

La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata

Piergiorgio Morosini

SOMMARIO: 1. Per una (problematica?) centralità della giurisdizione.- 2. Statuti differenziati o regressioni culturali?- 3. Il Giudice e le ideologie del processo.- 4. Segue: il processo come “avamposto” della difesa sociale.- 5. La creatività del giudice e l’inquietudine della politica.- 6. Oltre le regole interne della organizzazione criminale: i mobili confini della condotta partecipativa e del concorso esterno.- 7. I criteri di tipizzazione proposti dalla Cassazione.- 8. Il peso delle analisi socio-criminologiche nella ricostruzione dei fatti. Il caso degli imprenditori a contatto con i gruppi mafiosi.- 9. Giudici, politici e opinione pubblica.

1. *Per una (problematica?) centralità della giurisdizione.*

“Attacchi al cuore dello Stato”, “stragismo”, “strategia della tensione”, logge massoniche, sequestri di persona a scopo di legittimazione politica, “violenza organizzata”. Ed ancora, “lupara bianca”, estorsione sistematica di interi quartieri cittadini, “omicidi eccellenti”, intimidazioni dell’elettorato, traffici internazionali di stupefacenti, traffico di esseri umani. La storia giudiziaria (e non solo) italiana dell’ultimo trentennio ha conosciuto la categoria del “nemico della società”.

Tra i fenomeni più drammatici dell’associazionismo criminale di vaste dimensioni vanno annoverate la “lotta armata” di matrice politico-rivoluzionaria, con annesso progetto eversivo dell’ordine democratico degli anni settanta-ottanta, e la violenza irrefrenabile di “vecchie” e “nuove” mafie, sovente aiutate da insospettite solidarietà sociali o politiche e in grado di avvalersi di collegamenti internazionali, che aumentano la loro aggressività nei momenti in cui eventi storici o crisi politiche vanificano la forza delle leggi. In più occasioni, dette associazioni, attraverso l’uso della violenza, hanno minato le condizioni di base della sicurezza collettiva e dell’ordine democratico. Hanno finito con l’assumere il ruolo e le caratteristiche di veri e propri “contropoteri” tali da ledere “l’interesse statale all’esclusività del proprio ordinamento giuridico”¹, nella veste di “avversarie per principio” se non addirittura “nemiche totali” delle istituzioni statali e della cultura che le sorregge.

Al di là delle soluzioni estreme adottate nei momenti eccezionali, la minaccia dei “contropoteri criminali” ha imposto e impone l’apertura a nuovi modi di pensare le relazioni tra autorità e individuo. Le elaborazioni propongono divaricazioni rispetto al modello legalità tramandato dalla tradizione liberale². Si caratterizzano per mutevoli sensibilità, diverse ideologie e, talvolta, esigenze di rispondere (anche simbolicamente) a contingenti domande di giustizia. Sovente, sono ancorate a sondaggi d’opinione che registrano la disponibilità delle persone a rinunciare alle libertà civili al primo segnale di pericolo, in

¹ Sulla genesi e sviluppo dei fenomeni eversivi e della mafia cfr. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia dal 1946 ad oggi*, Milano, 1995, 117 ss. DELLA PORTA, *Il terrorismo*, in *Storia d’Italia. Annali 12, La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1997, 373 ss.; JAMIENSON, *Le organizzazioni mafiose*, *ibid.*, 461 ss.

² Sul punto v. WALZER, *La libertà e i suoi nemici*, Roma-Bari, 2003, 7 ss.; AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 12 ss.; RODOTÀ, *Privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, 93 ss.

nome dell'unità e del profondo bisogno di sicurezza. Un sentimento sfruttato dai governi, pronti ad alimentarlo ad arte, per giustificare un maggiore controllo sui cittadini³; anche con limitazioni dei diritti in casi che con la mafia e il terrorismo non hanno niente a che fare.

Di fronte alle cicliche emergenze criminali del nostro paese, il parlamento si trova di fronte ad un drammatico bivio. Da una parte, l'adozione di misure eccezionali suscettibili di sospendere temporaneamente le garanzie costituzionali, per rendere più incisiva una azione repressiva da affidare a organi dipendenti dal potere esecutivo. Dall'altra, la "centralità" del diritto penale che riconosce alla magistratura ordinaria il compito di assicurare la difesa della società dai suoi nemici, semmai dotandola di misure più incisive e mirate, senza però rinunciare al "nocciolo duro" delle garanzie individuali di matrice illuministica.

Negli ultimi anni, intellettuali di varia estrazione culturale hanno messo in discussione questo ultimo orientamento, pacificamente condiviso negli ordinamenti democratici sin dalla fine del secondo conflitto mondiale. Si chiedono se siano sufficienti un codice penale di pace e la giurisdizione, ad esempio per fermare i *kamikaze jihadisti*. Se lo siano, soprattutto, in presenza di una prassi internazionale che sempre più mira a sottrarre al sistema penale la competenza nell'azione di contrasto al terrorismo.

Non sono mancate opinioni che ritengono inadeguata la magistratura a gestire delicate situazioni di crisi, non potendo agire con le "mani libere". L'intervento andrebbe affidato, sia pure in via eccezionale e transitoria, al potere esecutivo. E la sospensione delle garanzie costituzionali giustificerebbe persino forme di "tortura non letale" per ottenere informazioni utili a salvare vite umane.

Vi è, poi, chi propone una sorta di "compromesso necessario" tra stato di diritto e sicurezza nazionale⁴. Non si chiede la sospensione delle garanzie costituzionali, ma si accetta l'esistenza di una "zona grigia tra legalità e illegalità, in cui gli operatori della sicurezza siano messi in condizione di agire", regolandosi caso per caso per sventare le minacce più gravi. In tale prospettiva, maturano le critiche verso il controllo penale esercitato dalla magistratura su singole rotture della legalità del tipo di quella che pare essersi verificata in Italia con il "rapimento" di Abu Omar da parte dei servizi segreti americani (*extraordinary rendition*)⁵, finalizzato ad ottenere, ad ogni costo, preziose informazioni per smantellare insidiose cellule terroristiche.

Vi è da chiedersi se simili opinioni siano compatibili con l'identità culturale dell'occidente. Identità che vanta tra le sue componenti essenziali proprio il riconoscimento della dignità umana soprattutto al cittadino sospettato di azioni delittuose. E nel progetto di minimizzare i rischi di abuso a danno delle libertà fondamentali affonda le radici il diritto penale di matrice illuministica, pilastro dei sistemi democratici. Come ricorda il giudice della Corte suprema di Israele Arhon Barak, "*preservare il principio di legalità e ricono-*

³ Sulle responsabilità dei politici negli U.s.a. e in Europa per l'ondata di panico che influenza le politiche pubbliche, v. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, 2000, 11 ss., CERI, *La società vulnerabile*, Roma-Bari, 2003; RODOTÀ, *Privacy e libertà*, cit., 95 ss., GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2004, 219 ss.

⁴ Questa tesi la ritroviamo in alcuni editoriali di PANEBIANCO pubblicati sul *Corriere della sera*, rispettivamente dal titolo "*Sicurezza e legalità: il compromesso necessario*" (13 agosto 2006), "*Guerra e stato di diritto*" (15 agosto 2006), "*La nuova guerra (negata). Perché l'Italia senza poteri di emergenza non può affrontare il terrore globale*" (3 settembre 2006). Criticano a distanza tale orientamento dalle colonne dello stesso quotidiano MAGRIS, *Il peso dei principi* (14 agosto 2006) e su *La Repubblica* CORDERO, *Il diritto nell'era del terrorismo* (28 agosto 2006).

⁵ PANEBIANCO, "*Sicurezza e legalità*" e "*Guerra e stato di diritto*", cit.

scere il primato della libertà individuale costituiscono componenti essenziali nel modo di intendere il problema della sicurezza; alla resa dei conti, essi rafforzano lo spirito e la tenuta del sistema, e gli permettono di superare i momenti di difficoltà”⁶.

Ciò non di meno, è sufficiente optare per la “centralità” del diritto e della giurisdizione per minimizzare il rischio di abusi?

Il rifiuto della logica stessa dello “stato di eccezione” dipende dal modo di declinare il controllo penale in ogni momento del concreto operare del sistema giudiziario. Pur nella convinzione di agire per “nobili fini”, possono vivere “versioni mascherate” della sospensione delle garanzie costituzionali o del “compromesso necessario”. Sono situazioni meno palesi, ma ugualmente gravide di insidie. Non derivano solo dall’ampliamento delle competenze degli organi di polizia su misure limitative dei diritti, ma anche dalle dinamiche improprie della giurisdizione. Le pagine più recenti della storia giudiziaria italiana rivelano uno *ius dicere* suscettibile di cambiare i connotati dalla presenza di macro-organizzazioni criminali di stampo terroristico o mafioso, destinate a perdurare rispetto al tempo del giudizio. Sono situazioni in cui la magistratura è tra due fuochi: “la dimensione serena delle garanzie” e “l’idea di scopo e di lotta alla criminalità”⁷.

2. Statuti differenziati o regressioni culturali?

Di fronte a forme di “contropotere criminale”, il parlamento ha adottato decisioni che puntano sul cosiddetto concetto di “garantismo integrale”⁸. La protezione delle strutture democratiche deve costituire presupposto indispensabile a garanzia delle stesse libertà individuali. Per questo motivo sono stati forgiati appositi *mezzi* (processuali e sostanziali) per fronteggiare le macro-organizzazioni criminali, senza rinunciare, almeno sulla carta, ai principi fondamentali della giustizia penale.

Nella prospettiva di bilanciare interessi in conflitto⁹, ossia libertà personale e sicurezza, prende vigore la logica del sottosistema¹⁰. Sono opzioni di politica criminale forgiate negli “anni di piombo” e nella “stagione stragista corleonese”. Vengono riproposte all’indomani di ogni emergenza criminale, nonostante l’evoluzione globale del crimine, in particolare di quello con finalità terroristiche.

Il singolo sottosistema è imperniato sul reato associativo, diversamente declinato sulle emergenze criminali di turno e chiamato ad assolvere varie funzioni: di tipo strettamente preventivo, rispetto ad atti preparatori di pericolosi attentati; di tipo politico-simbolico, in funzione di prevenzione generale, ossia tendente a sortire un effetto educativo e a placare l’allarme sociale causato da gravi delitti; e, appunto, di tipo sistemico, come cardine per discipline differenziate a livello processuale, sanzionatorio e penitenziario.

⁶ V. *The Supreme Court and the Problem of Terrorism*, in *Judgements of the Israel Supreme Court. Fighting Terrorism within the Law*, Gerusalemme, 2005, 9; il tema è ripreso da STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 221 ss.

⁷ Cfr. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen* 2006, 274. In questo senso anche v. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, testo dattiloscritto dell’intervento tenuto a Trento nei giorni 10-11 marzo 2006 sul tema “*Delitto politico e diritto penale del nemico*”.

⁸ V. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, 241; NEPPI MODONA, *Legislazione di emergenza e istituzioni parallele*, in *Riv. storia contemp.*, 1978, 106 ss.

⁹ Sulla ragionevolezza politico-criminale dei reati associativi a pericolo presunto nella giurisprudenza costituzionale v. FIANDACA, *Introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 148 ss.

¹⁰ In *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1998, 844 ss.

Statuto differenziato, dunque. Una soluzione che, oltre ad assecondare sul piano sostanziale esigenze di prevenzione di gravi attentati all'incolumità pubblica attraverso l'anticipazione della soglia di punibilità, valorizza anche una condivisibile massima di esperienza. Per il crimine organizzato, di stampo politico o mafioso, il processo penale non è terreno neutro, immutabile e non condizionabile: è uno dei numerosi terreni sui quali si esplica il tentativo di affermazione del "contropotere". Il conseguimento dell'impunità è un obiettivo funzionale all'organizzazione, una sorta di necessità strutturale per la sopravvivenza.

Le "regole particolari" sono state introdotte sempre per volontà del parlamento, senza la previsione di deleghe in bianco all'esecutivo o a giurisdizioni speciali. A dimostrazione che, almeno formalmente, non è stata la logica bellica a giustificare i sacrifici in termini di garanzie, ma l'esigenza di trovare nuovi punti di equilibrio tra sicurezza e libertà nella contingenza. Tant'è che, per le opzioni più smaccatamente legate a logiche *emergenza-li*, i giudici delle leggi, riconosciutane la compatibilità con la carta costituzionale, hanno indicato un "preciso e indeclinabile dovere" del parlamento di abrogarle in caso di protrazione ingiustificata nel tempo¹¹.

Pur tuttavia, nell'ambito della cultura giuridica italiana, i sostenitori di una accezione a forte impronta *individuale* delle garanzie hanno mosso duri rilievi critici al "*sottosistema penale d'eccezione*"¹². Ne contestano tecnica legislativa e contenuti, dal momento che le normative mirate, "diversificate e aggiustabili *in progress*", oltre a sancire l'abbandono dell'idea di una disciplina ispirata ad unitarietà e sistema chiuso di fonti, farebbero pendere la bilancia verso il polo della difesa sociale, in maniera impropria e pericolosa. Prevarrebbe, insomma, una "filosofia di fondo" connotata dalla "rilevante alterazione" del diritto penale del *reato* in diritto penale del *reo*, favorita dal conio di reati costruiti su concetti indeterminati che veicolano giudizi di valore, talvolta anche fortemente illiberali e, comunque, suscettibili di sfociare in prassi interpretative di mero allineamento ad orientamenti politici transitori e contingenti.

La previsione di congegni differenziati operanti sul piano dei mezzi di ricerca e tutela delle fonti di prova, delle intercettazioni ambientali e telefoniche, delle misure cautelari, della circolazione extraprocessuale degli atti, nonché dell'assunzione della prova dichiarativa favorirebbe una sorta di "stato di eccezione" per via giudiziaria. Insomma verrebbe da chiedersi se le condanne per gravissimi delitti contro lo Stato siano frutto di una ortodossa attività di acquisizione delle prove, di un regolare dibattito e di una qualificazione delle condotte conformi ai principi di un diritto penale costituzionalmente orientato. Prende forma la preoccupazione espressa da Stefano Rodotà sull'adozione di certi piani antiterrorismo che riguardano la giurisdizione penale: "*se io modifico l'insieme dei valori, se faccio scivolare la tutela della libertà al di sotto di una ben precisa soglia, se comprimo i diritti fondamentali, vuol dire che ho cambiato le caratteristiche dello Stato costituzionale dei diritti, che rischio di non renderlo più distinguibile da un sistema autoritario*"¹³.

Tuttavia il "sottosistema d'eccezione" non necessariamente va inquadrato nell'alveo delle regressioni culturali rispetto al modo di intendere la legalità. Occorre valutarne caso per caso il contenuto.

Difendere il ruolo centrale e la insostituibilità del sistema penale nel contrasto ai contropoteri criminali è possibile soltanto a condizione che se ne possa mostrare l'efficacia ri-

¹¹ V. Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n.15, in *Foro it.*, 1982, I, 2132 ss.

¹² Per una mappa delle questioni v. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. 848 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Roma, 1997, 34 ss., 237 ss.

¹³ In *Privacy e libertà*, cit., 97.

spetto allo scopo. Il che significa pensare ad una magistratura in condizione di intervenire non solo in senso retrospettivo ma anche in grado di ostacolare progetti di lesione ai beni fondamentali (vita, integrità fisica, sicurezza dello stato, democrazia) ancora da realizzare, quando ne viene a conoscenza. L'alternativa è una risposta "tutta nelle mani" delle forze di polizia, connotata da stili e obiettivi diversi da quelli che deve esprimere la giurisdizione penale, con "zone d'ombra" di fatto sottratte al controllo di legalità.

La legittimità dei regimi differenziati viene accreditata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo. L'organo istituzionalmente investito del compito di eliminare dal sciacquo del processo quegli ostacoli che impediscono un esercizio effettivo dei diritti di difesa ha ritenuto, in diverse occasioni, non in contrasto con la convenzione europea meccanismi di tutela *differenziati* dei diritti e delle garanzie coinvolti dall'esercizio della giurisdizione penale¹⁴. Tenendo conto delle caratteristiche della criminalità da fronteggiare, si ammettono persino vistose eccezioni al principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti e persino forme di testimonianza anonima a carico di pericolosi narcotrafficanti.

Pare azzardato, quindi, demonizzare aprioristicamente deroghe a regole generali del diritto e della procedura penale. In epoche di effettivo pericolo per la sopravvivenza democratica della società, l'irrigidimento su difese ad oltranza del garantismo può significare l'assoluta inutilità del controllo penale. Ciò non giustifica, tuttavia, sottovalutare le potenzialità illiberali di strumenti che sono il cuore del "doppio binario": il reato associativo, la valorizzazione della collaborazione, le regole probatorie con minori garanzie per l'accusato, i requisiti meno stringenti per l'applicazione della custodia cautelare, i pesanti carichi sanzionatori.

In questo senso, l'esperienza giudiziaria recente ha fatto emergere una serie di rischi concreti derivanti non solo dal *deficit* di determinatezza di certe nozioni penalistiche ma anche dai "perversi connubi" tra custodia cautelare, tempi lunghi dell'istruttoria e collaborazione con l'accusa: la tentazione di applicare con minor rigore le categorie della inutilizzabilità o della nullità assoluta sugli elementi probatori disponibili (fonti di *intelligence*, documenti tratti da siti *internet*, dichiarazioni correi senza difensore)¹⁵; la condanna a pene esemplari del singolo imputato, in una ottica di deterrenza totalmente sganciata dai parametri di legge previsti dall'art.133 c.p.; il prezzo delle confessioni e delle collaborazioni non limitato alle sole riduzioni di pena previste dalla legge, ma esteso a favori impropri, come derubricazioni delle imputazioni, liberazioni anticipate tramite complicate operazioni di sconto, mancato esercizio dell'azione penale".

Insomma, bisogna capire se il "regime differenziato" abbia dei contenuti tali da mutare l'approccio alla giurisdizione da parte dei giudici e dei pubblici ministeri.

Ed anche, se nel componimento della inevitabile conflittualità di valori contrapposti, quali la libertà e la sicurezza, la magistratura sia consapevole della complessità delle questioni e respinga tentazioni di tipo belligerante, abdicando al ruolo di "indifferente ricercatore del vero" e punendo non "dopo" ma "con" il procedimento, con buona pace della presunzione di innocenza. Tentazioni, in qualche modo, favorite dalla rinuncia a strategie di intervento *manu militari* dirette a restituire allo Stato il monopolio dell'esercizio della violenza sul territorio (neppure in presenza di strategie criminali di stampo stragista); e quindi dalla conseguente crescita di peso dell'ordine giudiziario nell'insieme del sistema politico, in virtù della "delega" fattualmente conferita alla giustizia penale con rife-

¹⁴ v. Corte Europea, 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi; 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi; 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta.

¹⁵ Sia consentito rinviare a MOROSINI, *Jihad e giustizia penale*, in *Quest. Giust.*, 2005, 412 ss.

rimento a certe emergenze (mafia, corruzione e terrorismo), che hanno modificato radicalmente la percezione sociale della magistratura, vista come “soggetto che combatte”, e quindi le relative attese sul suo operato¹⁶.

3. *Il Giudice e le ideologie del processo.*

Si è già detto. Quando si procede per fatti riconducibili a forme di crimine organizzato, sia esso di stampo mafioso, eversivo o terroristico, il processo penale non è un terreno neutro o scevro da condizionamenti. L'impunità, per un certo tipo di organizzazioni, più che un obiettivo funzionale è una sorta di necessità strategico-strutturale. Dimostra la forza e il prestigio che rinsalda il vincolo tra associati; impedisce pericolose defezioni; consente la sopravvivenza nello scontro con altri gruppi; determina la conservazione dei proventi illeciti e, quindi, la capacità di continuare ad influenzare mercati legali e illegali.

Le mafie storiche hanno iscritto programmaticamente nei loro disegni complessivi l'impegno di non lasciare tracce dei misfatti. Quell'impegno è stato elevato a scienza tanto da non permettere, generalmente, alla polizia di “constatare” i delitti: “l'arma utilizzata per un certo fatto di sangue viene distrutta; per evitare comparazioni con altri episodi di fuoco, l'auto impiegata non soltanto è veicolo rubato, ma viene incendiata per impedire il rilevamento di micro-tracce; le telefonate dei sequestratori non durano mai tanto da consentire il blocco; le fonti testimoniali, quando raramente vi sono, vengono intimidite o soppresse”¹⁷.

Questa constatazione ripropone, soprattutto in situazioni di emergenza, le antiche diatribe sugli scopi del processo penale. Diatribe accademiche e parlamentari, che si riflettono anche sulla cultura dei giudici e sulle sue manifestazioni quotidiane. Il tema è se gli scopi del processo debbano essere interpretati in maniera del tutto autonoma rispetto all'esigenza di repressione dei reati sottesa alle norme penali sostanziali.

Vi sono, infatti, finalità autenticamente processuali (proprio a livello di ammissione, assunzione e valutazione delle prove) le quali, se effettivamente perseguite e realizzate, possono essere di ostacolo, piuttosto che di sostegno, alla realizzazione del diritto sostanziale. Si pensi, ad esempio, al potenziale conflitto tra “contraddittorio” ed esigenza di non disperdere mezzi di prova, nei casi di ritrattazione in dibattimento di dichiarazioni accusatorie rese dal testimone in sede di indagine alla sola presenza del pubblico ministero, essendo noto il clima di “intimidazione ambientale” in cui vivono le persone chiamate a deporre nei processi a macro-organizzazioni criminali.

Ebbene l'orientamento su questo tema torna ciclicamente a vivacizzare il dibattito anche all'interno della magistratura con riferimento a forme insidiose di delinquenza associata. Le divergenti posizioni tendono a diventare ancora più nette all'indomani di clamorosi attentati. Ed esprimono differenti approcci ideologico-culturali sul modo di coniugare modello processuale e scopi della giustizia penale¹⁸.

¹⁶ Le iniziative riconducibili nell'alveo della “supplenza”, si iscrivono in una esperienza giudiziaria più ampia, non riducibile al solo settore penale, che a partire dalla fine degli anni sessanta ha portato la magistratura a svolgere una funzione di mediazione politica e sociale, sopperendo a inadempimenti o ritardi del Parlamento e del Governo, per vincere il senso di disorientamento prodotto dalla faticosa attuazione della Costituzione v. sul punto RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, II ed., Roma-Bari, 1999, 180, ss.

¹⁷ Cfr. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Processo e criminalità organizzata*, AA.VV., a cura di V. Grevi, Bari, 1993, 229

¹⁸ Sulle origini e sullo sviluppo delle diverse ideologie del processo penale NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 23 ss; CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

Un primo orientamento affonda le radici nell'insegnamento della scuola classica. Il fine del processo penale non è soltanto la ricerca della verità, l'incriminazione dei colpevoli, la difesa della società. La dignità e la civiltà dello strumento utilizzato costituiscono, di per sé, un valore da perseguire e quindi si pongono come limite all'attività del magistrato¹⁹. La maggiore sensibilità verso le libertà fondamentali del cittadino rifiuta un modello processuale *contro* la criminalità organizzata, almeno sul metodo probatorio. Si promuove una giustizia penale concepita come tecnica di risoluzione delle controversie, tendente a conferire una marcata autonomia alla logica del contraddittorio rispetto agli obiettivi del diritto sostanziale, che confida nel confronto dialettico tra le parti per la ricerca della verità. È un modello tipico dei sistemi di stampo accusatorio.

La seconda maniera di ragionare predilige le esigenze di difesa sociale. In tale prospettiva, "la scoperta della verità è una posta tanto alta da non sopportare intralci o remore"²⁰; e quindi il metodo probatorio adottabile dovrebbe essere nella piena disponibilità del giudice inteso quale *advocatus partium generalis*. La declinazione più aggiornata di questa opzione ideologica prevede una concezione delle garanzie individuali calibrata al fenomeno criminale da fronteggiare. Ne deriva che l'attuazione della politica criminale di contrasto alla delinquenza associata più insidiosa può ammettere, anche sul metodo probatorio, soluzioni etichettabili come "doppio binario", "regime differenziato", "diritto modulare", ossia deroghe, legislative²¹ ma anche giurisprudenziali, rispetto alla disciplina per la generalità dei casi, con chiare venature da sistema inquisitorio.

Vi è poi una più sofisticata riflessione che matura sul piano della comparazione tra sistemi di *common law* e *civil law*. Le differenti opzioni sarebbero influenzate da categorie riguardanti da un lato i modelli di stato e le concezioni dominanti circa gli scopi della giustizia penale e dall'altro i modelli di organizzazione giudiziaria²².

Un primo modello di stato viene definito come "guardiano" o "reattivo". Sarebbe improntato ad una logica liberale, con un diritto penale che svolge un ruolo di tutela "prevalentemente" conservativa dei diritti, interessi e valori sufficientemente consolidati, a cui si abbina uno strumento processuale concepito come mera tecnica di risoluzione dei conflitti, che esprime scopi autonomi rispetto a quelli sottesi alla fattispecie penale. Non ci si attende che il giudice faccia valere scelte politiche, sottostanti alla norma incriminatrice. Dunque, quel modello risulta meno idoneo in chiave di "lotta al crimine organizzato".

Al primo modello si contrappone quello dello stato "interventista" o "attivo" più ancorato a opzioni che, con una certa approssimazione, potrebbero definirsi di tipo inquisitorio. L'obiettivo di esercitare una funzione "propulsiva" nei confronti della società porterebbe ad un diritto penale preposto alla tutela di interessi di pura creazione legislativa o al rafforzamento di valori poco consolidati nel contesto sociale. Tale finalità verrebbe a coniugarsi ad una giustizia penale che aumenta le probabilità di pervenire ad un risultato esatto sul piano sostanziale. In questo caso la disciplina del processo occupa una posizione meno importante e autonoma. Apre lo spazio alla creatività del giudice e come tale risulta più incisiva e duttile nel contrasto a pericolosi fenomeni criminali.

¹⁹ Il concetto è efficacemente espresso da un noto esponente della scuola classica, NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Livorno, 1843, vol. I, 396, il quale insegnava "il fine del processo non è quello di affliggere di pena un reo in qualunque modo".

²⁰ NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 23.

²¹ Sul tema v. GIOSTRA, *Il processo penale "contro" la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione in Lotta alla criminalità organizzata*, cit. 155 ss.

²² DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, trad.it. Bologna, 1991, 14; FIANDACA, *Il diritto penale* cit., 66 ss.

Ai relativi quesiti, come illustrato nel precedente paragrafo, il legislatore ha risposto più volte con l'introduzione di un regime normativo differenziato. Ciò non di meno le impostazioni culturali del giudice pesano sulla interpretazione di quelle norme che lasciano margini di creatività, come appunto l'attuale testo dell'art. 500 c.p.p. in cui si affronta la questione della ritrattazione della testimonianza.

Il legislatore prevede regole di esclusione probatoria per le dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio in chiave accusatoria. È una regola generale che relega le informazioni predibattimentali a mero strumento di valutazione critica di quanto si dichiara innanzi al giudice-terzo (art. 500 comma 2 c.p.p.). Tuttavia il sistema ammette una deroga al citato divieto (art. 500 comma 4), prevista in attuazione del disposto dell'art. 111 comma 5 cost.. La deroga rappresenta il punto di equilibrio tra i vari interessi sulla scena del giudizio, soprattutto quando si procede per fatti di crimine organizzato.

Il recupero e la utilizzabilità dei contributi conoscitivi, non formati attraverso il metodo dialogico, è condizionato dalla prova della "condotta illecita" sul teste. Tuttavia, appare evidente come l'ambito applicativo della eccezione al metodo dialogico dipenda da una serie di variabili interpretative. Più precisamente ci si riferisce a quelle in ordine al contenuto che si attribuisce al concetto di "condotta illecita", esercitata per fare pressione sulla deposizione dibattimentale; alla natura degli elementi di prova utilizzabili per accertare la indebita pressione sul teste; allo *standard* probatorio richiesto per considerare integrata la fattispecie processuale derogatoria; al peso delle massime di esperienza sullo specifico fenomeno criminale che si analizza con riferimento al reato per cui si procede.

In realtà, nei processi per reati di criminalità mafiosa, con riguardo alla applicazione della norma citata, la cosiddetta "intimidazione ambientale" ha spesso una valenza determinante e finisce per erodere la garanzia del contraddittorio.

Ciò accade, soprattutto, quando non sono emersi in concreto fatti intimidatori diretti o indiretti, ma la ritrattazione appare plateale e inspiegabile.

L'autorità giudiziaria di Reggio Calabria²³, in un processo per fatti di 'ndrangheta, ha ritenuto provata la pressione sui testi, ricavandola dal gran numero di dichiaranti che avevano totalmente ribaltato gli assunti narrativi resi in sede di indagine. Questo dato, ai fini dell'acquisizione dei singoli contributi predibattimentali, veniva a saldarsi con "la necessità di tutelare l'integrità dei propri familiari o dei propri beni dalle minacce" manifestata da alcuni testi.

Ebbene la Suprema Corte ha ritenuto corretta quella decisione, valorizzando indirettamente il concetto di "intimidazione ambientale"²⁴. Ma, in questo solco, la Corte di assise di appello di Catania si è spinta oltre nell'applicazione del quarto comma dell'art. 500 c.p.p.. E' accaduto in un processo a carico di imputati accusati di un duplice omicidio di matrice mafiosa²⁵, in cui i giudici hanno esplicitamente affermato che la forte ed estesa presenza di fenomeni di crimine organizzato nell'ambiente sociale in cui erano maturati i delitti per cui si procedeva, rappresentava una pesante ipotesi intimidatoria gravante sui testi del processo e, quindi, costituiva uno dei possibili elementi di concreto riscontro" delle pressioni nei loro confronti. A riprova dell'esistenza di un siffatto "elemento" venivano acquisite alcune sentenze di primo grado relative a maxiprocessi celebrati per fatti di mafia commessi in quel territorio.

Dunque, la soluzione che deroga alla formazione della prova in contraddittorio è sganciata dalla individuazione di fatti specifici di inquinamento della fonte, fondandosi

²³ La vicenda è ricostruita in Cass. 7 giugno 2004, Foriglio in *Cass. pen.* 2005, 3826 ss.

²⁴ Cfr. Cass. 7 giugno 2004, Foriglio cit.

²⁵ Ass. app. Catania, 29 giugno 2005, Bonomo, in *Giust. pen.*, III, 181 ss con nota di PULEO.

piuttosto sul “contesto ambientale” in cui vive il testimone ed, eventualmente, sui precedenti penali dell'imputato.²⁶ Ciò consente di aggirare le norme a presidio del contraddittorio nella formazione della prova. E simili approcci interpretativi, peraltro sollecitati da nobili motivazioni, paiono fortemente condizionati dalla sensibilità e dalle specifiche esperienze professionali di colui che in concreto applica la regola processuale. Insomma, le norme contano per come vengono “macinate” nel processo, come insegna un autorevole studioso²⁷.

4. *Segue: il processo come “avamposto” della difesa sociale.*

I fatti di *Ground Zero*, così come gli attentati sventati a Londra nell'estate del 2006, hanno dimostrato l'esistenza di soggetti disponibili ad usare il loro corpo come arma micidiale per colpire gli infedeli. Gli aspiranti *shaid*, votati al martirio pur di portare a compimento l'azione terroristica, trascurano totalmente l'effetto dissuasivo della norma penale. Per ovvi motivi, la funzione neutralizzatrice della pericolosità individuale, dovuta all'essere incardinati in una rete criminale, non può essere affidata in via esclusiva ad una pena connessa alla perpetrazione dell'attentato, eseguibile solo dopo un laborioso *iter* processuale che sfocia in una condanna.

La custodia cautelare sembra essere il vero “avamposto” della tutela della società dai *kamikaze* (motivata sulla base dell'art 274 lett.c c.p.p.), benché in questo modo il processo da strumento di accertamento del fatto già commesso si trasformi in strumento per prevenire delitti gravi ancora da commettere. L'esigenza della misura andrebbe ricondotta non già ad uno scopo endoprocessuale, bensì alla necessità di impedire al componente della cellula terroristica di proseguire nella preparazione e nella esecuzione di futuri attentati, secondo un copione già visto negli “anni di piombo” e nel periodo immediatamente successivo alle stragi mafiose compiute dall' “ala corleonese” di Cosa Nostra. Copione che, peraltro, periodicamente si rinnova, come dimostra una recente ordinanza della magistratura milanese nei confronti di presunti appartenenti alle “nuove brigate rosse”, esplicitamente finalizzata a sventare l'esecuzione di una serie di attentati a danno di giornalisti, politici e professori universitari. Attentati, secondo le intercettazioni e le perquisizioni della polizia, preparati con reperimento di pericolose armi, addestramento di buona parte degli associati, nonché con la mappatura dei luoghi in cui consumare le azioni delittuose²⁸.

Si può, allora, parlare di “uso improprio” delle indagini? Ovvero, di intollerabile “torsione poliziesca”, con limitazioni della libertà personale fondate non su prove ma sul semplice sospetto di colpevolezza e sulla semplice pericolosità sociale del soggetto? Il processo nella sua versione più ortodossa non dovrebbe preoccuparsi soprattutto dei diritti dell'indagato o dell'imputato²⁹?

Di fronte a plausibili preoccupazioni non deve trascurarsi l'esistenza nel sistema penale di meccanismi di “minimizzazione del rischio di abuso”, la cui efficacia, tuttavia, è affidata all'approccio culturale e professionale dei magistrati.

²⁶ In questi termini la Corte Ass. App. di Catania, 29 giugno 2005, Bonomo in *Giust. pen.*, 2006, III, 181 ss. Non ammette tale approccio ermeneutico Cass.22 settembre 2005 n. 33951.

²⁷ L'espressione è di NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo-teoria dello Stato-epistemologia*, in *Indice penale*, 1999, 31.

²⁸ V. Ordinanza del GIP presso il Trib. Milano, 8 febbraio 2007, a carico di Bortolato+14 per il reato di banda armata e detenzione illegale di armi da fuoco.

²⁹ V. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1998, 808-809.

Il procedimento cautelare è, ormai, caratterizzato da elevato tasso di formalizzazione. Prevede l'obbligo di motivazione di qualsiasi provvedimento che incida sulla sfera giuridica dell'individuo; riconosce all'incolpato il diritto di essere ascoltato entro tempi ragionevoli dallo stesso giudice che ha emanato il provvedimento nonché da istanze superiori di giudizio, nei relativi controlli di merito e di legittimità, da parte di soggetti diversi di quelli che hanno emanato il provvedimento restrittivo; offre all'arrestato la possibilità di incaricare lo svolgimento di indagini difensive suscettibili di produrre elementi di prova a suo favore immediatamente utilizzabili.

A queste garanzie formali si aggiunge un orientamento dei giudici della cassazione³⁰, consolidatosi negli ultimi anni, che spinge alla "omologazione" la decisione cautelare al giudizio di merito sui versanti della selezione delle fonti di prova utilizzabili e della loro valutazione. E questo ha portato pubblici ministeri e giudici a coltivare un approccio che azzeri la possibilità di ingresso nel paniere degli elementi idonei a sostenere la cattura a tutti quei dati frutto di indagini elusive delle garanzie dei sospettati, così come alle voci correnti nel pubblico, ai "sentito dire" senza indicazione della fonte principale o provenienti da confidenti non identificati. Solo informative e verbali che permettono al giudice di verificare la genesi, la composizione dell'atto istruttorio e i soggetti che lo hanno raccolto e, quindi la compatibilità della procedura coi principi basilari dell'ordinamento, possono avere la dignità di prova³¹. Quel controllo consente di escludere contenuti frutto di deduzioni, fonti anonime, o maltrattamenti che incidono sulla libertà di autodeterminazione del dichiarante. E, con riguardo al valore indiziario della chiamata in correità, si è chiarito, anche in fase cautelare, che da sola non può sorreggere una misura restrittiva della libertà personale, necessitando di robusti elementi di conferma.

Insomma, l'ordinamento, così come interpretato dalla maggioranza dei magistrati, fissa regole che, quanto meno, evitano il consolidarsi di abusi, peraltro sempre possibili. Ma la vocazione preventiva della fattispecie associativa favorisce, anche, inchieste preparatorie, esterne al procedimento penale formalmente inteso, in cui possono annidarsi situazioni lesive dei diritti del futuro indagato-imputato.

Per prevenire la realizzazione di progetti delinquenziali (omicidi, estorsioni, stragi, attentati) o bloccare iniziative in corso, occorre conoscere l'ambiente criminoso, le forme di manifestazione e moduli operativi della organizzazione. I contorni flessibili del fenomeno criminale di notevoli dimensioni (radicato sul territorio e duraturo nel tempo) rendono indispensabili non solo forme di adeguamento organizzativo centralistico per le forze di polizia (D.I.A.), ma anche vere e proprie "superindagini"³², fatte di intercettazioni preventive, "operazioni sotto copertura", colloqui investigativi con detenuti disposti a collaborare, perquisizioni ad edifici o blocchi di edifici per la ricerca di armi, munizioni o esplosivi.

Questa fase prodromica alle indagini preliminari su singoli delitti è sottratta alla disciplina del codice di procedura penale³³. Il legislatore la qualifica come "preventiva" (ad es. art. 226 disp. att. c.p.p.), disponendo che gli elementi raccolti non siano utilizzabili neppure nelle ordinanze cautelari. Tuttavia, la previsione della autorizzazione del pubblico ministero per l'espletamento di dette attività, che incidono su diritti fondamentali (riservatezza, domicilio, *privacy*), rischia di trasformare uno strumento preventivo in un abusivo

³⁰ In generale v. SS.UU., 16 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.* 2001, 3259. In materia di terrorismo, di recente, Cass. 11 ottobre 2006, Bouyahia, inedita.

³¹ V. Cass. 13 novembre 1997, Dentice; 21 agosto 1997, Ibba.

³² ORLANDI, *Inchiesta preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione della inquisitio generalis*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1996, 575.

³³ ORLANDI, *Inchieste preparatorie*, cit., 581.

strumento repressivo³⁴. La totale segretezza dell'“inchiesta preparatoria” può essere impropriamente utilizzata per raccogliere informazioni, anche per un lungo periodo, all'insaputa di persone non ancora accusate. Sino al formale coinvolgimento nell'indagine preliminare, che avverrà successivamente, i privati interessati non potranno godere delle garanzie di difesa (art 24 c. 2 cost.; art 61 c.p.p.) mentre si raccolgono elementi contro di loro. Ciò dimostra come il cattivo uso della discrezionalità dell'inquirente sia suscettibile di travolgere il fisiologico equilibrio tra processo, tempo e diritti dell'indagato.

Sempre nell'ambito delle indagini preventive, come segnalato da esperti del contrasto a mafia e terrorismo³⁵, può accadere che la raccolta delle informazioni, frutto a volte di forme di collaborazione a livello di corpi di polizia, eluda qualsiasi controllo di legge sulla assunzione dei dati, mascherando: perquisizioni e inquisizioni fondate sul mero sospetto; detenzioni su semplici indizi protratte oltre i termini; illecite limitazioni del diritto di difesa in fase istruttoria; predisposizioni di incartamenti segreti contenenti informazioni pregiudizievoli che il soggetto non ha modo di rettificare. Al di là della inutilizzabilità processuale di quelle informazioni, in casi del genere i magistrati sono chiamati a procedere penalmente verso le illegalità della polizia, rifiutando metodi da stato autoritario nella lotta al crimine organizzato.

5. *La creatività del giudice e l'inquietudine della politica*

Con maggiore frequenza la disciplina incriminatrice viene scelta e costruita per “agevolare” o, almeno, per “indirizzare” l'accertamento giurisdizionale relativo a fenomeni di macro-organizzazione delinquenziale³⁶. Norme quali l'art.416 bis c.p. o l'art 270 bis c.p. spingono la magistratura verso un compito probatorio dato dalla specificità di una struttura criminale³⁷, mettendola in condizione di conseguire quella visione complessiva e panoramica idonea a collegare fatti e vicende apparentemente distanti tra loro. Il che rende plausibile l'affermazione secondo cui “sul piano delle fonti e di un loro complessivo censimento, fra le principali norme di procedura penale, si annoverano disposizioni di diritto sostanziale”³⁸.

Quelle norme si presentano assai duttili dando vita al peso crescente del diritto giurisprudenziale e alla relativa problematicità del rapporto tra il giudice e la legge.

La “reciproca strumentalità” tra diritto e prova ha, di fatto, determinato “lo spostarsi del baricentro verso supremazie del processo e della magistratura penale”³⁹, mettendo in crisi il monopolio e la funzione orientativa delle leggi penali scritte⁴⁰. Fondamentale appare l'attività di colui che concretizza casisticamente le regole. D'altronde le scelte legislative esprimono una sorta di “delega all'interprete” per consentirgli di tenere conto delle molteplici condizioni di variabilità criminologica nella applicazione delle norme, le quali richiedono una elevata capacità di adattamento di cui diviene responsabile, appunto, la magistratura.

³⁴ ORLANDI, *Inchieste preparatorie*, cit., 583.

³⁵ Cfr. BASSIOUNI, *Criminalità organizzata e terrorismo*, in *Indice penale*, 1990, 24 ss.

³⁶ Lo ricorda FIANDACA, *Il diritto penale fra giudice e legge*, Milano, 2001, 76.

³⁷ Secondo NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Critica del diritto*, 1995, 265: “fu una “filosofia”, più processuale che sostanziale della c.d. “legge Rognoni-La Torre: il reato “bis” fu voluto, in realtà per fini procedurali.

³⁸ NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata*, cit., 265.

³⁹ NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo-teoria dello Stato-epistemologia*, in *Indice penale*, 1999, 29.

⁴⁰ FIANDACA, *Il diritto penale tra giudice, cit.*, 35

Sta di fatto che la “creatività giurisprudenziale” sul concorso esterno, sulla condotta partecipativa e sulla responsabilità dei capi della associazione per i reati-scopo commessi da altri sodali non ha garantito, in tanti anni di applicazione di questi istituti, definizioni condivise. È accaduto che un medesimo quadro probatorio venisse valutato con criteri differenti dal pubblico ministero e dal giudice; o da giudici diversi nell’ambito del medesimo procedimento.

In taluni casi sono, addirittura, “scoppiati” profondi dissidi all’interno di una stessa procura (con relativa formazione di “partiti” nell’ambito dell’ufficio) sul come qualificare determinate condotte. Ad esempio, è accaduto, secondo notizie apprese sulla carta stampata, in occasione del procedimento penale a carico dell’On. Salvatore Cuffaro, già governatore della Regione siciliana. E le opzioni finali sono parse dipendere non tanto da valutazioni tecnico-giuridiche quanto piuttosto da intuizioni strategico-processuali.

Si è anche assistito ad inopinate modifiche della nozione penal-sostanziale nel passaggio dalla fase cautelare alla fase del giudizio di cognizione. Ed, in ogni caso, la nozione astratta è stata sovente modellata sulle concrete evidenze disponibili.

Un peso importante sulle stesse nozioni penal-sostanziali hanno avuto poi le diverse tipologie di fonti probatorie prevalenti in un determinato frangente storico.

Come dimostrano anche recenti vicende giudiziarie, la chiamata in correità, che resta un mezzo di prova irrinunciabile per la comprensione e la decodificazione di complesse trame delittuose, ha, sovente, esplicito i suoi effetti sulla materialità delle condotte, influenzandone i livelli di tipizzazione. Basti, in questo senso, riflettere sulle stesse modalità della “partecipazione alla associazione”, fortemente connotate dalle descrizioni via via riferite dai collaboratori di giustizia, che hanno sicuramente contribuito a specificare, differenziandoli, i comportamenti penalmente rilevanti. A tal proposito, vi è da chiedersi quanto abbia inciso la recente prevalenza della intercettazioni sulle chiamate in correità nell’attività di indagine, con le nuove impostazioni ermeneutico-giurisprudenziali relative al contenuto della condotta partecipativa (si sono abbandonati i formalismi ancorati a *status* o a rituali di affiliazione, per lasciare spazio alla ricerca di condotte concrete^{41, 42}).

In tutto questo i giudici di legittimità hanno tentato di concretizzare la fisionomia di una serie di concetti (“apporto esterno”, “partecipazione interna”, “concorso morale”), svolgendo, a loro volta, una attività di supplenza rispetto ai compiti del legislatore. Hanno cercato, in altri termini, di “disinfettare” il bisturi con cui i giudici di merito operano quotidianamente.

In questa attività di profilassi, il Supremo Collegio si è cimentato su menzionati versanti concettuali, proponendo anche indicazioni di metodo sulle scansioni cronologiche del procedimento giudiziale di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, e quindi fornendo indicazioni sul piano del ragionamento probatorio in presenza di certe fattispecie di reato.

Esaminando quella produzione giurisprudenziale, la cassazione ha fornito chiare indicazioni sulle prassi non accettabili. Mentre è sembrata parsimoniosa, o comunque meno incisiva, sulla definizione di alcuni concetti chiave sul versante penal-sostanziale, ossia su cosa debba intendersi per “partecipazione”, “concorso esterno”, “concorso morale”.

⁴¹ V. SS.UU, 16 settembre 2005, Mannino.

⁴² Sulla dimensione relazionale delle nozioni di “apporto esterno” e “partecipazione” cfr. Cass. 27 giugno 1994, n. 2348 in *Foro it.*, 1994, II, 560 con nota di VISCONTI, secondo cui non è configurabile il concorso eventuale nel reato associativo in quanto chiunque tenga consapevolmente una condotta che fornisce un obiettivo contributo al mantenimento o al rafforzamento dell’organizzazione criminale è di per sé qualificabile come partecipante alla stessa.

Si è cercato, quindi, di colmare il *deficit* di determinatezza delle fattispecie attraverso una interpretazione corretta delle regole processuali. E sono state indicate le linee guida sulle modalità di utilizzo delle “regole interne dell’organizzazione criminale” e sul peso delle indicazioni ricavabili dalle analisi socio-criminologiche.

Ma la continua dialettica tra giudici di merito e giudici di legittimità non ha placato le polemiche sull’applicazione di certi istituti. Le inquietudini derivanti da iniziative giudiziarie sorprendenti a carico di “imputati eccellenti” e l’oscillazione dei verdetto nell’ambito del medesimo giudizio (si pensi ad es. ai casi Andreotti, Contrada, Carnevale, Mannino per citarne alcuni tra i più conosciuti), oltre ad alimentare “processi paralleli” nel circuito mediatico⁴³ (corredati da tutte una serie di etichette soprattutto sulla figura del concorso esterno: “mostro giuridico”, “reato inesistente”, “reato fantasma”), portano la politica ad annunciare interventi riformatori per limitare l’interpretazione dei giudici. Interventi quasi sempre finalizzati a ridimensionare la possibilità di procedere verso esponenti delle istituzioni, imprenditori o liberi professionisti a contatto, più o meno volontariamente, con pericolosi gruppi mafiosi⁴⁴.

In effetti, gli osservatori più distaccati hanno parlato della necessità di contenere, in particolare, quelle forme di supplenza a meccanismi di responsabilità extrapenale⁴⁵ che finiscono per valorizzare in chiave criminale generiche accuse di “disponibilità” o “vicinanza” del “colletto bianco” alla cosca, senza la descrizione di precise condotte di collaborazione su cui difendersi, rendendo inefficace il diritto al contraddittorio “non essendo né verificabili né falsificabili le asserzioni di significato indeterminato o peggio i giudizi di valore i quali non consentono smentite ma al più invocazioni di clemenza”⁴⁶.

Per la verità, le reazioni parlamentari al “concorso esterno” non si limitano all’ambito strettamente penal-sostanziale. Come emerge dai lavori preparatori della discussa riforma introdotta con la legge n.150 del 2005, il tema dell’interpretazione della fattispecie associativa potrebbe assumere risvolti ordinamentali in chiave disciplinare. Certe applicazioni dell’istituto sarebbero emblematiche di una impropria attività “creativa” della giurisprudenza di merito, ai limiti della grave violazione di legge, come tale meritevole di essere sanzionate proprio a livello disciplinare. Non è casuale che proprio nell’ambito di una vicenda giudiziaria cosentina riguardante la rilevanza penale del patto tra politica e mafia, nell’ormai lontano 1995, approdò al consiglio superiore della magistratura un procedimento disciplinare a carico di due pubblici ministeri, responsabili di avere iscritto (per “concorso esterno”) nel registro degli indagati due parlamentari (On.li Sgarbi e Maiolo) sulla base di una “abnorme” interpretazione della norma penale⁴⁷.

⁴³ V. FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, 1 s.

⁴⁴ Con riferimento al “concorso esterno” si è cercato di incidere ora sulla parte generale del codice penale, con integrazione della disciplina del concorso di persone nel reato, ora sulla parte speciale, con specifiche figure di favoreggiamento o ulteriori modulazioni della fattispecie associativa, il d.d.l. n. 5514/C proposto il 22.12.2004 dagli On.li Onnis e Cola; d.d.l. n.4749 del 1998 a firma dell’on. Pisapia e altri; d.d.l. n. 3598 del 1997 a firma Li Calzi e altri”.

⁴⁵ NEPPI MODONA, *Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale*, in *La mafia, le mafie*, p. 177; RESCIGNO, *Responsabilità (D. Cost.)* in *EDD*, vol. XXXIX, 1988, 1341.

⁴⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1998, 629; in tal senso anche BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 263-264.

⁴⁷ Sulla questione v. FIANDACA, *Una espansione incontrollata del concorso criminale*, in *Foro it.*, 1996, V, 129; GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso*, *ibid.*, 122.

6. *Oltre le regole interne della organizzazione criminale: i mobili confini della condotta partecipativa e del concorso esterno.*

Bisogna riflettere su un dato che scaturisce dalla recente storia giudiziaria relativa all'organizzazione denominata Cosa Nostra. Gli esiti processuali delle inchieste sui componenti dell' "ala militare" registrano alte percentuali di successo. Viceversa, il risultato delle indagini sui cosiddetti "colletti bianchi" si presenta tutto sommato insoddisfacente, tenuto conto delle energie dispiegate.

Proprio all'interno della magistratura requirente si affaccia una ipotesi sulla "pioggia di assoluzioni" dei c.d. "imputati eccellenti". Si parla di verdetti condizionati dall'utilizzo di un diverso metro di valutazione rispetto a quello utilizzato per i componenti della c.d. "ala militare"⁴⁸. Come se il giudizio di fatto abbandonasse completamente il sillogismo per ridursi solo ad operazioni di "natura intuitiva"⁴⁹ o "psicologica"⁵⁰, oppure ad una esperienza emotiva del giudice, per cui risulterebbero decisivi, sia *in bonam* sia *in malam partem*, "condizionamenti mediatici" e "precomprensioni".⁵¹

La diagnosi, pur basandosi su alcune premesse assolutamente condivisibili, sembra sottovalutare il dato dell'andamento altalenante dei processi per concorso (interno o esterno) in associazione a carico di politici di spicco, alti magistrati, superpoliziotti, imprenditori. Mentre, proprio nel "non fisiologico" tasso di decisioni difformi, nel corso delle varie tappe processuali, pare annidarsi l'ennesimo snodo critico del processo alla *societas scelerum*: l'impatto delle premesse criminologiche sulle categorie sostanziali e sulla valutazione del materiale probatorio.

Si trascura la circostanza che per i componenti dell' "ala militare" si sono raccolti i frutti di una conoscenza ampiamente condivisa nella cultura giudiziaria, portata a qualificare Cosa Nostra alla stregua di un "ordinamento giuridico"⁵². L'opzione si fonda su antiche basi giuspubblicistiche secondo cui "tutte le volte che si ha un organismo sociale di qualche complessità, sia pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri, di norme e di sanzioni"⁵³. Quella premessa è stata declinata dai "pentiti" degli anni ottanta in termini di soggetto politico-militare dotato di potere di dominio su un determinato territorio e di una organizzazione unica, centralizzata e verticistica. Una immagine affermatasi anche nel dibattito politico-giornalistico, nutrendosi delle suggestioni provocate dalle stragi mafiose e dalla "spettacolarizzazione" della cattura di storici *boss*⁵⁴.

Per anni quel tipo di premessa criminologica rispetto al fenomeno Cosa nostra ha indirizzato le iniziative giudiziarie. La partecipazione in associazione (art. 416 bis c.p.), che il legislatore aveva costruito in modo elastico e indeterminato, nei processi veniva pla-

⁴⁸ CASELLI-INGROIA, *L'eredità scomoda*, Bologna, 2001.

⁴⁹ CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937.

⁵⁰ Il tema è stato approfondito dalla scuola dei giuristi statunitensi v. FRANK, *Law and the modern mind*, New York, 1940 secondo cui la decisione è un evento psichico secondo lo schema stimolo-reazione del quale non è però realizzabile la rappresentazione in leggi generali e costanti.

⁵¹ Sull'argomento v. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 ss.

⁵² Propone una lettura in chiave politico criminale e politico giudiziaria FIANDACA, *La mafia come ordinamento. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, 21 ss.

⁵³ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, 110 ss.

⁵⁴ L'enfatizzazione in chiave giudiziaria dei profili organizzativi e di normazione interna dei gruppi criminali si era già registrata negli anni settanta con l'eversione interna (c.d. teorema Pecì).

smata in funzione della “specifica cultura d’ambiente” e degli assetti militari delle cosche. Ciò ha permesso di decodificare comportamenti e circostanze che altrimenti sarebbero apparse prive di significato in termini penali, e quindi di valorizzare sul piano probatorio il contributo conoscitivo dei collaboratori di giustizia, di reperire i riscontri estrinseci, di intendere la legislazione processuale relativa alla formazione della prova, di ricavare le massime di esperienza utilizzabili nel procedimento valutativo, di impostare il ragionamento indiziario.

Basti pensare, ad esempio, alla prova del giuramento di mafia o alla qualifica di “uomo d’onore” da sole idonee a fondare giudizi di condanna per il reato associativo (art 416 bis c.p.), o all’applicazione del c.d. “teorema di Buscetta” che, nel primo maxi-processo a Cosa Nostra, aveva portato alla responsabilità dei componenti della c.d. “cupola” per i “delitti eccellenti” eseguiti da altri associati.

Senonchè, assecondare il paradigma “mafia come soggetto politico-militare”, con i suoi “fruttuosi automatismi giudiziari”, risulta essere operazione inidonea a rendere efficace un controllo penale che si sposta sul terreno scivoloso della c.d. “criminalità del potere”, lesiva di beni di rilevanza costituzionale quali la trasparenza nell’operato della pubblica amministrazione, le libertà economiche e il metodo democratico nella distribuzione del potere reale tra consociati. Evenienza, questa, frutto dell’ “attivismo giudiziario” degli anni novanta allorquando si abbandona la logica selettiva che sceglieva invariabilmente di punire categorie visibili, per perseguire fasce criminali protette e coperte, che delinquono su terreni, o con pratiche più discrete, o che, inspiegabilmente allarma meno⁵⁵.

Proprio dalla letteratura criminologica sulla mafia emerge che non sempre è possibile reperire massime di esperienza affidabili al pari di quelle utilizzate per i “soldati” di Cosa Nostra in tema di c.d. “contiguità compiacente”. L’operazione è difficoltosa per l’intrinseca ambiguità di rapporti quali ad esempio quelli tra mafia e esponenti del mondo politico, le cui forme di manifestazione registrano una continua evoluzione⁵⁶. E, negli ultimi tempi, problemi simili sono riscontrabili nei processi a presunti appartenenti ad associazioni finalizzate al compimento di atti di terrorismo suicida di matrice religiosa, in relazione alle quali si sconta la frammentarietà delle notizie sulle modalità operative, i rapporti e gli scopi dei gruppi che si ispirano alla *jihad* islamica⁵⁷.

In fondo le stesse difficoltà giurisprudenziali si riscontrano nei periodi in cui le “regole ferree” dell’ordinamento non sono più accettate dai sodali e sono superate dai loro comportamenti concreti.

Vi sono elaborazioni che propongono un modello di associazione non più confinata in aree ristrette, in cui agiscono solo i “soci fondatori”; ma piuttosto, ramificata con fisiologica apertura ad apporti successivi alla costituzione da parte di professionisti, politi-

⁵⁵ Sulla portata sovranazionale del fenomeno BRUTI LIBERATI, *Potere e giustizia*, in *Governo dei giudici*, AA.VV. a cura di E. Bruti Liberati, Milano, 1996,185, il quale indica come cause la “patologica espansione dell’illegalità nella vita pubblica”, l’inefficienza dei controlli amministrativi e la contestuale crisi del sistema politico.

⁵⁶ Basti pensare ai contrasti giurisprudenziali sulla valenza probatoria del voto delle cosche in favore di un certo candidato. Per una indagine aggiornata v. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 387 ss.

⁵⁷ La stessa *al Qaeda* funge da azienda per la promozione di una “guerra santa”, che agisce con messaggi lanciati nel sistema di comunicazione mondiale. Non sembra esistere una “cupola del terrore” quanto piuttosto una struttura orizzontale a rete, che tenta di coinvolgere trasversalmente l’intera comunità islamica, all’interno della quale vi sono gli aspiranti *shahid*, votati al martirio e portati ad agire anche isolatamente (v. ROMANO, *Anatomia del terrore*, cit. 13 ss).

ci, imprenditori⁵⁸. Elaborazioni che, indirettamente, forniscono il suggerimento metodologico secondo cui la ricostruzione dei fatti può risultare fallace laddove proceda rinviano a precedenti relativi a situazioni lontane nel tempo, stante le continue evoluzioni dei moduli organizzativi rispetto alle esigenze del momento”.

Come ricordato dalla Suprema Corte⁵⁹: “vanno evitati rinvii a precedenti giudiziari relativi a situazioni lontane nel tempo, stante le continue evoluzioni e la duttilità dei moduli organizzativi rispetto alle esigenze del momento”. Peraltro quei rinvii sono concretamente favoriti dalla presenza di una norma quale l'art 238 *bis* c.p.p. (che fa assumere a fonte di prova la sentenza definitiva riguardante fatti assai remoti). Prezioso, dunque, risulta essere il suggerimento metodologico secondo cui la struttura organizzativa e i moduli comportamentali di certe associazioni sono in continua evoluzione.

Ed allora, in questi casi, i processi devono fare i conti con le diverse declinazioni della condotta penalmente rilevante, del riscontro individualizzante, della prova indiziaria⁶⁰; che a loro volta possono combinarsi in modo diverso.

7. I criteri di tipizzazione proposti dalla Cassazione

Sulla base della premessa sviluppata nel paragrafo precedente, si spiega lo sforzo prodotto dai giudici di legittimità per chiarire alcuni concetti chiave.

In questa prospettiva la sentenza a Sezioni Unite “*Mannino*” (2005) ha fornito una serie di suggerimenti quanto mai opportuni e preziosi.

Con riferimento alla condotta partecipativa nei processi di criminalità mafiosa, in effetti, i giudici di merito da tempo oscillano tra “modello organizzatorio” e “modello causale”. E nei giudizi relativi ad associazioni con finalità di terrorismo internazionale (art 270 *bis* c.p.) di matrice *jihadista* stanno riaffiorando orientamenti, già conosciuti nei c.d. “anni di piombo”, tendenti a ricondurre, esplicitamente o implicitamente, nella sfera della partecipazione anche atteggiamenti di pura adesione psicologica al sodalizio, ricavabili da un linguaggio antagonistico rispetto alla cultura occidentale o dalla disponibilità di strumenti di propaganda quali riviste terroristiche⁶¹.

Nel far fronte al *deficit* di determinatezza della fattispecie, da cui derivano differenti modelli interpretativi, le sezioni unite promuovono, innanzitutto, il superamento di orientamenti giurisprudenziali che, rendendo impropriamente decisivi certi “*status*”, rischiano di trasformare il diritto penale del reato in diritto penale del reo. Infatti, assecondare il paradigma “mafia come soggetto politico-militare” non determina solo indiscutibili successi giudiziari.

⁵⁸ Sono analisi condivise da buona parte della cultura di estrazione giudiziaria. Non solo nei contenuti di alcune sentenze e nei contributi scientifici degli stessi magistrati v. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass.pen.*, 2001, 2082 ss; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, ma anche nei documenti elaborati dal Consiglio superiore della magistratura, quali, ad esempio, la delibera del 24 luglio 2002 dal titolo “*Criminalità organizzata ed economia illegale*”.

⁵⁹ Cfr. Cass. 27 aprile 2001, Riina e altri in *Cass.pen.* 2002, 982 ss sul mutamento delle regole ordinali di Cosa Nostra relative all'organo deputato ad assumere le decisioni sui c.d. “delitti eccellenti”.

⁶⁰ A tal proposito in una occasione in cui si era confezionato un capitolato dei riscontri in tema di partecipazione ad associazione mafiosa in un punto si riteneva riscontro alla chiamata l'essere stato vittima di un agguato in piena guerra di mafia; mentre in un punto successivo veniva considerato riscontro il non avere subito alcun attentato alla persona e alle cose.

⁶¹ Cfr. Cass. 13 ottobre 2004, Laagoub; Cass. 9 febbraio 2005, Benameur e altri. Emblematica, in questo senso, sulla giurisprudenza in materia di eversione interna Cass. 18 maggio 1993, Algranati.

Emblematico, in proposito, il caso figlio di un noto *boss* di Cosa Nostra condannato per “partecipazione in associazione” (art 416 bis c.p.) per avere prestato il “rituale giuramento”, pur non essendosi riscontrata nei suoi confronti alcuna attività connessa alle tipiche *performance* criminali del sodalizio; e in presenza di dichiarazioni di collaboratori di giustizia secondo cui “era stato un piacere del padre quello di farlo combinare, ancorché egli fosse solo una femminuccia e visse lontano dalla Sicilia”⁶².

Ebbene, la sentenza “*Mannino*” radica la rilevanza della partecipazione nel contesto del tessuto organizzativo proprio dell’associazione criminosa. Con una precisazione: alla locuzione “far parte” deve attribuirsi un senso “dinamico” e “funzionalistico”. Così, i giudici di legittimità esprimono il chiaro intento di escludere la decisività, ai fini della identificazione dell’elemento materiale del reato, a circostanze di carattere esclusivamente formale. In altri termini, la tipicità della condotta deve fondarsi sull’assunzione di un ruolo concreto nell’organigramma criminale, strumentale al raggiungimento degli scopi che l’associazione si propone⁶³. Il Supremo Collegio non giunge ad affermare che lo svolgimento effettivo di una attività materiale per la struttura associativa, da circostanza rilevante a livello probatorio, assurge al rango di elemento essenziale del fatto tipico⁶⁴. Tuttavia, per evitare la eccessiva spiritualizzazione del sostrato materiale della partecipazione, si chiarisce, sul piano della dimensione probatoria, che affiliazione rituale e qualifica di “uomo d’onore” fungono da meri indici fattuali, da valutare unitamente ad altre circostanze quali ad esempio: i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di “osservazione” e “prova”, la commissione di delitti scopo, i “*facta concludentia*” (es.disponibilità di un arsenale, la latitanza volontaria, l’uso di autovetture blindate).

Più problematico è apparso l’intervento delle Sezioni unite “*Mannino*” sul concorso esterno.

Ribadita la legittimità di quella fattispecie, il dato saliente della sentenza sta nel modo di declinare la causalità come criterio di tipizzazione della condotta⁶⁵.

La nettezza della scelta del modello di spiegazione causale per la fattispecie plurisoggettiva eventuale costituisce il vero punto nevralgico della decisione. È una risposta alle obiezioni secondo cui l’evocazione giurisprudenziale del paradigma causale celerebbe in realtà meccanismi di imputazione diversi, fondati su intuizioni, precomprensioni, giudizi etici⁶⁶; soprattutto in presenza di sodalizi di grandi dimensioni (cd mafie storiche), per i quali l’accertamento del “mega evento” di potenziamento dell’ente si presenterebbe come una sorta di *probatio diabolica*.

In effetti, nelle precedenti pronunce delle sezioni unite, l’accento posto dalla giurisprudenza sulla efficacia eziologia del contributo dell’*extraneus* scontava margini di ambiguità⁶⁷. Mancava una opzione esplicita e chiara sullo statuto della causalità a cui riferirsi

⁶² Lo propone VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit.

⁶³ In dottrina, optano per il modello c.d. “organizzatorio” di condotta partecipativa: INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 40 ss.; SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 87; DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416 bis, 416 ter, 417, 418 cp*, in *Mafia e criminalità organizzata*, AA.VV., Torino, 1995 35.

⁶⁴ Tale impostazione viene invece recepita dai sostenitori del modello c.d. causale della condotta partecipativa, che consisterebbe in un contributo materiale apprezzabile in vista della realizzazione del programma criminoso v. INSOLERA, *L’associazione per delinquere*, 1983, 228; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Indice penale*, 1991, 25 ss.

⁶⁵ v. SS.UU. 5 settembre 1994, Demitry cit.; SS.UU. 30 settembre 2002, Carnevale in cit.

⁶⁶ Cfr. INSOLERA, *L’impossibile garanzia: la prova dell’illecito plurisoggettivo*, in *Quest. giust.*, 1998, 612.

⁶⁷ La sentenza Demitry aveva definito “concorrente” colui che viene chiamato dalla associazione “per colmare vuoti temporanei in un determinato ruolo, sia soprattutto, nel momento in cui la fisiologia della as-

per le condotte concorsuali atipiche, nonostante la presenza di una pluralità di teorie giurisprudenziali, spesso sfocianti in soluzioni differenziate rispetto al medesimo caso. In altri termini si oscillava tra verifiche effettuate all'esito di un giudizio *ex post*, secondo il criterio della *condicio sine qua non* di matrice classica, con forte garanzia per l'imputato, e giudizi *ex ante* di idoneità dell'azione a facilitare la realizzazione dell'evento o ad aumentarne le probabilità di verificazione, secondo un approccio più esposto alle intuizioni o alle precomprensioni del giudice, benché funzionale ad esigenze di tutela delle vittime del reato o beni di particolare pregio.

Ebbene, la sentenza "Mannino" compie una opzione netta. Muove dalla teoria della causalità già illustrata dalle sezioni unite nel 2002⁶⁸, in tema di responsabilità omissiva del medico per morte del paziente, finendo per estenderla all'istituto della compartecipazione criminosa *ex art* 110 c.p.. Il pilastro argomentativo della decisione poggia, dunque, sull'esplicito rifiuto delle teorie dell'"aumento del rischio" o della "causalità agevolatrice o di rinforzo", basate su valutazioni *ex ante* e in concreto, secondo criteri prognostici, suscettibili di produrre espansioni incontrollabili della responsabilità penale, in particolare sul versante del concorso esterno, su cui, sovente, insistono logiche emergenziali.

Contrariamente a quanto affermato in alcune pronunce di merito, in particolare relative alla fase cautelare del procedimento, i "paletti" indicati dalla sentenza escludono la rilevanza probatoria di indicazioni di mera "disponibilità" o "vicinanza"; ed anche la riconducibilità al paradigma del concorso esterno dell'apporto fornito ad un singolo membro della organizzazione, se il destinatario ultimo del vantaggio non sia l'associazione medesima (semmai scatterebbero i reati di cui agli artt.418 e 378 c.p.)⁶⁹. Inoltre, è inammissibile una lettura in senso psicologico della nozione di evento, sovente praticata dalle giudici di merito proprio "per dissimulare l'assenza di prova sull'incidenza causale". Su queste basi, non rispetterebbero i suddetti canoni ermeneutici quegli orientamenti che identificano il rafforzamento dell'associazione nell'"accrescimento del senso di sicurezza e prestigio dei sodali", nella "diffusione della sensazione di impunità e sicurezza", nella "sicura fiducia di poter continuare a delinquere"⁷⁰. Insomma, la sentenza in esame parrebbe accreditare quella opinione più generale secondo cui non sarebbero rinvenibili regolarità causali nell'ambito dei fenomeni psichici, per il caratterizzarsi degli stessi in termini di irripetibilità, imprevedibilità e internità⁷¹.

sociazione entra in fibrillazione attraversando una fase patologica". Da tale espressione poteva ricavarsi indirettamente l'utilizzo del paradigma causale per la selezione delle condotte punibile, ma non si era fornita alcuna indicazione in ordine all'accertamento in concreto dell'evento rafforzativo. La sentenza *Carnevale* differenzia il modello di causalità applicabile seconda della unicità o della reiterazione dei contributi dell'*extraneus*.

⁶⁸ SS.UU., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.* 2002, II, 601 ss. con nota di DI GIOVINE.

⁶⁹ Per la tesi del concorso nella condotta di partecipazione cfr. LATTANZI, *Partecipazione alla associazione criminosa e concorso esterno*, in *Cass. pen.* 1998, 3137; MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, in *Cass. pen.* 1995, 135 ss. Viceversa CORVI, *Partecipazione interna e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *R.it.dir.p.p.*, 2004, 254, sottolinea l'incompatibilità di tale orientamento coi principi della responsabilità per fatto proprio e di proporzionalità della pena.

⁷⁰ In questo senso v. Trib. 27 gennaio 2001, Scalone in *Foro it.*, 2001, II, 88 ss; Trib. Palmi, 25 marzo 1996, Mancini in *Foro it.*, 1997, II, 453. In dottrina GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso*, cit., 122 secondo il quale la sola notizia, all'interno dell'associazione, dell'accordo con il politico di notevole caratura determinerebbe il rafforzamento dell'ente perchè idonea a bloccare fughe e pentimenti, infondere fiducia negli affiliati.

⁷¹ Per una riflessione generale sul tema della causalità psicologica anche con riguardo alla compartecipazione criminosa cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, 102 ss.; CORNACCHIA, *Il problema della causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di CANESTRARI e FORNACIARI, 2001, 200 ss.

Ma il nodo problematico della decisione sta proprio nella nozione di evento su cui nella prassi applicativa, verosimilmente, si scaricheranno i residui margini di indeterminazione della fattispecie in oggetto. Se ci si attiene alle definizioni condivise dalla dottrina, non può sostenersi la tesi dell'evento in senso naturalistico⁷². Nessuna legge penale prevede la "conservazione" o il "rafforzamento" di una associazione quale elemento costitutivo o aggravatore di una fattispecie tipica. La sentenza sembra riferirsi piuttosto all'evento in senso giuridico, puntando sull'*effetto offensivo* della condotta verso l'interesse tutelato dalla norma, ossia l'integrità dell'ordine pubblico "violato dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti scopo del programma criminoso".

Un simile approdo ermeneutico implica un evento dai contorni empiricamente sfuggenti. L'"apporto" del concorrente esterno non accede, come nella maggior parte dei casi di compartecipazione criminosa, alla azione di altri soggetti, diventando condizione necessaria alla realizzazione di un reato; ma si innesta su un reato già esistente, ossia la fattispecie associativa (reato permanente)⁷³. Dunque, l'efficacia offensiva del sostegno dipende dall'impatto prodottosi nella struttura dinamica di un organismo criminoso già operante. Verranno, allora, in rilievo i risultati di "mantenimento in vita dell'associazione" o di "incremento della sua funzionalità", ossia circostanze la cui sussistenza trascende il piano della semplice materialità. L'accertamento rischia, in questo modo, di essere affidato, se non proprio a giudizi di valore o intuizioni dell'interprete, ad apprezzamenti in termini organizzativo-funzionali, economici, socio-criminologici sganciati da verifiche empiriche.

8. *Il peso delle analisi socio-criminologiche nella ricostruzione dei fatti. Il caso degli imprenditori a contatto con i gruppi mafiosi.*

La comprensione della struttura, del *modus operandi* e degli obiettivi delle macro-organizzazioni criminali sono indispensabili al magistrato nella gestione dei procedimenti per fatti di terrorismo e mafia, dunque. Senza una aggiornata capacità di lettura di certe connessioni e senza categorie interpretative appropriate si può cadere in decisioni miopi o tra loro contraddittorie (nei diversi gradi del medesimo giudizio).

Il metodo di approfondimento che ricerca massime di esperienza in grado di valorizzare certi elementi non può trascurare il peso delle elaborazioni prodotte dalle scienze sociali. Spesso dalla costante osservazione di certi fenomeni, gli studiosi hanno ricavato importanti "chiavi di lettura" delle prove per i giudici.

Con riguardo all'esperienza in tema di criminalità mafiosa, la circolarità tra diverse forme di conoscenza ha prodotto una varietà di premesse criminologiche per ogni fenomeno, del cui valore in sede di ricostruzione dei fatti si è occupata anche la giurisprudenza di legittimità in più occasioni e con orientamenti differenti⁷⁴.

Emblematico, in questo senso, il caso delle interazioni tra gruppi mafiosi e imprenditori. Su questo terreno, infatti, l'ambiguità dei rapporti rende particolarmente comples-

⁷² MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 171.

⁷³ Per i rilievi critici su tale punto v. FIANDACA-VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2006, II, 90 ss.; BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità del delitto di concorso in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.* 2006, 3763.

⁷⁴ Cfr. *ex plurimis* Cass. 25 marzo 1982, De Stefano, in *Foro it.* 1983, II, 360; Cass. 16 dicembre 1987, Spatola, in *Foro it.* Rep.1987, voce *Prova penale*, n.18; Cass. 18 febbraio 1999, Cabib, in *Foro it.* 1999, II, 631 ss; Cass. 27 aprile 2001, Riina e altri in *Cass. pen.* 2002, 982 ss.

so tracciare con nettezza una linea di confine tra vittime e complici dei criminali. E il peso delle elaborazioni sociologiche si è spesso avvertito nel ragionamento dei giudici.

Come più volte rilevato dai più attenti osservatori, in territori connotati dalla pervasiva presenza di sodalizi criminali, per alcuni operatori economici la mafia rappresenta un vincolo; per altri una opportunità. Nell'ambiguo evolversi di talune forme di interazione, non di rado accade che imprenditori inizialmente siano vittime di estorsione e successivamente diventino complici dei mafiosi.

D'altronde, gli stessi connotati del c.d. "rapporto di protezione" tra ente criminale e impresa risultano contraddittori. Nel settore degli appalti, ad esempio, i gruppi mafiosi, contestualmente, inducono comportamenti di tipo passivo (pagamento di somme di danaro e omertosa rinuncia alla richiesta di intervento statale) e condotte collaborative, quali assunzione di personale, presentazione "buste di appoggio", concessione di subappalti, preferenza accordata a fornitori di materie prime.

L'esistenza delle suddette forme di cooperazione impone, quindi, una verifica preventiva sulla sussistenza della anti giuridicità della condotta dell'imprenditore non appartenente al c.d. *nucleo operativo occulto* del sodalizio. In caso contrario, il controllo penale si espone a pericoli di strumentalizzazione. Da una parte, l'uso di moduli incriminatori duttili (partecipazione, concorso esterno) rischia di favorire la censura di generiche forme di contatto con ambienti mafiosi, sulla base di valutazioni di tipo "impressionistico-intuitivo", tendenti a supplire forme di responsabilità extrapenale. D'altro canto, "precomprensioni", condizionate da schemi ideologico-culturali dell'interprete, possono impedire, in via pregiudiziale, di percepire come criminali certe violazioni, giustificandole in considerazione del peculiare "contesto ambientale" in cui maturano.

In questo senso, un filone giurisprudenziale ormai risalente nel tempo, che ciclicamente si ripropone, esclude a priori la responsabilità penale per gli imprenditori operanti in aree connotate da forme di illegalismo diffuso e pervasivo⁷⁵. Secondo tale orientamento, il "compromesso" con le cosche mafiose sarebbe necessitato dall'esigenza di evitare soluzioni conflittuali, vista l'impossibilità di invocare l'intervento preventivo e repressivo dello Stato. L'adeguarsi alle illecite interferenze nella gestione dell'attività economica rappresenta la logica conseguenza del fatto che nello scontro frontale risulterebbe perdente sia il più modesto degli esercenti sia il ricco titolare di grandi complessi aziendali. Sicchè la coercizione psicologica, dettata dall'esigenza di scongiurare il male minacciato, rappresentato dalla rinuncia all'esercizio dell'impresa, sarebbe causa della condotta cooperativa.

Non può sottacersi che, alla stregua di un simile ragionamento, l'efficacia dissuasiva della norma penale rischia di smarrirsi nei profili psicologici di una potenziale vittima, che agisce per salvaguardare interessi individuali, in taluni casi di natura esclusivamente economica. La soluzione sembra, inconsciamente, tradire una concezione di fondo secondo cui l'imprenditore non può rientrare nello "stereotipo del criminale" e una preconcetta sfiducia nelle istituzioni⁷⁶.

Tuttavia, anche su questo versante la dialettica tra giudici di merito e giudici di legittimità è stata particolarmente feconda. Il supremo Collegio ha chiarito che le analisi

⁷⁵ cfr. Cass. 10/6/1989, Teardo in *Gius. pen.* II, 1990, c. 355 e GI di Catania 28/3/1991, Amato +64, in *Foro it.*, 1991, II, p. 472 e ss.; Cass. pen. 28 ottobre 1994, Cavallari in *Cass. pen.* 1996, 2177; Trib. Napoli, 10 dicembre 1997, Cabib, inedita).

⁷⁶ In tal senso FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 e ss., che ripropone spunti di riflessione di SUTHERLAND, *I criminali dei colletti bianchi*, Milano, 1987, trad. Forti).

storico-sociologiche non possono sostituire la prova ma sono utili per interpretare gli elementi a disposizione del giudice, orientandolo nella vasta “zona grigia” della contiguità compiacente⁷⁷. In altri termini, certi contributi “non fanno nascere l’ipotesi accusatoria ma servono a convalidarla”. Semmai possono fornire un catalogo degli indici rivelatori di condotte collusive o subornate, in quanto basati sulla verifica empirica di certi comportamenti colti nella loro dimensione relazionale.

Non sono ammessi, dunque, nella ricostruzione del fatto storico, stereotipi secondo i quali in “terra di mafia” sia sempre ravvisabile una “inevitabile coartazione” e, di conseguenza, un “compromesso necessitato” nella condotta dell’imprenditore che fornisce prestazioni di varia natura alle organizzazioni criminali. Occorre valutare caso per caso. Indagando sulla natura dello scambio, sui suoi contenuti, sui motivi che hanno spinto l’imprenditore a cooperare con il gruppo criminale. In altri termini, viene negata la possibilità di utilizzare i risultati di indagini di tipo socio-criminologico quali massime di esperienza⁷⁸.

9. Giudici, politici e opinione pubblica

25 Gennaio 2005. Il giudice della indagini preliminari di Milano revoca, per carenza di indizi, la misura cautelare applicata a due magrebini, incolpati di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo internazionale. Il Ministro della Giustizia interviene tempestivamente sulla stampa, criticando duramente la decisione in quanto distante dal “comune sentire” e annunciando di avere già inviato ispettori presso gli uffici giudiziari del capoluogo lombardo⁷⁹.

Non è la prima volta che esponenti politici attaccano pronunce della magistratura relative a fatti di mafia o terrorismo. L’esigenza di rispondere alle ansie dei cittadini veicola nel circuito mediatico suggestioni, giudizi di valore e persino l’indicazione di piste investigative. Non si entra nel merito dei motivi giuridici posti a fondamento delle decisioni. Ci si affida a semplificazioni da “giustizia emozionale”, con “processi paralleli” sui *mass media*, connotati da forme di “garantismo” o “giustizialismo” ad intermittenza, in considerazione del fenomeno criminale in esame o della estrazione sociale, razziale, politica dell’imputato.

A tale peculiarità se ne aggiunge una ulteriore. Nei processi alle organizzazioni terroristiche o mafiose, la magistratura è costretta ad occuparsi più che di fatti concreti o specifici, che si esauriscono con la realizzazione di un delitto, di aggrovigliate pagine di storia contro le istituzioni interne e internazionali o contro gli assetti economici e sociali. Il controllo penale non coinvolge il piano puramente tecnico o dogmatico ma investe questioni che hanno una rilevanza politica, sociale e culturale molto forte. Ciò può portare a semplificazioni nella ricostruzione dei fatti o a precomprensioni che incidono sul loro corretto inquadramento.

Un caso esemplare si è verificato presso l’autorità giudiziaria felsinea. All’indomani dell’11 settembre 2001, si procede all’arresto alcuni islamici, *colpevoli* di avere commen-

⁷⁷ Cass. 18 febbraio 1999, Cabib in *Foro it.* 1999, II, 631 ss.

⁷⁸ Cass. 16 dicembre 1987, Spatola in *Foro it.* Rep. 1987, voce *Prova penale*, n. 18; Cass. 29 maggio 1989, Ollio in *Foro it.* Rep. 1990, voce *cit.*, 2523 n. 25.

⁷⁹ V. *Corriere della sera*, 26 gennaio 2005, *Verdetto sugli islamici, Castelli ordina l’ispezione*. Sui commenti alla vicenda cfr. ROMANO, *I nostri soldati e i nostri nemici*, in *Corriere della Sera*, 30 gennaio 2005; D’AVANZO, *Tra prove all’ingrosso e 007*, in *La Repubblica*, 2 febbraio 2005; ZOLO, *Sentenza giusta*, in *Il manifesto*, 27 gennaio 2005; GIANNINO, *Codici antichi, mercenari puniti e jihadisti liberi*, in *Il riformista*, 26 gennaio 2006.

tato criticamente, durante una visita turistica alla cattedrale di San Petronio, un quadro contenente una riproduzione di Maometto. Qualche giorno più tardi i fermati vengono liberati per assenza totale di elementi a loro carico.

Al di là delle difficoltà di comprensione di un fenomeno che matura in realtà culturali e religiose assai lontane dalla nostra⁸⁰, certe iniziative sembrano risentire delle esigenze di prevenzione invocate dall'opinione pubblica. Nei momenti di crisi acuta, le valutazioni della magistratura accentuano la valenza delle provenienze etnico-ambientali dell'indagato, dei suoi percorsi di vita, compresa la professione del credo religioso. Può dirsi concreto il rischio di reprimere forme blande di simpatia o umana solidarietà verso progetti criminosi elaborati da terzi con cui si condivide solo l'opinione di antagonismo ai valori occidentali. Tant'è che, recentemente, i giudici della Corte di appello di Milano hanno sentito il dovere di precisare che *“non si può ritenere, in forza di un preconcepito negativo verso tutto il mondo islamico, che l'adesione di un arabo musulmano a un qualsiasi movimento di lotta politica e militare comprenda anche la disponibilità a compiere attentati terroristici, ovvero che siffatta disponibilità sia sottesa in ogni gesto di solidarietà verso quelli che vengono definiti nella cultura musulmana “mujaeddin”*⁸¹.

Sono precisazioni che paiono voler scongiurare il ritorno al clima di alcuni processi degli anni settanta e ottanta alle Brigate Rosse, Autonomia Operaia, Ordine Nuovo. Processi nei quali l'accusa di appartenenza di un soggetto ad uno di quei gruppi (art 270, 304 c.p.), talvolta, è stata desunta dalla riconducibilità allo stesso di scritti (volantini, opuscoli) e dalle ideologie in essi professate oppure da comportamenti che se provenienti da un cittadino qualunque sarebbero andati esenti da incriminazioni mentre costituivano la base per procedere penalmente allorquando era un soggetto politicamente qualificato ad averli tenuti⁸².

Anche a quei tempi si celebrano “processi a mezzo stampa”. Lo ricorda Giancarlo Scarpari⁸³ commentando l'inchiesta padovana denominata “7 aprile”. Tra i partiti operanti sulla scena politica italiana, vi era chi interveniva “mobilitando le proprie strutture in una capillare campagna di massa” per sostenere l'operato degli inquirenti, fornendo testi, indicando piste investigative e difendendo la procura da ogni critica, comprese quelle provenienti da ambienti della stessa magistratura.

D'altronde sulle “contrapposizioni esasperate” e sulle interferenze da parte dei *mass media*, singolare è quanto accaduto sul versante giudiziario antimafia. Da iniziale utile sostegno al potere giudiziario, legittimandone l'operato innanzi alla opinione pubblica, la stampa e buona parte del ceto politico, nell'ultimo decennio, sempre più spesso sono scivolati verso “sponde diverse”. Il dibattito pubblico ha taciuto sui pericoli per il sistema delle garanzie penali quando si processavano i presunti accoliti di Riina e Provenzano. Ma la “vena garantista” di molti è esplosa in concomitanza di accuse di collaborazione con la mafia elevate a politici, professionisti, imprenditori accusati di collaborazione con la mafia e, peraltro, propiziate dalla patologica espansione dell'illegalità nella vita pubblica, dalla inefficienza dei controlli amministrativi e dalla contestuale crisi del sistema politico⁸⁴.

⁸⁰ Tale aspetto è segnalato da Trib. Napoli 14 luglio 2004, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 42, 91.

⁸¹ Corte di appello di Milano, 17 febbraio 2006, Drissi e altri, inedita.

⁸² FERRAJOLI, *Il caso “7 aprile”. Lineamenti di un processo inquisitorio*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, 171 ss.

⁸³ *La vicenda del “7 aprile”*, in *La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione di sinistra*, AA.VV., 1982, 37 ss.

⁸⁴ Sulla portata sovranazionale del fenomeno BRUTI LIBERATI, *Potere e giustizia*, in *Governo dei giudici*, 1996, 185.

Nonostante i recenti approdi delle scienze sociali, autorevoli editorialisti hanno persino messo in discussione l'esistenza di una area di "contiguità compiacente" alle associazioni mafiose⁸⁵, composta dai cosiddetti "colletti bianchi".

Peraltro, la stampa tende sempre più spesso a valutare le pronunzie giudiziarie non limitatamente al loro circoscritto significato tecnico o al loro effetto sulle singole vicende coinvolte. Cerca, piuttosto, di coglierne l'eventuale valenza di "segnale" rispetto a orientamenti o linee di tendenza di portata più generale.

I magistrati si trovano, dunque, al centro di tensioni politico-ideologiche e socio-culturali del momento. Non si tratta solo della difficoltà di prescindere del tutto dalla natura del soggetto inquisito, dalla sua ideologia o dal suo stile di vita, essendo aspetti che inevitabilmente colorano la vicenda processuale. Ma, in taluni casi, del clima da "caccia alle streghe" che mobilita i cittadini impauriti a fare "causa comune" verso un criminale nemico. In altri, delle violente campagne di "delegittimazione" contro la magistratura per dimostrare le sue presunte "invasioni di campo" quando procede verso soggetti (politici, amministratori, imprenditori) che delinquono su terreni o con pratiche più discrete che allarmano meno⁸⁶.

Occorre comprendere quanto i "processi a mezzo stampa" possano incidere sull'operato dei giudici. Senza trascurare che l'attività di interpretazione delle norme, lungi dall'essere neutrale, è profondamente influenzata da precomprensioni che rimandano alla cultura e alla sensibilità di ciascun magistrato⁸⁷. Come sosteneva Calamandrei⁸⁸, "la funzione del giudice non si riduce ad un puro sillogizzare, perché ciò vorrebbe dire "impoverirla, inaridirla, dissecarla". La parola stessa *sentenza* viene da *sentire*, al pari della parola *sentimento*. Un qualcosa che, non esprimendosi nella motivazione, resta nelle pieghe nascoste dell'animo del giudicante, esaltandosi in presenza di figure di reato ancorate a concetti che veicolano emozioni e giudizi di valore, quali ad esempio "finalità di terrorismo" o "intimidazione mafiosa".

Probabilmente, la consapevolezza più che la rimozione, da parte dei magistrati, dell'esistenza dei fattori di complicazione derivanti dalle pressioni della stampa e dalle emozioni della pubblica opinione può costituire di per sé un antidoto verso le aggressioni alla loro imparzialità. Consapevolezza che deve abbinarsi a senso di responsabilità e indipendenza del singolo, comprensiva del "coraggio di sfidare l'impopolarità".

Solo attraverso l'imparziale accertamento dei fatti, la repressione assume il suo necessario carattere garantistico a tutela contemporaneamente degli interessi offesi dalla azione eversiva, terroristica o mafiosa e dell'interesse alla libertà degli imputati innocenti. La "coercizione democratica" o la "repressione garantistica", per usare espressioni che risalgono agli anni settanta, si presentano ancora come l'unica via per coloro i quali intendano contrastare i "poteri criminali" in nome dei valori costituzionali⁸⁹. Preziose appaiono, allora, le parole di Carlo Ginzburg⁹⁰: "*uno storico ha il diritto di scorgere un problema là dove il giudice deciderebbe un luogo a procedere*".

⁸⁵ OSTELLINO, *La "zona grigia" nella patria del diritto*, in *Corriere della sera* 18 dicembre 2004. Per una ricostruzione criminologica e storico giudiziaria del fenomeno cfr. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit.

⁸⁶ SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d'Italia* 14, *Legge, diritto e giustizia*, a cura di VIOLANTE, Torino, 1998, 487 ss.

⁸⁷ Cfr. v. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2001, 353.

⁸⁸ CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 63.

⁸⁹ Sui caratteri della risposta istituzionale al fenomeno del terrorismo v. PIGNATELLI, *Natura del terrorismo e repressione penale*, in *La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione di sinistra*, AA.VV., Milano, 1982, 19 ss.

⁹⁰ In *Il Giudice e lo storico. Considerazioni in margine a processo Sofri*, Torino, 1991, 13.