

# Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile"

Costantino Visconti

SOMMARIO: 1. Qualche luogo comune sul c.d. concorso esterno da sfatare in via preliminare... - 1.1. (*Segue*) ...e una premessa per continuare il discorso. - 2. Le soluzioni normative adottate in alcuni Paesi europeo-continentali. - 2.1. La Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata del 2008. - 3. Sintesi sullo stato dell'arte giurisprudenziale in Italia ... - 3.1 (*segue*) ... tra inerzia cronica e attivismo disordinato del legislatore. - 4. Linee guida per una auspicabile riforma: prosciugare il "capitale sociale" delle mafie.

## 1. Qualche luogo comune sul c.d. concorso esterno da sfatare in via preliminare...

Parlare di contiguità alla criminalità organizzata in Italia significa soprattutto rievocare la spinosa problematica del c.d. concorso esterno in associazione mafiosa, vicenda oramai da lunga pezza salita alla ribalta al di là della ristretta cerchia dei giuristi.

Fin d'ora, però, occorre rapidamente sfatare qualche ricorrente luogo comune circolante in quei serrati dibattiti politico-giornalistici che si infiammano ogni qual volta un "personaggio eccellente" incappa nelle maglie giudiziarie del concorso esterno o ne esce fuori dopo tormentati iter processuali<sup>1</sup>. A dispetto di quanto sovente viene argomentato nell'agone mediatico, infatti, tale figura criminosa non è un'inedita e cervelottica invenzione dei magistrati antimafia all'opera nell'ultimo scorcio del secolo appena trascorso, né può considerarsi una anomalia tutta italiana.

Al contrario, dobbiamo ribadire ancora una volta che il concorso esterno è, per un verso, storicamente molto risalente nello stesso ordinamento italiano e, per altro verso, tutt'altro che sconosciuto in altri ordinamenti europei.

Sotto il primo profilo, va precisato che in realtà nei vari codici succedutisi in Italia negli ultimi due secoli si riscontrano più volte pronunzie giurisprudenziali favorevoli all'applicabilità delle regole concorsuali in combinazione con le fattispecie associative a fini estensivi della punibilità. Per quanto riguarda il codice Rocco, va ricordato che ben prima della stagione antimafia degli anni Novanta la Corte di cassazione aveva già avuto modo di prendere posizione nel senso indicato seppur in materia di terrorismo politico<sup>2</sup>. Analogamente durante il codice Zanardelli con riferimento sia alla criminalità comune<sup>3</sup>, sia a forme *ante litteram* di contiguità politico-mafiosa nel contesto di veri e propri maxi-processi in cui i

---

<sup>1</sup> Sui rischi connessi al "clamore mass-mediologico" suscitato da questioni giuridico-penali e, in particolare, dal concorso esterno, nell'ottica di una seria e pacata analisi scientifica dei problemi v. FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, 1 ss.; nonché FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, XII s.

<sup>2</sup> Cass. 27 novembre 1968, Muther e altri, massimata in *Arch. Pen.*, 1970, p. 8, riguardante il concorso nel reato di cospirazione mediante associazione applicato a fiancheggiatori di organizzazioni irredentiste altoatesine; Cass. 25 ottobre 1983, Arancio, in *Giust. Pen.*, 1984, I, p. 469, riguardante il concorso nel delitto di banda armata contestato a un avvocato accusato di fare da tramite tra i brigatisti in carcere e quelli in libertà

<sup>3</sup> Cass. 27 novembre 1903, Alasia, in *Riv. pen.*, vol. LIX (1904), p. 581.

giudici di Reggio Calabria, tra l'altro, condannano per complicità nel reato associativo gli ex sindaci di due paesi (Calanna e Villa S. Giuseppe) per aver "operato con il medesimo intento pratico, un piede nella caserma e l'altro nella mafia, un po' per la giustizia un po' per gli associati e per l'associazione, per mantenersi al potere e comandare"<sup>4</sup>. E così anche nella seconda metà dell'Ottocento, vigente il codice sabaudo, ove raffinate sentenze della Cassazione palermitana riguardanti il brigantaggio argomentano la giuridica ammissibilità del concorso esterno<sup>5</sup>; senza contare infine che alcune tracce giurisprudenziali nella stessa direzione si rinvengono addirittura sotto l'impero del codice napoletano del 1819<sup>6</sup>. Al concorso esterno, dunque, piuttosto che l'aura di novità sembra attagliarsi bene l'immagine proposta da François Ost di un diritto simile all'antico palinsesto, ossia a quella pergamena "da cui è stata raschiata la prima iscrizione per tracciarne un'altra, che però non la nasconde completamente, così che vi si può leggere in trasparenza l'antico sotto il nuovo"<sup>7</sup>.

Sotto il secondo profilo, va invece rilevato che, ad esempio, in alcuni Paesi, come la Spagna e la Germania, è la dottrina maggioritaria a considerare ammissibile in linea di principio l'applicazione delle regole di parte generale sul concorso di persone alle fattispecie associative; mentre in altri ordinamenti, come la Francia, è la giurisprudenza ad averle applicate e addirittura, nella relazione ufficiale al nuovo codice del 1994, se ne raccomanda l'impiego; in altri ancora, è lo stesso reato associativo (come in Austria, Belgio, Svizzera e anche la Germania) o specifiche fattispecie incriminatrici (come in Portogallo e Spagna) che tipizzano, mediante formule più o meno precise, la punibilità di condotte che nel nostro Paese rientrerebbero nell'ambito di applicazione del c.d. concorso esterno<sup>8</sup>.

Insomma, la vera "anomalia", più che nel concorso esterno in sé e per sé considerata sotto il profilo strettamente giuridico, risiede nel fatto che la discussione intorno alla repressione penale della contiguità alle mafie ha toccato in Italia livelli di drammatizzazione impensabili in altri paesi. E la ragione di questa perdurante drammatizzazione è facilmente intuibile: il ciclico riscontro di diffuse e perduranti forme di "cooperazione" tra le mafie e significativi settori del mondo politico, imprenditoriale e professionale, ha spinto la giustizia penale a solcare i procellosi mari della criminalità del potere, sollevando problemi che travalicano senz'altro il dato puramente tecnico-giuridico.

A ben guardare, peraltro, rivisitando il tema del concorso esterno in un'ottica comparatistica sembrerebbe che in Europa prevalgano più le analogie che le differenze, nel senso almeno che sono rintracciabili in diversi paesi europei alcune linee di tendenza o problemi comuni nel modo di trattare penalmente la contiguità alle organizzazioni criminali.

Tanto che non è forse azzardato ipotizzare che se in giro per l'Europa fosse emerso un fenomeno di delinquenza organizzata paragonabile per quantità e qualità alle mafie nostrane, il tipo di approccio politico-giudiziario al problema della punibilità della contiguità che avrebbero adottato i giudici nei vari Paesi non sarebbe stato poi molto diverso da quello praticato dalla giurisprudenza italiana negli ultimi anni.

<sup>4</sup> Assise Reggio Calabria 4 febbraio 1932 (inedita, rinvenuta nell'Archivio di Stato di Reggio Calabria); la sentenza fu però per alcuni aspetti censurata da Cass. 30 giugno 1934, Romeo e altri, in *Scuola positiva*, 1935, p. 193.

<sup>5</sup> Corte di cassazione 17 giugno 1875, Ciaccio e altri; e 1° luglio 1875, Russo, in *il Circolo giuridico*, vol. VI, 1876, 47 e 54, entrambe ripubblicate in *Indice pen.*, 2000, 421 ss..

<sup>6</sup> Cfr. i riferimenti di ROBERTI, *Corso completo del diritto penale del Regno delle due Sicilie*, vol. VI, Napoli, 1833, 265, nota f).

<sup>7</sup> OST, *La tradizione, eterna giovinezza del diritto?*, in *Ars interpretandi*, 2003, p. 136, ove l'autore riprende gli studi di filologici di GENETTE, *Palinsesti: la letteratura di secondo grado*, Torino, 1997.

<sup>8</sup> Nel prosieguo del testo maggiori approfondimenti.

E del resto, alla fine degli anni '70, la giurisprudenza tedesca non ha esitato a ritenere integrata la condotta di "sostegno" all'associazione (prevista nella fattispecie incriminatrice a fianco della "partecipazione" in senso stretto) a carico di un gruppo di avvocati difensori dei militanti della famosa banda Baader-Meinhof, per aver contribuito a realizzare un circuito informativo intra-carcerario tra i propri assistiti<sup>9</sup>. Analogamente, nei primi anni '90, la giurisprudenza spagnola ha applicato la fattispecie di collaborazione "esterna" a un soggetto che aveva ottenuto per conto dell'ETA la disponibilità di un terzo a dare il proprio contributo a un progetto di evasione, progetto peraltro poi neanche avviato ad esecuzione<sup>10</sup>. Allo stesso modo, la giurisprudenza francese, la quale nei primi anni '80 ha ravvisato una forma di complicità all'associazione di malfattori – questa volta secondo le regole generali del concorso criminoso – nella condotta di un agente immobiliare che aveva procurato un appartamento ai membri di una organizzazione criminale, intenti ad attuare il programma associativo<sup>11</sup>.

### 1.1. (Segue) ...e una premessa per continuare il discorso.

A questo punto una prima conclusione in funzione di premessa per il prosieguo del discorso. Dei presupposti e dei limiti della punibilità della contiguità alle organizzazioni criminali se ne deve pure continuare a parlare: ma tenendosi il più possibile al riparo dalla conflittualità militante scandita dalla cronaca politico-giudiziaria nostrana, nella quale spesso gli argomenti impiegati risultano tanto suggestivi quanto infondati, e comunque sono quasi sempre agitati a scopi polemici con l'effetto di portare la discussione verso esiti fuorvianti.

Beninteso, una volta smentiti alcuni luoghi comuni e preso atto delle distorsioni di cui spesso cade prigioniero il discorso pubblico, rimangono sul tappeto una serie di problemi che non possono essere sottovalutati e anzi reclamano soluzioni adeguate. Problemi derivanti in gran parte dalla natura "aperta" o – come ama ripetere Giovanni Fiandaca – "liquida" dell'incriminazione concorsuale che, in primo luogo, rende vulnerabili le garanzie degli indagati/imputati e, in secondo luogo, rischia di pregiudicarne la stessa efficienza repressiva. In quest'ottica, anche le cifre diffuse dal Procuratore nazionale Pietro Grasso circa il rilevante divario tra la quantità di indagini preliminari avviate a titolo di concorso esterno e il numero di procedimenti per i quali è stato almeno disposto il giudizio<sup>12</sup>, si prestano a una doppia lettura. Secondo una prima chiave interpretativa, si può anche sostenere che il concorso esterno è impiegato dalla stessa magistratura con molta prudenza: nel senso che in una prima fase ne viene sfruttata la congenita duttilità per estendere il più possibile le indagini, ma poi si effettua una stringente selezione quando è l'ora di decidere se chiedere o disporre il rinvio a giudizio. Ma è in base ad una seconda possibile lettura di questi stessi dati che può rimanere l'amaro in bocca. Per un verso, infatti, il divario tra indagini e processi veri e propri potrebbe fornire, appunto, la riprova empirica della fragilità strutturale del tipo di incriminazione che finisce troppe volte per rende-

<sup>9</sup> Hanseatischen OLG 10 Luglio 1997, Groenewold, in *Kritische Justiz*, 1979, 72 ss.: per una analisi dettagliata di tale pronuncia sia consentito rinviare a VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*, in *Foro it.*, 1997, II, 611 e ss..

<sup>10</sup> TS 2 febbraio 1993, riportata da FERNANDEZ-GANZENMÜLLER-ESCUADERO-FRIGOLA/VENTOLA, *Delictos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*, Barcellona, 1998, 357.

<sup>11</sup> C. Ass. Essonne, 28 maggio 1982, citata da GIUDICELLI DELAGE, *La riposte pénal contre la criminalité organisée en droit français*, in AA.VV., *L'infraction d'organisation en europe*, Paris, 2002, p. 147.

<sup>12</sup> Dati in parte riportati da CAVALLARO, *Concorso esterno: 7190 accusati, solo 540 sentenze*, in *Corriere della sera*, 29 novembre 2007, p. 1 e 25.

re incerto e poco rassicurante dall'ottica della stessa accusa il compendio probatorio raccolto, frustrando così le esigenze repressive. Per altro verso – e soprattutto –, l'amaro in bocca in bocca rimane perché in ogni caso il costo "umano" che è chiamato a sostenere il cittadino innocente sottoposto alle maxinchieste antimafia, compresa la gogna mediatica, è qualcosa di cui non si può davvero andare orgogliosi<sup>13</sup>.

Insomma, è vero che il concorso esterno non va considerato un qualcosa di eccentrico o addirittura mostruoso rispetto a un presunto *eden* penalistico italiano (in realtà mai esistito). Ma è altrettanto vero che la plausibilità giuridico-dogmatica dello strumento giuridico non deve diventare un alibi per lasciar tutto così com'è, esonerando da ogni responsabilità politica il legislatore e rinnovando una corposa delega alla giurisprudenza. Magari confidando in un ruolo guida della Cassazione riunita la quale però – come da ultimo messo bene in luce da Enzo Maiello nel contributo pubblicato in questo stesso volume – non di rado stenta a tenere le fila anche delle sue sezioni semplici.

A dirla tutta, si ha talora la sensazione che l'immobilismo legislativo in questa materia costituisca forse la indiretta conseguenza di un tacito patto scellerato. Tra chi non ha interesse che si intervenga perché ritiene che il concorso esterno nell'attuale configurazione consenta un ampio potere di indagine e magari di pubblica interdizione e/o stigmatizzazione nei confronti delle classi dirigenti. E chi, sul versante opposto, vuole lasciare alla magistratura requirente tale potere perché in questo modo può continuare a evidenziarne gli eventuali errori o esagerazioni e a delegittimarne decisioni e ruolo.

Comunque sia, è innegabile l'obiettiva difficoltà per il ceto politico attuale di affrontare una materia così calda e conflittuale nel tentativo credibile di realizzare una quadratura del cerchio, cioè una affidabile definizione dei presupposti della condotta punibile che rimanga al contempo impermeabile al sospetto di volere legare troppo le mani ai giudici o di risolvere qualche specifica vicenda giudiziaria.

Nella speranza – dura a morire ma disincantata – che un giorno il mitico legislatore decida di affrontare responsabilmente la questione della tipizzazione del concorso esterno, può rivelarsi utile tornare a rivisitare il tema – sia pure a volo d'uccello – anche in chiave comparatistica, con l'obiettivo di acquisire ulteriori elementi di valutazione riguardo alla praticabilità di determinati modelli di tipizzazione delle condotte punibili nell'ambito delle fattispecie associative e, per questa via, di contribuire ad elaborare una risposta adeguata ai problemi sorti nella recente esperienza italiana.

In quest'ottica, getteremo anzitutto uno sguardo ai principali Paesi dell'Europa continentale, suddividendoli in tre aree geo-normative (quella francese, quella tedesca e quella iberica) in ragione di un certo grado di affinità culturale e storica riscontrabile tra gli ordinamenti rientranti in ciascuna area, accennando anche alle spinte armonizzatrici di fonte UE; poi confronteremo i risultati di tale ricognizione con lo stato dell'arte in Italia; e, infine, torneremo a riproporre una possibile via riformistica.

## 2. *Le soluzioni normative adottate in alcuni Paesi europeo-continentali*

Cominciando con l'area francese (ove si intendono inclusi il Belgio e il Lussemburgo, i cui codici attualmente in vigore sono ancora ricalcati sul vecchio codice napoleonico del 1810, ma giusto sul nostro tema presentano nuove e diverse soluzioni di tecnica

<sup>13</sup> Analoghe considerazioni svolge INSOLERA, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2009, p. 284.

normativa), va in primo luogo osservato che in Francia, con il codice del 1994, è stata abbandonata la secolare tradizione che vedeva la fattispecie associativa affiancata da una fattispecie ancillare volta a punire gli aiuti apportati dall'esterno all'associazione (modello che ha influenzato il nostro come altri codici del vecchio continente). È stata infatti proposta la vecchia associazione di malfattori ereditata dalla tradizione, in cui la condotta individuale punibile è descritta con il solo sintagma "chi partecipa", ma non è stata mantenuta la tradizionale fattispecie accessoria di "contiguità", perché, si dice espressamente nella relazione già menzionata, per la punibilità di tali condotte è sufficiente ricorrere alle regole generali sul concorso di persone e, in particolare, a quella sulla complicità (che certo non brilla per determinatezza, come del resto tutte le formule codicistiche che storicamente si sono cimentate nella regolamentazione del fenomeno concorsuale).

Se passiamo ad esaminare Belgio e Lussemburgo, troviamo invece una scelta opposta, almeno sul piano della tecnica normativa. Si è mantenuta la vecchia associazione di malfattori insieme alla vecchia fattispecie di contiguità in forme quasi identiche alle originarie formulazioni del codice francese del 1810, ma poi in entrambi i codici sono state introdotte, rispettivamente, nel 1998 (artt. 324 *bis*, 324 *ter*) e nel 1999 (art. 324 *bis*) due fattispecie molto simili denominate "organizzazione criminale", le quali possono essere considerate per certi versi il *pendant* delle nostra associazione mafiosa, quanto a *modus agendi* e a finalità. Per quanto qui interessa, tali fattispecie prevedono, in commi diversi, la punibilità non solo di "chiunque ne fa attivamente parte", ma anche di chiunque "partecipa alla preparazione o alla realizzazione di qualsiasi attività lecita dell'organizzazione criminale", nonché, con una sanzione maggiore, di chi "partecipa a qualsiasi decisione nel quadro delle attività dell'organizzazione criminale con la consapevolezza di contribuire agli obbiettivi di essa".

Per quanto riguarda l'area tedesca, ove oltre la Germania vanno prese in considerazione Austria e Svizzera, va anzitutto rilevato che le fattispecie associative del codice germanico (§ 129 e 129b per le associazioni terroristiche) prevedono la punibilità non solo di chi "partecipa come membro" – e con questa locuzione dottrina e giurisprudenza ritengono unanimemente che si richiede una adesione accompagnata da un contributo materiale all'associazione; ma anche di chi fa propaganda per l'associazione e, sul versante della contiguità, di chi la "sostiene" dall'esterno. Si è già accennato, peraltro, che buona parte della dottrina, non senza contrasti, considera possibile punire addirittura altre condotte che non rientrano in quelle previste espressamente dalla fattispecie di parte speciale, attraverso la regola generale del concorso di persone, e in particolare in forza del § 27 StGB che disciplina la complicità. E al riguardo nella dottrina tedesca si osserva – similmente ai problemi discussi in Italia – che la funzione "integrativa" svolta dal concorso criminoso in questi casi avrebbe anche il merito di distinguere meglio e diversificare il trattamento sanzionatorio tra l'apporto dell'*extraneus* diretto ad avvantaggiare l'intera associazione (sussunto nella fattispecie di "sostegno" tipizzata nella norma di parte speciale), e l'apporto fornito al singolo membro dell'associazione, cui invece andrebbe applicato il § 27 StGB con la conseguente attenuazione della pena prevista da quest'ultima norma<sup>14</sup>.

In Svizzera e in Austria, dove sono state introdotte di recente fattispecie associative a struttura complessa denominate "organizzazione criminale", troviamo qualche diversità in ordine alla tipizzazione delle condotte di partecipazione e contiguità. In Svizzera, nell'art. 260 *ter*, accanto al semplice partecipare, troviamo sì la condotta di sostegno, accompagnata però dalla precisazione che tale sostegno deve riguardare specificamente le attivi-

<sup>14</sup> Cfr. LENCKNER, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, München, 2006, 27° Auf., §129, Rn. 24.

tà criminali dell'associazione. In Austria la differenza con il modello tedesco è invece più marcata: il legislatore adotta (§ 278) la formula del "partecipare come membro", ma al contempo specifica che la condotta è integrata sia da "chi realizza una condotta punibile nell'ambito degli scopi criminali dell'associazione", sia – e questo è il profilo più interessante – da chi "partecipa consapevolmente alle attività dell'associazione attraverso l'apprestamento di informazioni o di valori patrimoniali o in altra maniera, in modo da agevolare l'associazione o le sue azioni criminose".

Nell'area iberica (Spagna e Portogallo) troviamo le soluzioni normative forse più rassicuranti, almeno di primo acchito, per gli amanti della determinatezza e tassatività, soprattutto in ordine alla descrizione legale delle condotte di contiguità all'associazione.

Nel codice penale portoghese, per quanto riguarda le associazioni criminali non di tipo politico, si punisce (art. 299) la condotta di "chi appoggia l'associazione", in particolare "fornendo armi, munizioni o strumenti di delitto, protezione o locali per le riunioni, o qualsiasi aiuto al fine del reclutamento di nuovi elementi" (per le condotte "intranee", invece, il legislatore si limita ad adottare la consueta formula "chiunque fa parte"). Ma è nel codice spagnolo, di recente introduzione al pari di quello portoghese, che si riscontrano le soluzioni in termini comparativi più articolate, e anche differenziate a seconda che si prenda in considerazione l'associazionismo criminale di stampo politico o di tipo comune. Per la partecipazione, nel caso della criminalità organizzata di tipo politico, ci si accontenta di descrivere la condotta con la locuzione "*los integrantes*", mentre per quelle di tipo comune si adotta l'espressione "membri attivi": nel primo caso, dunque, è sufficiente provare anche la sola affiliazione formale all'associazione, nel secondo occorre qualcosa in più, e cioè che il soggetto si sia materialmente attivato in favore e/o nel quadro di attività dell'associazione. Per quanto riguarda la contiguità alle organizzazioni criminali non politiche, l'art. 518 del predetto codice descrive così la condotta punibile: "chiunque con la sua cooperazione economica o di qualsiasi altro tipo, in ogni caso rilevante, favorisce la fondazione, l'organizzazione o l'attività dell'associazione illecita". Per la contiguità alle organizzazioni politico-terroristiche (art. 571) troviamo inoltre una formulazione ancora più articolata: dopo una definizione sintetica del "collaboratore esterno" punibile, identificato in colui cioè che "effettua, ottiene o facilita un atto di collaborazione alle attività o alle finalità" dell'organizzazione criminale, il legislatore elenca varie tipologie di collaborazione, che a prima vista sembrerebbero conferire una certa tassatività alla disposizione, come ad esempio il riferimento ad "attività d'indagine e la vigilanza su persone, beni o impianti", la "costruzione, predisposizione, cessione o utilizzazione di depositi, alloggiamenti", nonché "l'occultamento o il trasferimento di persone affiliate all'associazione", e così via. Alla fine di questa lunga elencazione, troviamo però una clausola di chiusura, in forza della quale viene considerata collaborazione punibile "qualsiasi altra forma equivalente di cooperazione, aiuto, intervento, economico o di altro genere alle attività" delle organizzazioni criminali: previsione che in tutta evidenza finisce per ridimensionare drasticamente il tasso di precisione legale della fattispecie nel suo complesso.

Ora, dal rapido giro d'orizzonte fin qui compiuto si ricava l'impressione che nelle soluzioni normative passate in rassegna, e in particolare in quelle scaturite dalle riforme varate in alcuni paesi europei negli anni '90 all'insegna del "nuovo" obiettivo politico-criminale della lotta contro la criminalità organizzata, abbia preso il sopravvento la preoccupazione di "lasciar qualche cosa fuori", e ciò ha anche condotto i legislatori europei a non indugiare troppo su sottili distinzioni tra, per dir così, interno ed esterno delle organizzazioni criminali. Cosicché la tecnica di criminalizzazione adottata risulta sovente diretta soprattutto "a includere" quanto più possibile, invece che a selezionare per davvero le condotte ritenute maggiormente pericolose tra quelle in qualche modo connesse all'operare di una organizzazione criminale.

D'altro canto, anche nei paesi dove una linea di confine tra le due tipologie di condotta viene tracciata, sia pure con formulazioni normative estremamente vaghe e suscettibili di comprendere qualsiasi contributo fornito dall'esterno ad una associazione criminale (si pensi al riguardo alla formula del "sostegno" in Germania o del "sostegno alle attività criminali dell'organizzazione" in Svizzera), non è prevista alcuna differenziazione di pena tra soggetti "interni" ed "esterni" (tranne in Spagna e in Germania in ordine, però, alle sole organizzazioni terroristiche). E quando il legislatore arrischia una descrizione più dettagliata delle condotte punibili, come in Spagna e in Austria, non solo le forme di contiguità vengono sanzionate in misura pari alle condotte di partecipazione, ma lo stesso sforzo di tipizzazione risulta in varia misura smorzato dalla presenza di una clausola generale di chiusura che lascia all'interprete un ampio margine di discrezionalità interpretativa, sicuramente non inferiore a quello che attualmente caratterizza l'operato della giurisprudenza italiana in relazione al concorso esterno. E ciò anche in ragione del tipo di "filtri" selettivi previsti dalle rispettive norme incriminatrici che dovrebbero fungere da argine a una criminalizzazione indiscriminata. Abbiamo visto, infatti, che nella fattispecie spagnola la "cooperazione economica o di altro genere" vantaggiosa per l'associazione, deve essere "in ogni caso rilevante"; mentre nella fattispecie austriaca, si partecipa all'attività dell'associazione fornendo "informazioni" o "valori patrimoniali" o anche "in altra maniera", sempreché la condotta sia realizzata "in modo da agevolare l'associazione o le sue azioni criminose". Con riguardo ad entrambe le fattispecie, pertanto, lungi dall'offrire parametri stringenti e oggettivi, il legislatore autorizza l'interprete a dispiegare caso per caso un'intensa attività valutativa volta a misurare in concreto la "rilevanza" o gli "effetti" della condotta incriminata.

### 2.1. *La Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata del 2008*

L'assetto delle normative nazionali così come appena tratteggiato non appare suscettibile di subire nel futuro sostanziali modifiche in ragione del varo nel 2008 della *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*<sup>15</sup>, provvedimento che rimpiazza la precedente *Azione comune relativa alla punibilità della partecipazione a organizzazioni criminali* del 1998<sup>16</sup>.

Per quanto concerne, infatti, la delineazione dei requisiti basilari delle condotte associative, il legislatore europeo è tornato ad affidarsi – comprensibilmente<sup>17</sup> – a una formulazione ad ampio spettro, secondo la quale andrebbe comunque punito "il comportamento di una persona che, intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività generale dell'organizzazione criminale o dell'intenzione di quest'ultima di commettere reati in questione, partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, ivi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo inoltre consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione" (art. 2, lett. a).

<sup>15</sup> In GUE L 300 11.11.2008, p. 42.

<sup>16</sup> In GUE L 351 29.12.1998, p. 1.

<sup>17</sup> Sui complessi problemi sollevati dai tentativi di armonizzazione europea relativamente alle fattispecie associative, anche con riferimento alle sensibili differenze registrabili tra la tradizione anglosassone e quella europeo-continentale, v. per tutti la sofisticata analisi di MANACORDA *La "parabole" de l'harmonisation pénale : a propos des dynamiques d'intégration normative relatives a l'organisation criminelle*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale / Harmonising criminal law*, a cura di Delmas-Marty-Pieth-Sieber, Société de Législation comparée, Paris, 2008, pp. 269 e ss..

Vero è, d'altra parte, che rispetto all'*Azione comune* si potrebbe forse registrare nella nuova *Decisione quadro* una tendenza più marcata a circoscrivere l'area del penalmente rilevante sul duplice versante oggettivo e soggettivo della condotta punibile.

Sotto il primo profilo, infatti, non è stato riproposto quel riferimento ad "altre attività dell'organizzazione" che nel precedente documento completava la descrizione della condotta associativa imperniata sulla "partecipazione attiva alle attività criminali dell'organizzazione" e che poteva anche intendersi come una apertura verso la penalizzazione di contributi in qualche modo "esterni" in quanto non propriamente coincidenti con lo stereotipo criminale tradizionale<sup>18</sup>. La sostituzione di tale clausola generale con il riferimento a forme di "partecipazione attiva" specificatamente indicate (la "fornitura di informazioni" o "altro mezzo materiale" o il "reclutamento di nuovi membri", sulla falsariga della *Decisione quadro* in materia di terrorismo del 2002<sup>19</sup>), potrebbe spiegarsi – oltre che con avvertite esigenze di "armonizzazione interna" tra il settore della criminalità organizzata e quello della criminalità terroristica – anche con l'intento di tenere al riparo da una indiscriminata criminalizzazione le condotte di per sé "neutre", ossia prive di una intrinseca coloritura criminale e suscettibili di rientrare nel normale traffico sociale-economico-giuridico<sup>20</sup>.

Anche sotto il profilo soggettivo, inoltre, sembra far capolino una certa tendenza del legislatore europeo ad irrobustire la delimitazione dei requisiti minimi: in questa chiave va forse letto il richiamo finale invero un po' ridondante alla "consapevolezza che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione", che si aggiunge alla "intenzionalità" dell'agire e alla "conoscenza" dello scopo dell'organizzazione criminale già presente nell'*Azione comune* del 1998.

Ma, ammesso e non concesso che nella *Decisione quadro* abbia preso forma un consapevole tentativo di ridimensionamento selettivo dell'area del penalmente rilevante sul versante della contiguità, esso dovrebbe comunque fare i conti con quanto prescritto dalla *Convenzione Onu* di Palermo aperta alla firma nel 2000 che vincola pur sempre gli Stati firmatari a prevedere la punibilità della "partecipazione attiva" sia alle "attività criminali" sia ad "altre attività" di un "gruppo criminale organizzato" (art. 5).

### 3. Sintesi sullo stato dell'arte giurisprudenziale in Italia ...

Con riguardo al nostro paese, non possiamo che prendere le mosse dalla quarta e (speriamo) ultima sentenza della Cassazione riunita sul concorso esterno in associazione mafiosa resa nel 2005<sup>21</sup>. Chiamati a pronunciarsi sullo specifico profilo dei requisiti occorrenti per la configurazione del concorso esterno nel caso particolare dello scambio elet-

<sup>18</sup> E ciò nonostante il riferimento "ad altre attività dell'organizzazione criminale" fosse ancora contemplato nella *Proposta di Decisione* sottoposta dalla *Commissione* all'esame del *Parlamento europeo*, senza peraltro imbattersi in censure o emendamenti nel parere reso ad ottobre 2005 dall'organismo assembleare.

<sup>19</sup> Cfr. art. 2 della *Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo* del 13 giugno 2002 in GUCE, L 164, 22.6.02, p. 3.

<sup>20</sup> Sul rapporto tormentato tra le cc.dd. "condotte neutrali" e concorso criminoso sia consentito rinviare ancora a VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., pp. 477 e ss.; nonché, più di recente, v. pure BIANCHI, *La "complicità" mediante condotte quotidiane*, in *Ind. Pen.*, 2009, pp. 37 e ss. Nella letteratura straniera v. LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al límite mínimo de la participación frente a los actos neutros*, Granada, 2002, ove si rinviene un'ampia rassegna della dottrina anche germanica sull'argomento.

<sup>21</sup> Cass. 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, II, 2006, c. 86.

torale politico-mafioso, i giudici di legittimità hanno infatti ritenuto necessario rivisitare e perfezionare l'intero *aquis* giurisprudenziale in materia.

Tre sono gli aspetti generali sui quali la Cassazione è tornata a fissare principi di diritto: a) requisiti e morfologia della condotta di partecipazione; b) tipizzazione causale del contributo punibile a titolo di concorso; c) profilo psicologico del concorrente.

Quanto al primo punto, la sentenza sembrerebbe aver accolto un modello di partecipazione che altrove e prima della pronuncia abbiamo definito "organizzatorio-temperato", in quanto – abbandonando del tutto l'alternativo paradigma "causale" incentrato sulla individuazione di un contributo "seppur minimo" al sodalizio – individua sì il "nucleo essenziale della condotta" nella "stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo dell'ente", arricchendolo però di una necessaria dimensione dinamico-funzionalistica il cui riscontro probatorio ha per oggetto non solo la "mera acquisizione di uno status", bensì "l'effettivo ruolo nel quale si è immessi". Proprio sotto quest'ultimo profilo, troviamo inoltre una raffinata precisazione sulla "provabilità" della partecipazione associativa. Una volta delineato, infatti, il "nucleo essenziale della condotta" nel modo anzidetto, la Corte accende i riflettori sui cc.dd. "indicatori fattuali" da cui sarebbe possibile inferire la sussistenza degli elementi del reato, come "l'affiliazione rituale" o la "commissione di reati-scopo"<sup>22</sup>. Con ciò perseguendo due non secondari obbiettivi ermeneutici: da un lato, chiarire le differenze e gli intrecci tra i profili sostanziali e i risvolti probatori della fattispecie in un campo nel quale spesso la giurisprudenza mostra di confondere i piani; dall'altro, conferire al sapere criminologico accumulatosi anche grazie alla fonte giudiziaria il rango di massime di esperienza spendibili in termini probatori nel processo.

Sulla tipizzazione eziologica dell'apporto dell'*extraneus* punibile, i giudici di legittimità tentano di sciogliere le ambiguità della precedente giurisprudenza proponendo (inaspettatamente?) una versione "forte" di causalità per l'intero istituto del concorso di persone, addirittura richiamando a tal fine il modello abbracciato dalla stessa Corte con la celebre sentenza Franzese del 2001 nel diverso campo della responsabilità colposa di evento in ambito medico-chirurgico. Con la differenza non trascurabile, però, che nel caso specifico del concorso esterno, mediante il metodo "scientifico" prescritto dalla Cassazione dovrà accertarsi *ex post* che la condotta punibile sia stata "condizione necessaria" rispetto a un evento perlomeno *sui generis*, ossia "l'integrità dell'ordine pubblico, violata dall'esistenza e dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti scopo del programma criminoso".

Anche per quanto riguarda il profilo psicologico, la Cassazione si è mossa con l'intento di correggere alcune incertezze, se non svarioni, che avevano caratterizzato la giurisprudenza precedente. A tal fine, però, i giudici preferiscono non impiegare la nomenclatura corrente in materia di dolo, in favore di una descrizione, per così dire, pragmatica: per integrare la dimensione soggettiva, si dice nella sentenza, occorre dimostrare che l'*extraneus* "sa e vuole che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio". D'altro canto, il vero obbiettivo dei giudici non è l'inquadramento in una o altra categoria dogmatica del contegno psicologico del concor-

<sup>22</sup> Per la nozione di "indicatore fattuale" quale "ponte" tra fattispecie sostanziale e prova soprattutto nei casi in cui si ha a che fare con "concetti disposizionali", sia consentito rinviare a VISCONTI, *La sentenza Andreotti: profili di interazione tra diritto sostanziale e accertamento probatorio*, in *Crit. dir.*, 2000, pp. 497 e ss.; ID., *Contiguità alla mafia*, cit., pp. 232 e ss.; ID., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di Picotti e altri, Milano, 2005, pp. 143 e ss.

Va peraltro segnalato che di recente la Cassazione ha impiegato la nozione di "indicatore fattuale" anche sul versante del concorso esterno: sez. II, 11 giugno 2008, Lo Sicco, p. 20 (inedita).

rente, ma escludere che quest'ultimo possa risolversi nell'accertamento del dolo eventuale. Secondo i giudici di legittimità, infatti, "sapere e volere" la propria condotta nel senso anzidetto è incompatibile con una "mera accettazione da parte del concorrente del rischio di verificazione dell'evento, ritenuto solamente probabile o possibile insieme ad altri risultati intenzionalmente perseguiti".

Anche se non è questa la sede per vagliare analiticamente la sapiente operazione nomofilattica compiuta dalla Cassazione<sup>23</sup>, vale la pena tuttavia soffermarsi su alcuni risvolti della decisione connessi all'istituto del concorso di persone che potrebbero fornire utili indicazioni in merito alla strada da intraprendere sul piano riformistico in materia di contiguità alla mafia.

In sintesi si tratta di ciò. Per quanto riguarda il punto b), la Corte ha trapiantato nel concorso criminoso l'approccio restrittivo in materia di causalità elaborato per i reati colposi ad evento naturalistico, per questa via segnando una forte discontinuità con la prassi e la dogmatica corrente propensa – al contrario – a flessibilizzare i presupposti oggettivi della responsabilità concorsuale proprio grazie a una concezione debole della causalità e in funzione di una maggiore estensione dell'ambito di punibilità. Per quanto concerne invece il punto c), i giudici di legittimità hanno espressamente escluso nel caso del concorso esterno la punibilità a titolo di dolo eventuale, pur a fronte di un complessivo approccio teorico-applicativo generalmente orientato a non restringere a monte le forme di dolo ammissibili nel concorso criminoso.

Ora, benché apprezzabili negli evidenti scopi politico-criminali di contenimento della latitudine applicativa del concorso esterno, queste scelte adottate in controtendenza rispetto agli orientamenti prevalentemente invalsi sul terreno del concorso criminoso sollecitano una riflessione ulteriore. Tralasciando, infatti, sia la poco agevole praticabilità applicativa del modello di causalità "scientifica" nell'ambito del concorso criminoso e vieppiù nel particolare settore della complicità associativa, sia la ricorrente difficoltà di "afferrare" empiricamente la distinzione tra le varie forme di dolo, quel che pare comunque emergere implicitamente è una congenita insofferenza del concorso esterno a lasciarsi governare puramente e semplicemente dalle regole di parte generale. Si ha in altri termini l'impressione che la scelta della Cassazione di rendere più rigorosi i presupposti di attribuzione della responsabilità concorsuale con riguardo sia alla causalità sia al dolo, derivi dall'esigenza di riadattare i principi concorsuali alla contiguità mafiosa piuttosto che da una vera rivisitazione critica effettuata sul concorso criminoso come istituto di parte generale. Se questa impressione ha fondamento, possiamo dedurne la riprova che il concorso esterno esprime una sua logica peculiare che sarebbe meglio affrontare con soluzioni architettate *ad hoc* e non sul terreno della parte generale, e cioè soluzioni tipicamente di "parte speciale" capaci, in quanto tali, di farsi carico degli specifici obbiettivi politico-criminali che si intendono perseguire senza mettere in gioco principi e categorie destinati a regolare l'intero sistema penale.

### 3.1. (segue) ... *tra inerzia cronica e attivismo disordinato del legislatore*

Se è vero che il campo del concorso esterno ha visto la giurisprudenza farla da padrone nella progressiva definizione dei presupposti e dei limiti della punibilità in assenza di interventi legislativi, altrettanto non può dirsi guardando all'insieme degli strumenti pe-

<sup>23</sup> Per un commento più articolato sia consentito rinviare a FIANDACA e VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, II, cc. 86 e ss..

nali attualmente disponibili per reprimere la contiguità alla mafia. Piuttosto, va registrato un costante attivismo legislativo che inizia con la stessa “storica” legge Rognoni-La Torre del 1982, nella quale troviamo, a fianco del nuovo delitto di associazione di tipo mafioso, anche un nuova circostanza aggravante per il tradizionale reato di favoreggiamento applicabile quando la “condotta di aiuto” è realizzata a favore di un mafioso (art. 378, 2° comma, c.p.); per rimanere nell’ambito delle circostanze aggravanti, va poi menzionato l’art. 7 del d.l. n. 152/1991 che prevede un sensibile aumento di pena a carico di chi commette qualsiasi reato (sempreché non punito con l’ergastolo) “al fine di agevolare l’attività di una associazione mafiosa”. Nell’ambito delle vere e proprie fattispecie criminose, occorre inoltre prendere in considerazione almeno tre interventi: l’introduzione nel 1992 del reato di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 *ter*, c.p.) che colpisce chiunque stipula un patto con gli esponenti di un’organizzazione mafiosa in virtù del quale eroga denaro in cambio di voti nelle consultazioni elettorali; la modifica, avvenuta nel 2001, del reato di assistenza agli associati previsto dall’art. 418 c.p., con l’aggiunta di ulteriori e più moderne condotte rispetto agli antichissimi “rifugio e vitto”, individuate nel fornire “ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione” agli associati; infine l’introduzione nel 2009 del nuovo articolo 391 *bis* c.p. che sotto la rubrica “Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall’ordinamento penitenziario”, punisce “chiunque consente a un detenuto di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni imposte” dal regime di carcere “duro” regolato dall’art. 41 *bis*, l. n. 354/1975, introdotto com’è noto proprio allo scopo di recidere ogni forma di comunicazione tra esponenti mafiosi reclusi e la loro organizzazione.

Senonché, tutte queste disposizioni si affastellano l’una sull’altra, spesso sovrappo-ponendosi allo stesso concorso esterno, dando vita così nella prassi a inestricabili problemi di qualificazione giuridica delle condotte, a cui non di rado si accompagnano ripetuti cambiamenti di imputazione perfino all’interno del medesimo processo a seconda dell’organo giudicante che si pronunzia.

Al di là del generale (o generico?) obiettivo di fare terra bruciata attorno alle organizzazioni mafiose, questo *set* di fattispecie dimostrano in realtà la mancanza di una strategia ponderata e coerente perseguita dal legislatore in questi ultimi venti anni.

In un simile contesto, è inevitabile che la magistratura rischi volta per volta di doversi assumere la responsabilità di decisioni ad alto tasso di discrezionalità che, soprattutto quando riguardano “colletti bianchi”, finiscono per esporla alle accuse di un esercizio “non neutrale” della giurisdizione.

Emblematiche, da questo punto di vista, le recenti vicende giudiziarie che hanno riguardato l’ex presidente della regione siciliana Cuffaro. Iniziate le indagini sul suo conto ipotizzando il concorso esterno, la magistratura requirente ha infine chiesto (pur con il dissenso pubblicamente manifestato di alcuni esponenti dello stesso ufficio) e ottenuto il rinvio a giudizio, oltre che per rivelazione di segreti d’ufficio, anche per favoreggiamento personale pluriaggravato ai sensi sia del 2° comma dell’art. 378 c.p. sia dell’art. 7 cit.; condannato in primo grado per tutti i capi di imputazione con esclusione, però, dell’aggravante di aver agito “al fine di agevolare le attività dell’associazione Cosa nostra”<sup>24</sup>, in appello è stata riconosciuta sussistente anche quest’ultima contestazione<sup>25</sup>. Ma, nel frattempo, a fronte di un pressoché identico *plafond* probatorio, la stessa Procura competente ha avviato un altro procedimento a titolo di concorso esterno, sfociato nella richiesta di rin-

<sup>24</sup> Trib. Palermo 18 gennaio 2008, Cuffaro, in *Segno*, n. 301, 2009, pp. 43 e ss..

<sup>25</sup> App. Palermo 23 febbraio 2010, Cuffaro, inedita.

vio a giudizio a tale titolo per il medesimo imputato già condannato. Ora, fatta salva la buona fede della magistratura palermitana, è evidente che vicende del genere rischiano di alimentare l'impressione – spesso artatamente diffusa nel circuito mediatico – secondo la quale il concorso esterno costituisca una sorta di *passpartout* – o, come pure si è detto, di “baco nel sistema”<sup>26</sup> – a disposizione della magistratura requirente per il contingente perseguimento di una o di un'altra politica giudiziaria adatta al momento. E si badi: un uso giudiziario “bulimico” del concorso esterno soprattutto in casi che riguardano esponenti delle classi dirigenti, può finire per legittimare agli occhi della pubblica opinione l'ennesimo intervento “pericolosamente emergenziale” del legislatore motivato stavolta dalla pretesa necessità di riequilibrare urgentemente i rapporti tra giustizia penale e politica, e quindi del tutto al di fuori di una meditata strategia razionalizzatrice volta a coniugare saggiamente efficienza repressiva e garanzie.

#### 4. *Alcune possibili linee guida per una riforma: prosciugare il “capitale sociale” delle mafie*

Prima di esporre le linee di un possibile intervento legislativo, occorre convenire su un semplice ma basilare presupposto politico-criminale: reprimere le connessioni tra le organizzazioni criminali e le aree di “contiguità compiacente” da cui esse traggono sostegno qualificato non può che costituire l'obbiettivo prioritario di una strategia che punti a contrastare seriamente l'attuale pervasività sociale politica ed economica del fenomeno mafioso. Senza l'appoggio “esterno” da parte di “colletti più o meno bianchi”, infatti, le organizzazioni mafiose avrebbero un molto minore raggio d'azione criminale e non riuscirebbero a insidiare in modo tanto rilevante la libertà e la sicurezza delle comunità ove operano. Se così stanno così le cose, non bisogna allora avere troppe remore a sostenere soluzioni riformistiche di tipo rigoristico in grado di scoraggiare le collusioni con le mafie all'insegna di un messaggio general-preventivo quanto più preciso e severo possibile.

In quest'ottica è preferibile congedarsi dal concorso criminoso e comunque dal criterio causale quale parametro selettivo del penalmente rilevante. D'altro canto, non solo la travagliata esperienza italiana dimostra l'elevata incertezza che si genera laddove i dadi della punibilità vengano giocati nell'ambiente della causalità. Basti pensare al dibattito dottrinale tedesco sviluppatosi intorno alla condotta di “sostegno” prevista dal §129 StGB. Alcuni autori ritengono sufficiente che il contributo risulti “obbiettivamente idoneo” ad agevolare l'organizzazione criminale<sup>27</sup>, sicché – si precisa da parte di altri – ai fini della punibilità non occorre accertare che la condotta abbia “conseguito il risultato perseguito” o abbia “prodotto utilità”<sup>28</sup>. Un diverso orientamento, seppur con accenti all'interno diversificati, sembra invece non voler ridurre il giudizio di rilevanza penale ad una mera “prognosi” e, piuttosto, richiede che il contributo del sostenitore risulti effettivamente “causale” per l'esistenza del potenziale criminale dell'associazione: sia tale, cioè, da “avvantaggiare in concreto tutta l'associazione”<sup>29</sup>, o comunque si sia rivelato “in qualche modo vantaggioso” per il raggiungimento dei fini dell'associazione; oppure ancora abbia quan-

<sup>26</sup> L'espressione è di PAPA, *Un baco nel sistema. Il concorso esterno nell'associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle sezioni unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 700.

<sup>27</sup> LENCKNER, in *StGB Kommentar*, cit. Rn. 24.

<sup>28</sup> Così TRÖNDLE, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2006, 53° Auf., §129, Rn. 4b.

<sup>29</sup> RUDOLPHI, *Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§129 und 129a StGB*, in *Festschrift für Bruns*, 1978, 330 e s..

tomeno “rafforzato” nei membri di quest’ultima la volontà di realizzare il programma criminoso<sup>30</sup>. Analoghe oscillazioni interpretative caratterizzano la clausola generale austriaca di cui al 2° comma del § 278 StGB, nel punto ove si chiede che la condotta sia stata realizzata “in modo da agevolare l’associazione”<sup>31</sup>; e anche la fattispecie spagnola (art. 518), laddove la collaborazione deve essere “in ogni caso rilevante”<sup>32</sup>. Una scelta netta, invece, verso un modello di astratta pericolosità è compiuta dallo stesso legislatore spagnolo per le condotte di contiguità alle formazioni terroristiche, ove l’insorgenza di un concreto pericolo per i beni tutelati costituisce soltanto il presupposto di un aggravamento di pena (3° comma, art. 576), e la dottrina parla tutt’al più di “potenziale efficacia” rispetto alla vita dell’organizzazione quale requisito sufficiente per la punibilità della condotta del collaboratore esterno<sup>33</sup>.

Ebbene, un futura riforma in Italia potrebbe guardare proprio a quest’ultimo modello spagnolo in modo da sottrarre alle incertezze di una causalità variamente intesa le sorti della punibilità. Per intendersi meglio attraverso una esemplificazione casistica tratta dalla giurisprudenza italiana:

a) se una “personalità eccellente” viene incaricata da un capo camorrista di contattare un collegio giudicante per l’aggiustamento di un processo che sta a cuore all’organizzazione, e questa personalità adempie l’incarico ma alla fine la sentenza non risulta conforme ai desiderata mafiosi, dobbiamo condizionare la punibilità di tale condotta all’accertamento di un effettivo risultato vantaggioso prodottosi per il sodalizio?

b) se un imprenditore, in accordo con un’associazione mafiosa, contatta alcuni colleghi e ne ottiene la disponibilità a scendere a patti con i boss per garantire sicurezza ai cantieri in cambio di subappalti, ma poi i lavori non vengono avviati per ragioni indipendenti dalla volontà dei protagonisti, potremo parlare di efficacia causale riguardo alla prestazione resa dall’imprenditore in nome e per conto dell’organizzazione criminale?

c) il consigliere comunale che avanza un proposta di variante del piano regolatore del proprio comune sulla scorta di un preciso interesse di una cosca locale a realizzare un’impresa commerciale, sarà punibile se e quando la predetta variante viene approvata dall’organo competente o addirittura se e quando i mafiosi completeranno il loro progetto?

Chiaro è che posta in questi termini, la questione esibisce finalmente il suo nucleo essenzialmente politico-criminale: fino a che punto, cioè, riteniamo sia necessario/opportuno anticipare la tutela penale nel campo della contiguità alla mafia? Pur nella consapevolezza che le risposte possano essere legittimamente diverse, riterremmo che i tempi siano maturi per una soluzione – altrove già esposta e motivata – che arretri la soglia di punibilità al solo *adoperarsi per avvantaggiare il sodalizio mafioso*: qualificando, però, la condotta con note modali che ne specifichino la particolare pericolosità e configurando il conseguimento effettivo del vantaggio da parte dell’associazione quale eventuale circostanza aggravante. A fianco di una simile tipizzazione (come ad altre che eventualmente vengano ritenute più appropriate), vanno comunque introdotte due clausole invero indispensabili per conferire una maggiore ragionevolezza e stabilità al settore. Per un verso, occorre congegnare una clausola di *sussidiarietà* secondo la quale la fattispecie tipizzata di concorso ester-

<sup>30</sup> KÜHL, in LACKNER-KÜHL, *Strafgesetzbuch*, München, 2007, 27° Auf., Rn. 6.

<sup>31</sup> Per gli opportuni riferimenti cfr. STEININGER, in *Wiener Kommentar zum StGB*, 3, Wien, 2002, §278a, R.n. 18; e TRIFFTERER, in *Triffierer-Rainer Kommentar StGB*, §278a, R.n. 57.

<sup>32</sup> Si vedano le osservazioni di TAMARIT SUMALLA, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, eds. Quintero Olivares, II. ed., Pamplona, 1999, 1493.

<sup>33</sup> Cfr. PRATIS CANUT, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., 1631.

no può applicarsi “salvo che la condotta integri un reato più grave”: ciò al fine di evitare l’inutile moltiplicarsi delle imputazioni attorno a uno stesso fatto non di rado riscontrabile nella giurisprudenza. Per altro verso, è necessario introdurre una clausola per la quale non sono applicabili le norme sul concorso di persone alle condotte che non risultano espressamente punibili ai sensi della rinnovata fattispecie associativa comprensiva della condotta di sostegno esterno: e ciò all’insegna della *completezza* della previsione normativa e quindi allo scopo di evitare un’altra stagione di creatività giurisprudenziale in un settore “ad alta tensione” come la contiguità mafiosa<sup>34</sup>.

Sotto quest’ultimo profilo, basti pensare a quel che accaduto nell’ambito delle associazioni con finalità di terrorismo previste dall’art. 270 *bis* c.p. Sull’onda della “nuova” emergenza del terrorismo internazionalizzato e in base a precisi imputi sovranazionali, il legislatore ha introdotto, nel 2001, una rinnovata fattispecie di *assistenza agli associati* (art. 270 *ter* c.p.) di cui questo tipo di associazione era priva, e poi nel 2005 i reati *ad hoc* dell’*arruolatore* (art. 270 *quater* c.p.) e dell’*addestratore* (art. 270 *quinqies*, c.p.). Quel che può configurarsi come l’intrapresa legislativa verso una tipizzazione di forme peculiari di complicità alle organizzazioni terroristiche, non ha però impedito l’inesorabile operare del concorso esterno la cui ammissibilità anche in questo ha ricevuto l’autorevole avallo della Cassazione<sup>35</sup>. Ciò dimostra che, pure a petto di un intervento legislativo improntato alla determinatezza e specificità delle scelte incriminatrici, è destinato a rimanere uno spazio “libero” che la norma in bianco del concorso criminoso si candida ad occupare alla bisogna. Può darsi vi siano ragioni – peraltro tutte da dimostrare – che consiglino il mantenimento di una doppio “morso” penalistico, l’uno di parte generale, l’altro di parte speciale, per reprimere efficacemente l’area di contiguità attorno alle formazioni terroristiche. Ma rispetto alla criminalità mafiosa, mantenere in vigore “l’asso pigliatutto” concorsuale significherebbe rinunciare a un vero intervento riformatore in grado di determinare una piena assunzione di responsabilità politica da parte del legislatore sull’*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punibilità. Ma, forse, è proprio questo il problema: “che ora in questo Paese non sappiamo se non se ne può più della mafia o dei processi di mafia”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Sia consentito rinviare a VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., pp. 534 ss. per ulteriori argomentazioni a sostegno di una proposta riformistica così formulata: “1. *Risponde di partecipazione ed è punito con la reclusione da tre a sei anni, chiunque risulti stabilmente inserito in una associazione di tipo mafioso per avervi fatto ingresso come membro secondo le regole che essa si è data o per aver ripetutamente operato nell’ambito delle attività della medesima condividendone gli scopi.* 2. *Fuori dai casi di partecipazione e salvo che la condotta integri un reato più grave, è punito (...) chiunque, strumentalizzando il ruolo ricoperto in enti pubblici o privati oppure l’esercizio di una professione o di una attività economica, si adopera per avvantaggiare un’associazione di tipo mafioso.* 3. *Nei casi previsti nel comma precedente, si applica la pena della reclusione non inferiore (...) quando alla condotta realizzata consegue il risultato vantaggioso per l’associazione.* 4. *Nei casi previsti dal comma 2, non è punibile chi, in presenza di concrete minacce o del pericolo concreto di violenze da parte dell’associazione mafiosa, agisce all’esclusivo fine di salvare sé o un proprio congiunto da una grave nocevolezza alla persona ovvero di evitare un danno patrimoniale di così rilevante entità da compromettere l’esercizio della propria impresa o professione.* 5. *Non sono applicabili le norme sul concorso di persone a condotte che non risultano punibili ai sensi dei commi precedenti”.*

<sup>35</sup> Cass. 11 ottobre 2006, Bouyahia, in *Foro it.* II, 2007, c.77: in argomento v. PECCIOLI, *Il concorso esterno nei reati di associazione terroristica*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, pp. 681 ss.

<sup>36</sup> Così IACOVIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, p. 281.