

Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale

Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. Cenni al dibattito sociologico in tema di criminalità mafiosa. - 3. (*Segue*): possibili implicazioni penalistiche. - 4. Limiti dell’attuale elaborazione giurisprudenziale del concorso esterno. - 5. Prospettive di tipizzazione normativa espressa della contiguità punibile.

1. *Premesse.*

Una premessa metodologica accreditata, nella prospettiva della scienza della legislazione, è questa: il legislatore penale, nel conformare la disciplina dei fatti di reato, è tenuto a prescegliere le tecniche di tipizzazione normativa sulla base delle caratteristiche socio-criminologiche empiricamente riscontrabili nei fenomeni da regolare.

Ma vi è di più. La disponibilità di un adeguato patrimonio di conoscenze empiriche può riuscire utile anche sul versante dell’interpretazione e applicazione delle norme positive ai casi concreti: riprove emblematiche del ruolo ermeneutico-ricostruttivo delle pregiudiziali socio-criminologiche sono – tra l’altro – desumibili proprio dalla lunga esperienza giudiziale ormai maturata nell’ambito della criminalità mafiosa¹.

Se è così, nel riaffrontare la ancora tormentosa questione del concorso c.d. esterno nel reato associativo, non sembri dunque un fuor d’opera chiedersi: l’interprete e/o il legislatore odierni quali indicazioni possono trarre dagli orientamenti delle scienze sociali sul tema della mafia?

2. *Cenni al dibattito sociologico in tema di criminalità mafiosa.*

Nel panorama delle scienze sociali, spetta non da ora in particolare alla *sociologia* il primato conoscitivo nello studio delle caratteristiche del fenomeno mafioso. Dal secondo Ottocento a oggi, è andato progressivamente crescendo il numero dei sociologi – stranieri e italiani – disposti a impegnarsi nell’approfondimento delle conoscenze in questa materia, e ciò sino al punto di poter affermare che si è ormai costituito uno specifico “campo teorico” sotto il duplice profilo delle elaborazioni concettuali e (sia pure in misura molto più ridotta) delle indagini empiriche².

Senza potere ripercorrere le fasi e i molteplici filoni del lungo e complesso dibattito sociologico sviluppatosi sino ai nostri giorni, basti qui segnalare alcuni punti suscettibili di assurgere ad acquisizioni oggetto di ampio consenso.

¹ A riprova, sia consentito limitarsi a segnalare FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 ss.; ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.

² Si vedano gli interventi rispettivi di LA SPINA, DINO, SANTORO e SCIARRONE alla tavola rotonda su “L’analisi sociologica della mafia oggi”, pubblicati in *Rassegna it.sociologia*, n.2/2009, 301 ss.

1. Il primo punto, che nessun sociologo contesterebbe, consiste nel riconoscimento che la mafia classica (quale, cioè, esemplificata dalle mafie storicamente insediate da tempo risalente nel territorio italiano: mafia siciliana, camorra, 'ndrangheta e simili) rientra nel novero dei fenomeni "sovra-determinati" in senso sociologico. Essa infatti possiede un volto polivalente, perché presenta nel medesimo tempo i caratteri di: una tipologia di organizzazione criminale; una struttura di potere; un codice e un apparato simbolico-culturale; una impresa economica; un soggetto politico che – a seconda dei contesti e delle contingenze – convive, si intreccia o si contrappone ai poteri (formalmente) legali dello Stato.

Stante questa stratificata complessità del fenomeno mafioso, si comprende come esso tenda a sottrarsi alle interpretazioni unilaterali. Ma la consapevolezza del suo carattere polivalente, irriducibile a una sola chiave di lettura, non impedisce per altro verso di privilegiarne ora l'una ora l'altra interpretazione, in funzione del tipo di angolazione prospettica di volta in volta adottata. Non sorprende, così, che nella vastissima letteratura oggi disponibile – come del resto nel dibattito pubblico corrente, quale inscenato spesso in forme confuse se non caotiche nei media – coesistano più immagini e più rappresentazioni della criminalità mafiosa, utilizzate per enfatizzarne i tratti considerati di volta in volta più meritevoli di sottolineatura rispetto ad altri che si preferisce contingentemente trascurare (ma suscettibili di essere, appunto, rivalorizzati in altri momenti e contesti).

Di recente, nel tentare un consuntivo delle numerose ricerche che sono state fin qui condotte in ambito sociologico, v'è chi – alludo in particolare a Rocco Sciarrone – ha tracciato "una sorta di mappa cognitiva, con l'obiettivo di mettere in evidenza alcuni modi di leggere la questione mafiosa, che hanno effetti rilevanti sulla sua costruzione sociale, sul relativo dibattito pubblico e, di conseguenza, sulle soluzioni prospettate – anche in termini di *policy* – per risolverla"³. Questa mappa cognitiva sfocia nella individuazione di alcuni modelli principali di interpretazione, delineati in forma ideal-tipica, che concepiscono la mafia – rispettivamente – come: *gruppo di potere, burocrazia, comunità, sistema, impresa, rete*⁴. Ma lo stesso Sciarrone avverte che le interpretazioni correnti combinano profili diversi dei modelli predetti, per cui il campo di analisi della mafia appare caratterizzato da "una struttura circolare a forma di spirale": nel senso che le "diverse posizioni non sono né disposte lungo un *continuum*, né tra loro meramente contrapposte: sono piuttosto organizzate come in un cerchio e si combinano in forma variabile"⁵.

2. Ciò premesso, un ulteriore punto di importanza tutt'altro che secondaria (che non a caso costituisce anch'esso oggetto di diffusa condivisione tra gli studiosi, a prescindere dalla specifica angolazione visuale privilegiata) ha a che fare col rilievo attribuito alla interazione tra prospettiva *interna* e prospettiva *esterna*. Anche quei sociologi cioè che sono propensi a studiare la mafia 'dall'interno', focalizzando l'attenzione sui suoi codici simbolico-culturali o sulle sue strutture organizzative, sono in realtà ben lungi dal negare che essa si caratterizza nella sua specificità criminologica pure in ragione delle molteplici relazioni di tipo sistemico che intrattiene con diversi settori della società civile, della politica, dell'economia, del mondo delle professioni ecc.

Ecco che le formazioni criminali rientranti nel paradigma delle mafie 'classiche' tendono, di conseguenza, ad essere considerate forme *sui generis* di criminalità organizzata

³ SCIARRONE, *Introduzione alla nuova edizione di Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2009, XVII s.

⁴ SCIARRONE, *op. cit.*, XVIII ss.

⁵ SCIARRONE, *op. cit.*, XXI.

non solo perché si atteggiavano a soggetti politici per il fatto innanzitutto che esercitano il controllo sul territorio (contendendo allo Stato il monopolio sull'uso della forza): ma anche perché esse – come bene mette in evidenza il modello interpretativo della *rete* – dispongono di un “capitale sociale”, costituito da risorse ulteriori consistenti in relazioni con esponenti dei ceti dirigenti della società legale, iscritte nella logica dello scambio o della reciprocità di favori. In altri termini: i mafiosi agiscono – a seconda delle circostanze – da mediatori, patroni, protettori ecc. nell'ambito di strutture relazionali con altri soggetti, che essi strumentalizzano in vista degli obiettivi associativi, e che si rendono a loro volta disponibili ad azioni di sostegno per poterne ricavare vantaggi personali⁶.

Se a tutt'oggi si può dunque sostenere che la criminalità mafiosa trae risorse e alimento dall'esterno, quel che risulta confermata è la persistente rilevanza, anche sul versante delle strategie di contrasto, del fenomeno della contiguità c.d. compiacente: il che vuol dire che mantiene di conseguenza attualità, sullo specifico versante normativo-giudiziale, la tormentosa problematica del concorso esterno nel reato associativo⁷.

3. (Segue): possibili implicazioni penalistiche.

Dalle acquisizioni sociologiche sopra sintetizzate è possibile desumere indicazioni utili ai fini di un auspicabile perfezionamento degli strumenti penalistici di contrasto? L'interrogativo, in questa sede, tende a incentrarsi in particolare sul problema della rilevanza penale delle condotte contigue alle organizzazioni criminali, realizzate da soggetti esterni ad esse.

Orbene: perché, e in presenza di quali presupposti, le forme di contiguità meritano e necessitano di essere punite?

1. Quanto alla motivazione politico-criminale di fondo, relativa allo scopo ultimo della reazione penale, una risposta più che plausibile è fornita dalla stessa analisi sociologica della mafia: se questa è tale grazie non solo all'operato degli associati in senso stretto, ma anche alle forme di ausilio e cooperazione fornite dai soggetti ad essa contigui, esiste allora un uguale interesse pubblico a prevenire e reprimere le attività sia dei primi che dei secondi.

Non solo. Ma se, privilegiando il modello di spiegazione del fenomeno mafioso come rete di relazioni sociali, si pone una particolare enfasi sulla indispensabilità dei contributi dei fiancheggiatori appartenenti alle diverse cerchie della classe dirigente (o “borghesia mafiosa”), può apparire legittima anche questa ulteriore domanda: se le condotte dei sostenitori esterni non necessitano, in considerazione di una loro maggiore infungibilità e di una maggiore riprovevolezza etico-sociale, addirittura di un trattamento punitivo comparativamente più rigoroso di quello ricollegabile agli stessi associati di mafia

⁶ Cfr. di recente (oltre a SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit.) CATANZARO e SANTORO, *Pizzo e pizzini. Organizzazione e cultura nell'analisi della mafia*, in CATANZARO e SANTORO (a cura di), *Rapporto sulla società italiana*, Bologna, 2009, 196.

⁷ Per una ricostruzione storico-critica degli orientamenti via via emersi nello scenario dottrinale e giurisprudenziale rimane un punto di riferimento fondamentale, anche per l'ampiezza dei riscontri, il lavoro monografico di VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; cfr. altresì, per un'analisi critica degli sviluppi giurisprudenziali più recenti, FIANDACA, *La tormentata vicenda del concorso esterno*, in *Legislazione pen.*, 2003, 261 ss.; FIANDACA e VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss.; MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352 ss..

(specie quando si tratti di semplici “soldati”, con mansioni generiche e a carattere molto fungibile).

2. Comunque sia, una volta ribadita l'utilità preventivo-repressiva dell'attribuzione di rilevanza penale all'area della contiguità compiacente, non ogni problema è con ciò risolto. Come sappiamo, si ripropone la questione politicamente e tecnicamente più spinosa, sintetizzabile nella seguente alternativa: è opportuno continuare a ragionare in termini di cosiddetto concorso esterno, tentando di affinare sempre più – nel solco già tracciato da una meritoria giurisprudenza di legittimità – il modello di incriminazione vigente, derivante dalla combinazione tra la clausola generale di cui all'art. 110 c.p. e la fattispecie associativa di parte speciale? Oppure, è preferibile rimettere il bandolo della matassa nelle mani del legislatore, sollecitandolo ad adempiere finalmente il dovere politico-istituzionale – che in linea di principio gli compete – di precisare meglio in via legislativa i presupposti della contiguità punibile?

Nel riaffrontare oggi un simile dilemma⁸, la cui soluzione nell'uno o nell'altro senso prospetta rispettivi vantaggi e svantaggi da comparare, dovremmo però – com'è intuibile – aver chiara una premessa di partenza: dovremmo cioè preventivamente appurare – nei diversi e complementari ruoli di studiosi, uomini di cultura, magistrati, avvocati o semplici cittadini – se condividiamo una sorta di senso comune, uno stesso modo di vedere e di sentire rispetto al *tipo di disvalore* e al corrispondente *tipo di condotta* che ai nostri occhi dovrebbero legittimare l'incriminazione delle forme di contiguità. In altre parole: siamo tutti d'accordo su che cosa specificamente rimproveriamo ai concorrenti esterni, in modo da rendere ragione del fatto di volerli punire? È verosimile che una unanimità di vedute continui in proposito a mancare e sia, peraltro, non facilmente raggiungibile. Ne costituisce riprova la pluralità di voci e di accenti, che anche i lavori di questo convegno hanno fatto registrare.

Una cosa è certa, e merita di essere in questa sede rimarcata. La traduzione tecnico-giuridica del disvalore della contiguità punibile in termini di *contributo causale* ad un evento *sui generis*, che nell'ormai consolidato lessico giurisprudenziale viene indicato come “conservazione” o “rafforzamento” dell'organizzazione criminosa⁹, non costituisce affatto una strada obbligata: l'uso del paradigma eziologico è, piuttosto, una conseguenza derivante dall'adattamento della logica del modello vigente di concorso criminoso, declinata in generale (almeno secondo l'orientamento ancora prevalente) in chiave causale, anche all'illecito associativo. Se è così, nulla allora impedisce, ove si sia disposti *de jure condendo* a rompere i ponti con il modello causale del concorso, di esprimere il disvalore penale delle condotte contigue alla stregua di linguaggi penalistici diversi da quello della causalità. Tanto più che, come sappiamo, l'uso di tale linguaggio è ben lungi dall'approdare a risultati applicativi sempre appaganti (v. anche *infra*, 4).

Indicazioni utili ai fini della scelta di modelli di incriminazione alternativi potrebbero, forse, provenire dal sapere sociologico¹⁰. La cautela è, peraltro, dettata dalla difficoltà

⁸ In verità si tratta di un dilemma non nuovo, che nel corso dell'ultimo quindicennio è andato riproponendosi più volte, anche in coincidenza con il contingente esplodere di polemiche politico-giornalistiche: rispetto al recente passato cfr. FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, 1 ss.

⁹ Per osservazioni critiche in proposito cfr. FIANDACA e VISCONTI, *Il patto di scambio*, cit.

¹⁰ L'utilità delle ricerche sociologiche a carattere empirico, di competenza delle sociologie speciali (sociologia dell'organizzazione, sociologia della cultura, sociologia dei processi economici ecc.), anche in vista della elaborazione di efficaci strategie politico-sociali e di strumenti normativi di contrasto del fenomeno mafioso è ben evidenziata, tra altri, da LA SPINA, *La sociologia del fenomeno mafioso dopo il 2006*, in *Rassegna it.sociologia*, n.2/2009, 307 s.

di un diretto travaso di nozioni e categorie sociologiche in corrispondenti elementi di fattispecie giuridiche: difficoltà, questa, che emerge sul duplice piano della tipizzazione legislativa astratta e del riempimento ermeneutico dei concetti normativi a livello interpretativo-applicativo¹¹.

3. Ciò premesso, e pur con la consapevolezza dei necessari adattamenti, la ricerca di possibili ancoraggi sociologici potrebbe invero rivelarsi utile già ai fini della stessa distinzione di massima tra partecipi *interni* e sostenitori *esterni* dell'organizzazione criminale. A questo scopo interpellando, in primo luogo, la sociologia dell'organizzazione, la quale ha gli strumenti per approfondire lo studio delle strutture organizzative delle associazioni mafiose; almeno a livello potenziale, perché l'analisi della mafia in chiave di teoria dell'organizzazione costituisce un campo ancora in larga parte scoperto¹².

Che la mafia sia (anche) un'organizzazione, o un insieme di gruppi organizzati, che si prefigga obiettivi da raggiungere anche in termini di beni o servizi di tipo particolare (protezione, mediazione ecc.) da erogare, che fissi regole di appartenenza ecc., è una presa d'atto ovvia. Ma stabilire più in profondità e in dettaglio quali siano i modelli di conformazione organizzativa più adatti a rendere ragione dei suoi caratteri e delle sue logiche operative, non è impresa facile neppure per il sociologo.

Ad esempio, nel tentativo forse più compiuto di diagnosticare la conformazione organizzativa delle mafie attuali assimilabili al modello di Cosa Nostra siciliana, il sociologo Antonio La Spina ha pochi anni fa prospettato la tesi che l'associazione di stampo mafioso rientra nel modello delle organizzazioni professionali. Ciò perché i suoi membri (partecipi in senso stretto) necessiterebbero del possesso di determinate abilità o competenze o attitudini a carattere peculiare, riassumibili nel concetto di “tecnologia mafiosa”: con ciò intendendo alludere a un insieme di attitudini professionali quali abilità ed esperienza nell'esercizio dell'intimidazione e della violenza anche ai fini del racket, nonché capacità di orientarsi e risolvere problemi concreti non standardizzabili nelle situazioni più diverse. Accanto a questo nucleo duro di veri e propri professionisti mafiosi, si collocherebbero in posizione periferica i fiancheggiatori esterni (politici, professionisti ecc.), i quali si distinguerebbero dai primi per il possesso di più evolute e sofisticate competenze specialistiche¹³.

Un tale approccio di teoria dell'organizzazione sembra, a prima vista, promettente per cercare di arricchire la definizione normativa della genericissima ed esangue figura del “partecipe” (interno), lasciata finora dal legislatore italiano assai indeterminata e affidata, di conseguenza, ad un'attività di concretizzazione giurisprudenziale e dottrinale. Solo che, se un legislatore futuro provasse a farsi guidare da un concetto come quello di “tecnologia mafiosa” nel senso di cui sopra, l'obiettivo di definire con maggiore precisione la fisionomia normativa del partecipe punibile non sarebbe di fatto – contrariamente ad una prima apparenza – davvero raggiungibile: le attitudini professionali che integrerebbero tale tecnologia (cioè capacità di usare violenza o di risolvere problemi concreti e simili), a ben vedere, esibiscono a loro volta un tale grado di genericità e approssimazione, da renderne impossibile un adeguato travaso in corrispondenti elementi sufficientemente definiti di una fattispecie normativa.

¹¹ Di questa difficoltà si comincia a manifestare consapevolezza anche dal versante sociologico: cfr., per tutti, SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., XXXII ss.

¹² Cfr. CATANZARO e SANTORO, *Pizzo e pizzini*, cit., 175, nota 4.

¹³ LA SPINA, *Mafia, legalità debole e sviluppo del Mezzogiorno*, Bologna, 2005, 43 ss.

Una ennesima riprova, dunque, della difficoltà di tradurre i concetti sociologici in linguaggio giuridico-penale.

4. Ma tornando alla problematica del concorso esterno, che più interessa in questa sede, chiediamoci: che lezione possiamo trarre dalle analisi sociologiche svolte dal secondo Ottocento a oggi, in vista di una definizione normativa più appagante dei presupposti della contiguità punibile?

Adottando una prospettiva storico-sociologica di lungo periodo, emergono in effetti forme ricorrenti di relazione tra mafiosi e colletti bianchi (una sorta di “costanti” strutturali al di là delle contingenze) che, considerate nel loro nucleo essenziale comune, esprimono un significato sostanziale unitario; e tale significato – a sua volta – potrebbe stare alla base del giudizio di disvalore da porre a fondamento della qualificazione della contiguità in chiave di illecito penale. A guardar bene, una valenza in tal senso indiziante è attribuibile anche alla dimensione storico-linguistica, quale risulta dall’uso dei concetti e delle parole che lungo i decenni sono stati impiegati per indicare – appunto – le “relazioni pericolose” tra mafiosi ed esponenti delle classi dirigenti.

Invero, se consideriamo i documenti disponibili dalla seconda parte del secolo XIX a oggi (e parlando di “documenti” mi riferisco sia alla letteratura scientifica o divulgativa, sia ai testi letterari, sia ai provvedimenti giudiziari e di polizia ecc.), ci accorgiamo che i termini più spesso usati sono i seguenti: “protezione” e “manutengolismo”.

Protezione è termine che allude, in maniera facilmente comprensibile anche al grosso pubblico, al tipo di servizio che la mafia ha tradizionalmente preteso di assicurare nell’ambito della comunità sita in un determinato territorio. A tutt’oggi, com’è noto, una mafia come quella siciliana pretenderebbe di proteggere (nel senso di garantire sicurezza e fornire assistenza in caso di necessità) imprenditori, negozianti, proprietari terrieri, professionisti dai lauti guadagni ecc., nonché più in generale le persone considerate amiche per soccorrerle nelle imprevedibili situazioni di pericolo o bisogno che la vita prospetta; e, come corrispettivo dell’espletamento di questo presunto servizio di sicurezza, essa impone il pagamento del “pizzo” come una sorta di tassa. Ma questo sistema di protezione si uniforma da sempre al paradigma della reciprocità dei favori e, di conseguenza, funziona anche in senso inverso: le persone rispettate e protette dalla mafia, specie se professionalmente importanti e altolocate, sono cioè tenute a ricambiare la protezione, preoccupandosi a loro volta di sostenere, coprire e avvantaggiare le cosche mafiose e i loro singoli componenti. In proposito, vale la pena ricordare che Gaetano Mosca, il grande studioso palermitano inventore della scienza politica, conìò l’efficace espressione *mafia in guanti gialli* proprio per alludere al tipo di protezione che esponenti delle classi superiori accordano ai gruppi mafiosi.

A qualcosa di simile al “contratto di protezione” faceva in verità riferimento anche l’altro termine *manutengolismo*: esso, più precisamente, evoca in modo più diretto l’insieme delle prestazioni che i colletti bianchi ottocenteschi e primo-novecenteschi espletavano a favore dei mafiosi, dai quali erano a loro volta protetti. Come osserva lo storico Salvatore Lupo nella sua ormai diffusissima *Storia della mafia*, “ciò che nelle discussioni otto-novecentesche veniva chiamato manutengolismo, oggi si dice contiguità, con la medesima significativa indeterminatezza del termine”.

Orbene, volendo trarre da questi pur sommari richiami storico-sociologici e linguistici indicazioni sul modo di concepire il senso, e il correlativo disvalore penale, della contiguità compiacente, direi: quel che rende detta contiguità in primo luogo censurabile sotto un profilo etico-politico, e al tempo stesso socialmente dannosa nella prospettiva più specifica del diritto penale, è la logica ad essa sottesa di uno scambio strumentale di prestazioni vantaggiose: scambio strumentale che finisce col fungere da supporto sistemico

delle organizzazioni mafiose, le quali in tal modo beneficiano di risorse aggiuntive di fonte esterna necessarie per lo svolgimento o utili per il potenziamento e l’espansione delle attività criminali.

Tutto ciò premesso, andrebbe a mio giudizio saggiata la possibilità di assumere il paradigma del contratto di protezione a criterio ispiratore di nuovi modelli di definizione normativa del concorso esterno. Prima di avanzare qualche idea in proposito, è però opportuno spendere qualche parola di più sui limiti dell’attuale gestione giurisprudenziale dei casi di contiguità alla stregua del modello del concorso criminoso.

4. *Limiti dell’attuale elaborazione giurisprudenziale del concorso esterno.*

Segnalare i limiti dello stato dell’arte giurisprudenziale non vuol dire – sia chiaro – disconoscere il notevole impegno profuso dalla Cassazione in tema di concorso esterno, né i passi avanti da essa via via compiuti per tentare di tassativizzare per via ermeneutico-ricostruttiva, mediante la elaborazione di casi “tipologici” (quali patto di scambio politico-mafioso e cosiddetto aggiustamento di processi), i vuoti lasciati aperti dal meccanismo normativo in atto disponibile per sanzionare le condotte contigue.

Rinviando a quanto osservato più in dettaglio in altra sede sulla progressiva evoluzione della giurisprudenza, e su meriti e limiti della importante pronuncia a sezioni unite Mannino del luglio 2005, la quale segna la tappa finora più avanzata¹⁴, di una cosa bisogna oggi prendere atto non senza preoccupazione: del fatto poco tranquillizzante, cioè, che la giurisprudenza successiva al 2005 mostra in realtà di fare molta fatica – al di là di retoriche dichiarazioni d’intenti – ad osservare effettivamente l’ elevato rigore epistemico, di ispirazione garantista, che la suddetta sentenza Mannino avrebbe voluto imporre ai fini dell’ accertamento probatorio (con angolazione *ex post*) della reale efficacia causale dei contributi recati dai concorrenti esterni. Sicché, di fronte alla obiettiva difficoltà di esaudire le pretese epistemiche del modello di accertamento additato dalle sezioni unite, l’impiego del paradigma causale ad opera dei giudici di merito (e, successivamente, in sede di vaglio da parte delle sezioni semplici della Cassazione) ha finito col subire una notevole *flessibilizzazione* applicativa: sino al punto di ridursi a una sorta di espediente retorico che maschera, più di quanto non riveli, le vere *rationes* decisorie¹⁵.

Pertanto, non sorprende il rilievo critico di chi lamenta che “si è venuta a determinare, nella giurisprudenza di legittimità, una situazione di pericolosa confusione interpretativo/applicativa, che rasenta livelli di anarchia ermeneutica”¹⁶.

5. *Prospettive di tipizzazione normativa espressa della contiguità punibile.*

Il sentimento di insoddisfazione rispetto alla gestione giudiziale complessiva del concorso esterno, a dispetto dei notevoli sforzi compiuti dalla Cassazione riunita, ripropone dunque in termini stringenti l’esigenza di percorrere possibili strade alternative.

¹⁴ Pubblicata in *Foro it.*, 2006, II, 86 con ampia nota di richiami e con commento di FIANDACA e VISCONTI, *Il patto di scambio*, cit., cui si fa rinvio.

¹⁵ Per una puntuale analisi delle pronunce giurisprudenziali più significative del periodo successivo alla sentenza Mannino cfr. MAIELLO, *Concorso esterno*, cit., 1360 ss.

¹⁶ MAIELLO, *op. cit.*, 1363 s.

1. In effetti, che la crisi di certezza del concorso esterno testimoni in fondo la inidoneità del modello di illecito causalmente orientato a consentire risultati applicativi appaganti, è una diagnosi che trova oggi in dottrina più di un sostenitore. Con particolare riferimento al settore della criminalità collettiva (mafiosa e non), caratterizzata da complessi rapporti di interazione personale tra numerosi soggetti, non mancano invero voci che da qualche tempo suggeriscono l'abbandono del tradizionale paradigma causale per sostituirlo con criteri di imputazione più adatti alla logica di funzionamento – appunto – delle organizzazioni pluripersonali. Emblematica in proposito la posizione di Salvatore Aleo, il quale non si stanca di ribadire con enfasi la suggestione teorica a lui cara di riconcettualizzare la problematica della contiguità alla stregua di criteri tipici della teoria dell'organizzazione: suggerendo in particolare di considerare fiancheggiatore punibile il soggetto che fornisce un contributo funzionale, di rilevanza apprezzabile, all'associazione criminale o alle sue attività¹⁷. E vi è chi, come Giovannangelo De Francesco, in maniera sostanzialmente analoga (ma un po' meno generica) identifica il fiancheggiatore nel soggetto che fornisce un contributo funzionalmente significativo, idoneo *ex ante* a incrementare le risorse di cui l'organizzazione criminale dispone per perseguire un suo scopo o realizzare una sua attività¹⁸.

Senonché questo tipo di approccio, lungi dal riuscire a prospettare una migliore soluzione del problema, finisce in realtà col trasferirlo in un ambito concettuale non meno problematico – a ben guardare – di quello della causalità. Le teorie sociologiche dell'organizzazione infatti, oltre a delinearne – come abbiamo precedentemente rilevato – una molteplicità di modelli teorici differenziati, non sono concepite allo scopo precipuo di soddisfare la esigenza specifica del diritto penale, di distinguere cioè tra contributi (funzionali) punibili e contributi (non funzionali) leciti. D'altra parte, non può essere considerato compito della sociologia dell'organizzazione come tale formulare quei giudizi di disvalore in un'ottica preventivo/repressiva, che costituiscono ineliminabile parte integrante delle valutazioni di dannosità sociale sottese alle scelte normative di incriminazione.

Comunque sia, limitarsi a definire punibile ogni contributo “funzionale” ad un'organizzazione criminale non offrirebbe, al cittadino interessato a distinguere in anticipo tra lecito e illecito, un criterio di orientamento più certo e affidabile di quanto non riesca a fare l'attuale concezione causale del concorso esterno.

2. Allo scopo di potenziare la capacità di informazione e orientamento della legge penale, un legislatore disposto a ripulmare il volto del concorso esterno dovrebbe, come primo impegno, sforzarsi di usare un linguaggio semplice e il più possibile comprensibile anche dai non addetti ai lavori. Proprio in questa prospettiva di semplificazione comunicativa, è da prendere in considerazione la possibilità di valorizzare *de jure condendo* quei concetti e termini linguistici che – come si è visto in precedenza – una tradizione risalente tende a ricollegare al fenomeno della contiguità. Potrebbe cioè valere la pena verificare se concetti come proteggere, favorire o agevolare, avvantaggiare e simili si prestino a riscrivere l'odierno concorso esterno in forma di fattispecie di parte speciale espressamente tipizzata, così da rendere il significato dell'incriminazione più facilmente accessibile al senso comune.

Personalmente, avvertirei in particolare la suggestione di tentativi volti a costruire nuove ipotesi di disciplina in base al paradigma del contratto di protezione, concepito co-

¹⁷ Per la tesi in questione cfr. già ALEO, *Il sistema penale*, Milano, 2005, 471.

¹⁸ DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in questo volume.

me scambio di prestazioni vantaggiose. Per rimanere meno nel vago, un primo abbozzo normativo potrebbe essere esemplificato all'incirca così: “*Chiunque, strumentalizzando una pubblica funzione o un pubblico servizio, ovvero eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un'attività politica, economica, professionale o di altra natura, opera a vantaggio di un'associazione criminale, in cambio di vantaggi ingiusti per sé o per altri, è punito...*”.

Certo, si tratta di una esemplificazione molto approssimativa, che lascia impregiudicata la possibilità (e la necessità) di formulare proposte normative più ponderate e compiute. Pur con questi limiti, segnalo che un'ipotesi di tipizzazione come quella di cui sopra si farebbe carico – oltre che di evitare il ricorso al paradigma causale – di due esigenze. Da un lato, esplicitando che il fiancheggiatore deve agire strumentalizzando il ruolo ricoperto o eccedendo i limiti del legittimo esercizio della attività svolta, si persegue l'obiettivo politico-criminale di avvertire sin da subito l'interprete che esulano dall'area della punibilità le cosiddette “azioni neutrali”, cioè corrispondenti in ogni caso all'adempimento di funzioni istituzionali doverose o all'esercizio di attività professionali giuridicamente autorizzate¹⁹. Dall'altro lato, la menzione come esplicito elemento di fattispecie anche dei vantaggi, che l'estraneo a sua volta ricava in contropartita del suo sostegno all'organizzazione criminale, ha come obiettivo di segnalare che non è punibile chi opera a vantaggio dell'organizzazione criminale non già per complicità interessata, cioè funzionale al perseguimento di vantaggi o benefici indebiti, bensì perché vittima dell'intimidazione mafiosa. Il riferimento alla prospettiva del vantaggio costituisce, verosimilmente, un indicatore oggettivo della complicità punibile più sicuro e affidabile rispetto al ricorso a evanescenti criteri psicologici di distinzione tra collusi e vittime²⁰.

¹⁹ Cfr., nell'ambito della penalistica italiana, VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 477 ss.; più di recente, BIANCHI, *Azioni “neutrali” e responsabilità penale: un inquadramento istituzionale*, in *ius17unibo.it*, n.2/2009, 451 ss.

²⁰ Per un ampio quadro comparatistico delle diverse tecniche normative utilizzate in altri ordinamenti per sanzionare le condotte di fiancheggiamento, nonché per la prospettazione di una ben meditata proposta di tipizzazione legislativa che incentri la punibilità del concorre esterno sull'“*adoperarsi per avvantaggiare*” l'associazione mafiosa cfr. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 433 ss., 483 ss.; ID. *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile) riforma “intelligente”*, in questo volume.