dogmaticamente consolidate.

¹⁴ *Contra* V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995, pp. 153 ss. *Ivi*, l’A. afferma: “nelle ipotesi meramente partecipative ciascun contributo esterno, addizionandosi ad altra attività partecipativa interna, deve porsi, in una sorta di accessorietà qualitativa, come condicio sine qua non dell’intero impianto partecipativo, coincidente con la condotta interna di partecipazione, semplice o qualificata”. Invece, più condivisibile, a nostro avviso, l’assunto secondo cui “dovrebbe essere dimostrata, da un canto, l’impossibilità di ipotizzare condotte “causali” di concorso, che non siano di per sè condotte di “partecipazione nell’associazione” e, dall’altro, che quelle che non siano qualificabili come tali, siano tuttavia, effettivamente, rilevanti ad altro titolo”. G. SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, p. 140.

¹⁵ G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., p. 252.

si può *più*, difatti, essere d'accordo con chi individua la differenza tra concorrente e partecipe non soltanto nell'atteggiamento psicologico dell'agente, *ma anche* nel contributo oggettivamente estraneo alla fattispecie associativa¹⁶: la giurisprudenza ha progressivamente sconfessato una tale impostazione divisoria, pretendendo oggi da un lato un medesimo dolo specifico richiesto in capo all'*intraneus* (cfr. *infra*), e dall'altro un contributo tanto effettivo, concreto e rilevante sotto il profilo causale (persino, in ipotesi, continuativo), da non potere sfuggire alla capacità prensile dell'articolo 416 *bis*. Svuotando così d'ogni significato e valenza una figura, quella del concorrente esterno, il cui *quid proprii* dovrebbe essere ricercato proprio nella distanza dall'associazione, e non negli stessi elementi del reato per essa richiesti.

Quale l'effetto "pratico" di una tale operazione ermeneutica? Rendere gli elementi del reato, e la (difficile) prova connessa a ciascuno di essi, passaggi probatori cui prestare solo un formale ossequio, pur di procedere ad un'applicazione meccanica della fattispecie¹⁷. Ritroviamo così sempre più spesso un utilizzo giudiziale del concorso esterno spregiudicato ed antinomico rispetto ai dettati della giurisprudenza, cedevole rispetto ai tanti principi di garanzia connessi alla legge penale; una fattispecie sganciata da un nesso causale, il cui accertamento viene al massimo appurato in una prospettiva di mera idoneità *ex ante*, e incapace di far suo quell'elemento psicologico tanto pregnante appena visto, che di fatto sfocia nel fronte soggettivo dell'associazione mafiosa.

3. La "trattativa" e le nuove frontiere della contiguità mafiosa: l'art. 338 come ulteriore (e meno stringente) declinazione del concorso esterno?

In questa discussione sulla prossimità di un soggetto all'associazione mafiosa (e sulla relativa qualificazione giuridica), si innesta, e quasi si incastra, la ben nota inchiesta relativa alla cosiddetta "trattativa" tra lo Stato e la mafia. L'intera questione, affrontata fino ad ora in punto di diritto, va infatti calata nella realtà giudiziaria in cui le norme sono chiamate ad operare. Realtà in cui la magistratura antimafia tende a privilegiare, tra le possibili qualificazioni giuridiche dei fatti, quella più intrisa di disvalore, quella dalla maggior carica simbolica. In un procedimento avviato contro chi si sospetta essere affiliato, concorrente, o favoreggiatore dell'associazione mafiosa, ciò che più risalta, o deve risaltare, è una stigmatizzazione simbolica adottata in funzione

¹⁶ In questo senso, G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., pp. 139 ss.

¹⁷ Muovendoci su riflessioni più generali, un'applicazione poco scrupolosa della fattispecie (legalmente inespressa) del concorso esterno amplificherebbe le tante problematiche assiologiche connesse allo stesso reato di associazione mafiosa, affetto da una strutturale carenza di tassatività / determinatezza ed anche, come i più sostengono, di offensività. Per un più dettagliato approfondimento, si rinvia a A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pp. 298 ss.; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, pp. 62 ss.; volendo, A. APOLLONIO, *Critica dell'Antimafia*, Cosenza, 2013, pp. 46 ss.

general-preventiva; così, i fatti al vaglio dei magistrati vengono generalmente ricompresi in cornici delittuose più ampie dei fatti stessi, sottoponendo le norme ad un'opera di allargamento interpretativo quasi massimo¹⁸.

Solo avendo presente tale propensione di politica giudiziaria, si possono comprendere i fatti addebitati ai cosiddetti "trattativisti", l'abnormità della relativa qualificazione giuridica, ma soprattutto quali considerazioni la vicenda sulla c.d. "trattativa" stimoli, se inserita nella più ampia riflessione sul concorso esterno.

La vicenda, è nota ai più. Ex ufficiali dell'Arma dei Carabinieri, ex ministri e uomini politici sono oggi chiamati a rispondere del reato di cui all'art. 338 c.p. (violenza o minaccia ad un corpo politico dello Stato) in concorso con alcuni boss di Cosa Nostra, tra i quali figurano Totò Riina e Bernardo Provenzano. Secondo la prospettazione accusatoria, dopo la conferma in Cassazione delle pesanti condanne del maxi-processo nel 1992, l'associazione avrebbe minacciato di assumere un atteggiamento stragista nei confronti delle istituzioni democratiche, al fine di "ammorbidire" la repressione dello Stato nei confronti della mafia, atteggiamento perpetrato mediante efferati omicidi "eccellenti" (quello di Salvo Lima nel marzo del 1992) e l'inoltro di specifiche richieste in cambio della cessazione degli attacchi stragisti (è il caso del cosiddetto "papello"). Sarebbero a questo punto intercorsi contatti tra alcuni ufficiali dei carabinieri (supportati dalla copertura "politica" dell'allora ministro Calogero Mannino) ed i capi di Cosa Nostra per il tramite dell'ex sindaco di Palermo Vito Ciancimino, al fine di verificare la sussistenza di eventuali concessioni dello Stato in cambio della cessazione delle violenze.

Questo lo scenario complessivo in cui si colloca la c.d. "trattativa" tra Stato e mafia, peraltro reso ancor più fosco ed inquietante dalla perpetrazione di gravissimi episodi criminosi che potremmo definire coevi ai fatti della "trattativa", quali l'uccisione dei magistrati Falcone e Borsellino nel 1992 ed il compimento di attentati letali per civili inermi l'anno successivo. E, soprattutto in merito ai primi, la pubblica accusa sospetta che la strategia mafiosa abbia in concreto influenzato l'attività del Governo, con la sostituzione, nel giugno del 1992, dei precedenti ministri dell'Interno e della Giustizia Scotti e Martelli con Nicola Mancino e Giovanni Conso, ritenuti meno intransigenti nella lotta alla mafia e più "cedevoli" rispetto alle pretese dell'associazione¹⁹.

¹⁸ Obbligatorio, a questo punto, il richiamo ad un Autore che molto ha indagato i profili di un diritto penale utilizzato in funzione di lotta e di prevenzione generale, ipertrofico ed oltranzista, lì dove è chiamato a fronteggiare fenomeni criminali particolarmente efferati e riprovevoli, che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato. Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 735 ss.

¹⁹ Una siffatta ricostruzione è data da uno dei protagonisti inquirenti dell'inchiesta, A. INGROIA, *Io so* (a cura di LO BIANCO-RIZZA), Milano, 2012, pp. 30 ss.

Una qualche figura di reato cui ancorarsi deve essere rinvenuta a ogni costo, e dunque anche al prezzo di possibili forzature²⁰. E se la ricostruzione appena accennata appare difficoltosa già in punto di fatto, ancor di più lo è in punto di diritto. Quali delitti possono essere imputati ai personaggi della (presunta) “trattativa”?

Orbene, prendiamo in esame la posizione di Mannino. Egli, secondo l'accusa, avrebbe assunto il ruolo di uomo-cerniera, esortando ufficiali dell'Arma a intavolare un confronto con uomini di Cosa Nostra al fine di rendere possibili talune concessioni all'organizzazione, permettendo una copertura “politica” all' “apertura di credito” che lo Stato, per conto di alcuni suoi uomini, sembrava stesse facendo all'organizzazione. Se così, perché non contestare il concorso esterno nell'associazione mafiosa? Nessun dubbio sul fronte oggettivo del reato, ove si rinvenirebbe il *contributo causale al rafforzamento dell'associazione* (determinato dagli inequivoci segnali di cedimento di uomini dello Stato; dunque, dello Stato stesso); nessun dubbio sul fronte soggettivo, ove si rinvenirebbe *l'elemento psicologico volitivo-rappresentativo del perseguimento degli scopi dell'associazione* (come l'impunità e la protezione dei suoi membri)²¹.

Verosimilmente, una tale imputazione è stata accantonata per due ordini di ragioni. Anzitutto, si è visto quali oneri probatori si richiede, dopo un lungo cammino giurisprudenziale, per la configurazione del concorso esterno: il margine di applicazione è strettissimo. Un orizzonte di indagine così indefinito, sfumato, difficile da interpretare univocamente, non avrebbe mai passato indenne il rigido vaglio del sindacato penale, se ipotizzato come situazione concorsuale esterna all'associazione. Così, si è ricercato altrove plausibili figure di reato che potessero, in qualche modo, imprimere ugualmente lo stigma della sanzione penale.

Poi, valutazione di non poco conto, il reato di cui all'articolo 338 del codice penale – che, si noti, è compreso in un'area del tutto estranea a fatti di mafia, nel Titolo che disciplina i delitti contro la Pubblica Amministrazione – permette un risultato “simbolico” notevolissimo: avvincere in un'unica cornice criminosa, come complici di un medesimo delitto, boss mafiosi e uomini delle istituzioni. I primi (che mediante azioni omicidiarie ad ampio spettro avrebbero ingenerato la “minaccia” richiesta dalla struttura del reato) ai secondi (che, mediante i “segnali di distensione”, avrebbero

²⁰ Così si è espresso G. FIANDACA in un saggio di prossima pubblicazione nell'Annuario di scienze penalistiche *Criminalia* (anno 2012) e in anteprima apparso titolato *Il processo sulla trattativa è una boiata pazzesca*, in *Il Foglio*, 1 giugno 2013.

²¹ E ciò può valere anche per gli altri “trattativisti”. Si ponga mente al punto: se la “trattativa” tra Stato e mafia aveva, come scopo ultimo, quello di far cessare le stragi da un lato, e dall'altro di rendere meno repressivo lo Stato nei confronti del fenomeno mafioso, così determinando un indubbio rafforzamento dell'associazione, non si può forse realizzare nella condotta di ciascuno dei “trattativisti” l'elemento oggettivo del contributo prestato dal concorrente esterno? Ed ancora, se intavolare una trattativa con i mafiosi comporta inevitabilmente la conoscenza e la volontà di realizzare lo scopo criminoso dell'associazione, che è anzitutto quello di perseguire l'impunità dei suoi membri, non integra ciò solo, per ciascuno di essi, l'elemento psicologico della fattispecie di concorso esterno?

realizzato il contributo atipico alla condotta di minaccia ex art. 338 c.p.²²), in un medesimo alveo processuale per aver insieme concorso a turbare la regolare attività del Governo condizionandone le scelte. Un processo, inutile dirlo, contrassegnato da una esposizione mediatica senza precedenti nella storia recente.

A riguardo, un'ultima, laterale riflessione merita di essere fatta. Se anche "trattativa" vi fosse stata²³, ci troveremmo davanti a scelte politiche puramente discrezionali operate da soggetti istituzionali competenti – seppur inevitabilmente effettuate in un quadro di poca trasparenza – e teleologicamente orientate a preservare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale. Ora, tale attività di "mediazione" con gli uomini di Cosa Nostra può anche essere oggetto di riprovazione etico-politica e non incontrare il pieno consenso dell'opinione pubblica, ma certamente non può essere sindacabile alla stregua di un giudizio di legalità penale. Altrimenti, "l'unica legalità possibile finisce con l'essere quella ritagliata sul modello di una lotta alla mafia che vede come unica istituzione competente la magistratura, stigmatizzando come interferenza illecita ogni intervento autonomo di ogni altro potere istituzionale"²⁴.

Torniamo a monte. Se questa la prospettazione accusatoria, e questa la qualificazione giuridica dei fatti, ma soprattutto, se tesi e verità processuale dovessero alla fine coincidere, allora l'art. 338 potrebbe essere davvero l'avamposto di una nuova ed inesplorata traiettoria giurisprudenziale sul terreno della contiguità mafiosa, già popolato dalle tante interpretazioni possibili del concorso esterno. Una vera e propria (inedita) declinazione della fattispecie eventuale, ma dai requisiti probatori meno stringenti. Anche perché, per come strutturata l'accusa nel procedimento *de quo*, non sarebbe del tutto peregrina la tesi che gli ambiti applicativi delle due condotte criminose possano, almeno in parte, coincidere, come si è provato a dimostrare prendendo in esame la posizione dell'imputato Mannino. Del resto, le due condotte – l'art. 338 da un lato, il concorso eventuale nell'art. 416 *bis* dall'altro – partono da punti molto distanti tra loro, ma l'utilizzo che delle stesse si è fatto e si sta facendo in sede giudiziaria permette una convergenza su di un medesimo piano: quello della complicità mafiosa, a vario titolo considerata.

Siamo, come ovvio, ben oltre le colonne d'Ercole del diritto penale, almeno di quello stretto tra le rassicuranti accezioni dogmatiche che si maneggia e si discute quotidianamente: le ipotesi prospettate sono, come chiaramente appare, teoriche ed al limite del paradosso: oltre la realtà, come ci suggerisce l'etimologia del termine. E ben ha scritto FIANDACA, che nel tentativo di rientrare nell'ambito del buon senso giuridico

²² Così si esprime, e lo si rileva con attonita sorpresa, il Giudice dell'Udienza Preliminare del Tribunale di Palermo del procedimento *de quo* nel decreto che dispone il rinvio a giudizio in data 7 marzo 2013.

²³ Ed in sede storiografica, molti dubbi sono stati sollevati in proposito. Cfr. ad esempio LUPO-SAVATTERI, *Potere criminale*, 2010, pp. 156 ss.; G. CHIAROMONTE, *I miei anni all'Antimafia 1988-1992*, Rionero in Vulture, 1996, pp. 77 ss. In ultimo, a smentire le tante, fantasiose ricostruzioni, è autorevolmente intervenuto P. ARLACCHI, *Perché non credo alla trattativa Stato-mafia*, in *L'Unità*, 29 maggio 2013.

²⁴ G. FIANDACA, *Il processo sulla trattativa*, cit.

ha spinto fuori dal campo di gioco del diritto le tesi dell'accusa, affermando con una punta di amara ironia: "*perché non spingersi sino al punto di ipotizzare forme di concorso nelle stesse azioni stragiste, se fosse vero che gli intermediari – come l'accusa sostiene – avrebbero con il loro comportamento rafforzato in Cosa Nostra il convincimento che la prosecuzione del suo programma criminoso violento risultava efficace in vista della trattativa?*"²⁵.

Tutto ciò, rende bene l'idea degli assurdi risultati che l'ipertrofia accusatoria – cui oggi assistiamo con preoccupazione – può generare sul terreno dogmatico delle fattispecie penali: *de facto*, è stata "resuscitata" una condotta di reato del tutto (o quasi) inapplicata nella recente storia repubblicana, e la si è resa immediatamente fruibile, trasformandola in una ulteriore, irregolare ma meno pretenziosa declinazione del concorso esterno. E tutto ciò, per finalità del tutto estranee al diritto penale, come l'assoluta demonizzazione di un intero sistema politico a cavallo tra Prima e Seconda Repubblica, considerato dal potere giudiziario (o meglio, da una piccola porzione di esso) degno di *damnatio memoriae*²⁶.

4. L'art. 338 c.p. e il concorso eventuale nel 416 bis: una sorte comune. Conclusioni

Nelle riflessioni che precedono, si è provato ad argomentare la possibilità che il concorso eventuale nel 416 bis sia stato progressivamente attratto nell'orbita di configurazione della fattispecie associativa-madre ad opera della giurisprudenza. Per giunta, questa "notte" tipicamente hegeliana in cui tutte le vacche sono nere, viene ancor meglio raffigurata dall'ultima sentenza della Cassazione, sul punto degna di nota, quella riguardante l'esponente politico Marcello Dell'Utri. Passaggi di rimarchevole novità, in essa, non vi sono: il complesso impianto giuridico delle precedenti pronunce viene confermato *in toto*, e molti dei principi espressi in precedenza vengono ripresi senza indugio. Del resto, questa la ragione per cui la sentenza in oggetto rinvia tutto ad altra sezione della Corte d'Appello di Palermo: l'impianto probatorio risulta insufficiente rispetto agli stringenti requisiti che la giurisprudenza di legittimità oggi richiede.

Ma nella sentenza in oggetto, pare si approfondisca ulteriormente il dolo del concorrente: se le parole hanno un senso, acquistano importanza a maggior ragione in una sentenza della Corte di Cassazione. Si chiede infatti all'*extraneus*, oltre ad essere consapevole di contribuire con la sua condotta in maniera determinante a rafforzare l'associazione, di sapere che, per di più, *l'apporto sia diretto alla realizzazione del programma criminoso del sodalizio*²⁷. Con il termine *diretto*, è chiaro che i giudici vogliono

²⁵ *Ivi*.

²⁶ Tali profili meta-giuridici sono stati autorevolmente indagati, sulla scorta del saggio di FIANDACA sopra citato, da G. PELLEGRINO, *Oltre l'anomalia di un'inchiesta*, in *L'Unità*, 5 giugno 2013.

²⁷ Cassazione, Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727.

andare oltre quell'elemento rappresentativo-volitivo di contribuzione causale come sopra ricostruito, per fare riferimento ad una prospettiva finalistica adottata dal concorrente, che si ritroverebbe così a condividere gli stessi obiettivi criminosi dei concorrenti necessari. Insomma, per sgombrare il campo da ogni dubbio terminologico, quello che pretende la Cassazione è che l'*extraneus* agisca con il medesimo dolo specifico che è richiesto in capo all'*intraneus*²⁸.

Tanto vale, verrebbe da dire, tornare alle posizioni oltranziste dettate da quelli Autori che negavano *ab origine* la configurabilità del concorso esterno, adottando per contro una accezione estesa dell'associazione mafiosa, pur con tutte le ricadute in tema di legalità penale.

Ma quella del concorso eventuale nell'associazione mafiosa non è l'unica fattispecie ad essere stata trascinata con forza al di fuori di un immaginario recinto di stretta "competenza": si è visto, prendendo spunto da una vicenda giudiziaria di stringente attualità, come una norma – finora sconosciuta ai più in ragione della scarsissima applicazione – contenuta nel Titolo dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, sia stata da lì espantata, e forzatamente piantata nel friabile terreno della "contiguità" mafiosa.

Così, effetto forse indesiderato ma oggi ben visibile, i piani di operatività delle norme si accavallano, rendendo ancora più incerti e sfumati i confini – posto che davvero ve ne siano, ed a questo punto è lecito dubitare – delle realtà criminologiche prossime all'associazione mafiosa. Comunque, va detto, l'una e l'altra condividono uno stesso, improprio destino, fatto di estreme manipolazioni interpretative e di *difficult transplants*, che ostacolano – seppur con forme molto diverse – quel necessario atto di apposizione ai fatti una appropriata cornice giuridico-definitoria.

L'inchiesta sulla c.d. "trattativa" tra Stato e mafia ci offre così una ragione in più per rilanciare con forza la necessità di un intervento legislativo diretto a precisare e tipizzare le forme e le personalità "esterne" ad un'organizzazione mafiosa già di per sé affetta da "*tipicità inafferrabile*"²⁹. Il perdurare di una tale situazione di incertezza sforza, fino ai suoi limiti accettabili, la tenuta del sistema, cui alla base dovrebbe stendersi il principio di uguaglianza espresso nell'articolo 3 della Costituzione. L'impossibilità oggettiva di stabilire un'area di criminalizzazione omogenea al di fuori dell'associazione è causa prima – e l'inchiesta sulla "trattativa" ne è paradigma – di tante, innumerevoli, sperequazioni soggettive in indagini e processi, lì dove, invece, sperequazione non dovrebbe esservi. Almeno, a leggere la massima che campeggia in ogni aula di giustizia del Paese.

Una tipizzazione non può più essere elusa. Ed è forse arrivato il momento di porsi, a questo punto, le stesse esiziali domande che un illustre Autore già si è posto: "*con un diritto penale – per così dire – reale già in larga misura così trasformato, quale volto*

²⁸ Così, [A. BELL, Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell'Utri, in questa Rivista, 15 giugno 2012.](#)

²⁹ L'espressione è di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, p. 39.

legale “nuovo” dobbiamo noi disegnargli? Come codificare, secondo quali regole (anche) tecniche: secondo regole classiche, in ultima analisi compendiabili nel solo principio di razionalità di ascendenza illuministica – ovvero elaborando regole diverse?”³⁰. Davvero cominciasimo a chiedere ed a chiederci con la stessa intelligenza e lo stesso acume, avremmo allora recuperato quel filo conduttore di un diritto penale liberale e legalitario, oggi per certi versi smarrito.

³⁰ C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p. 1232.