

La pubblicazione nella nostra Rivista dello scritto che segue, il quale riproduce la relazione tenuta a Napoli in occasione del Convegno in memoria di Vincenzo Patalano (10 – 11.6. 2016) avente come titolo “Principi e prassi del diritto penale”, è dovuta (nelle intenzioni dell’autore, di cui lo scritto medesimo vorrebbe farsi interprete) anche all’avvertita necessità di offrire una visione più equilibrata del contributo proveniente dalle molteplici istanze chiamate a confrontarsi con le tematiche più controverse della nostra disciplina: nella consapevolezza che l’eventuale mancanza di soluzioni soddisfacenti non autorizza ad ‘imputarne’ senz’altro l’origine ad una crassa inettitudine del legislatore od a (più o meno ‘calcolate’) distorsioni della prassi, potendo ben accadere che la materia – date le sue particolari difficoltà – meriti ulteriori approfondimenti sul piano sistematico e un maggior impegno nel valutarne le implicazioni. L’auspicio, in definitiva, è soprattutto quello che si possa arrivare - in questo e in altri settori - a dialogare (ce ne fornisce un esempio luminoso la scelta recentissima della Consulta nel caso Taricco), senza lasciarsi condizionare da soluzioni preconcepite, le quali rischiano di offuscare, talvolta sotto l’influenza di uno spirito ‘di parte’ di non elevato profilo, una lettura aperta e lungimirante dei termini reali del problema.

IL CONCORSO ESTERNO IN BILICO TRA PRETESE GARANTISTICHE E RICERCA DI UN PERCORSO RAZIONALE

di Giovannangelo De Francesco

(Professore ordinario di diritto penale nell’Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. Su alcuni equivoci alla base della vicenda *Contrada*: tra legalità e prevedibilità del giudizio. – 2. Il concorso di persone nella morsa di due “dogmi”, e un possibile scenario alternativo. – 3. L’associazione come proiezione teleologica delle condotte, ed i rapporti tra queste e il concorso esterno. Su di una recente critica alla rilevanza penale di quest’ultimo. – 4. Importanza politico-criminale della figura alla luce delle molteplici esigenze emergenti. L’ombra inquietante delle “misure di prevenzione”. – 5. L’anacronismo delle dispute sui “reati di associazione” a confronto con ipotesi meno “strutturate” di attività criminale: una rilegittimazione *a fortiori* di condotte diverse da quelle associative.

1. Inizierò queste mie considerazioni muovendo dal punto di vista accolto nella recente sentenza europea sul caso *Contrada* con riguardo ai termini di rilevanza del concorso esterno in associazione mafiosa.

Ebbene: diversamente da quanto detta pronuncia lascia presupporre, legalità e prevedibilità del divieto non solo non si identificano, ma si prestano a dar vita a situazioni potenzialmente antitetiche. Si può ben ipotizzare che una condotta venga giuridicamente riprovata, senza che se ne possa concretamente riconoscere la rilevanza, e viceversa. La legalità è un ‘imperativo di sistema’; è una garanzia di

libertà come principio supremo della dialettica individuo-autorità, e non inerisce, dunque, in quanto tale, alla possibilità di cogliere *eo ipso* la dimensione illecita della condotta concretamente realizzata.

Il richiamo – oggi sempre più frequente – al c.d. diritto giurisprudenziale rischia, d'altronde, di confondere le carte in una misura ancor più preoccupante. Un certo *trend* della giurisprudenza può essere altamente prevedibile (come la ben nota tendenza di un tempo a riportare, in tema di corruzione, l' "atto dell' ufficio" al più elastico parametro della "funzione", sì da evitare la determinazione precisa di quell' "atto"), ma, nello stesso tempo, distante dalla previsione normativa. Mentre, quest'ultima esige che il sistema penale contempli il comportamento punibile, a prescindere dal quesito, da risolversi a livello di colpevolezza, se il soggetto fosse stato effettivamente nelle condizioni di valutarne l'illiceità. I contrasti interpretativi, d'altronde, non realizzano, di per se stessi, una violazione della garanzia della legalità. Osserva in proposito, e con pieno fondamento, Francesco Palazzo, come eventuali incertezze sul piano ermeneutico non conducano, in quanto tali, ad "escludere la legalità di una condanna", dal momento che, a voler ritenere diversamente, si giungerebbe ad impedire "qualsiasi processo di concretizzazione" ad opera della giurisprudenza, "in palese contraddizione con lo stesso assunto della legalità europea secondo il quale alla produzione del diritto" dovrebbe appunto contribuire anche l'evolversi incessante della c.d. *law in action*.

Appena due parole, in aggiunta a simili rilievi, circa le prospettive collegate ad un'eventuale incostituzionalità per violazione del principio di irretroattività relativamente ad un mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Invero, com'è stato osservato, la consacrazione, implicita in un simile ottica, della giurisprudenza tra le 'fonti del diritto' verrebbe a confliggere con la stessa barriera frapposta dalla Corte costituzionale nella fondamentale pronuncia n. 230 del 2012; una pronuncia ben ferma nel rivendicare il paradigma della legalità parlamentare, e nell'escludere, di conseguenza, la possibilità di affiancare alla fonte-legge le soluzioni elaborate dalla prassi.

Sarò forse troppo legato agli schemi, ma mi viene in soccorso chi sicuramente non lo è, come Domenico Pulitanò, quando osserva che "un ipotetico vincolo al precedente rischierebbe di rafforzare indirizzi" che pur appaiano giuridicamente contestabili, e soprattutto di «indebolire la dignità e libertà del discorso ermeneutico di tutti (giudici e parti) in ciascun contesto di discussione. Un mutamento di paradigma di dubbia compatibilità», in ultima analisi, con lo stesso art. 101 Cost. D'altra parte, anche Roberto Bartoli, in un recente ed acuto saggio dedicato alla materia, riconosce, bensì, che un mutamento giurisprudenziale sfavorevole non dovrebbe operare retroattivamente, ma fa salva, tuttavia, l'ipotesi – corrispondente al caso Contrada – in cui non si tratti di un *revirement* interpretativo assolutamente nuovo ed 'imprevedibile', quanto piuttosto di una 'stabilizzazione' giurisprudenziale di fronte ad un contrasto tra opposti orientamenti, dal momento che, di fronte ad «un ordinamento ancora incapace di fornire una comunicazione univoca», sarebbe consigliabile operasse l'art. 5 Cp – innovato dalla Corte costituzionale con la famosa sentenza del 1988 – e dunque, eventualmente, un'assoluzione fondata sulla sola mancanza di colpevolezza.

2. Mi domanderete a questo punto: che fare, con il concorso esterno? Vincenzo Maiello ha recentemente riproposto la necessità di una riforma legislativa. Anch'io concordo, ma con alcune riserve. E provocatoriamente mi chiedo e vi chiedo: i problemi nascono dall'art. 110 Cp, dall'eccessiva latitudine delle fattispecie associative, o da entrambi i contesti normativi?

Ebbene – ad onta della comune opinione secondo cui entrambi i settori meriterebbero un intervento *ad hoc* – sarei propenso a ritenere che quest'ultimo debba interessare, tutt'al più, le figure associative, e non tanto, ed almeno per ora, la disciplina generale del concorso. Il mio atteggiamento potrebbe forse suonare anacronistico, ma non può dimenticarsi – né possono farlo, soprattutto, coloro che affrontano il problema *cognita causa* – che il tentativo di tipizzare le forme di partecipazione è naufragato, sotto il vigore del Codice Zanardelli, di fronte alle enormi incertezze circa la qualificazione delle condotte concorsuali. Ed anche in un ordinamento, come quello tedesco, dove si operano espressi richiami alle singole ipotesi di concorso, si assiste da tempo alla presenza di dissensi profondi (*in primis*, nei rapporti tra dottrina e giurisprudenza), circa la definizione del concetto di “complicità”, come pure in ordine ai termini di rilevanza dell’ “istigazione”.

Invero, proprio a tale proposito, è interessante osservare come non siano in pochi, specialmente con riguardo a quest'ultima, ad approvare (proprio) la scelta di astenersi dall'indicazione di specifiche modalità dell'istigazione, al fine di poter attribuire rilievo alla inesauribile varietà dei casi concreti in cui si manifesta il fenomeno concorsuale. Infine, è il caso di ricordare come nella pratica individuazione dei ‘nessi’ con il fatto in concorso, si ricorra (non solo nel nostro, ma anche) in altri sistemi, all'utilizzazione di quel paradigma ‘causale’ – per giunta non di rado manipolato e ‘sfigurato’ nei suoi connotati, con l'effetto di smarrirne l'originario rigore selettivo – che, malgrado la singolare fiducia in esso riposta anche da parte della migliore dottrina, ha registrato, nel settore in esame, un clamoroso fallimento, sia in termini di efficacia, che sotto il profilo garantistico.

In realtà, come si è rilevato anche in altra sede, è necessario evitare – in questa materia – che si continui a prestare osservanza a due ‘dogmi’, per nulla meritevoli di un simile riconoscimento: la ‘specificazione’ delle forme di concorso, da un lato, la loro dimensione ‘causale’, dall'altro. Il primo è contraddetto dalla radicale impossibilità di circoscrivere *ex ante* le modalità della partecipazione, il secondo risulta smentito dalla stessa esperienza maturata finora, la quale ne ha portato ad evidenza, ora (ma impropriamente, come presto diremo) l'eccessiva rigidità, ed ora, nel tentativo di superare tale rigore, il rischio di snaturarne la fisionomia grazie al riconoscimento del (preteso) nesso causale ben oltre i confini del suo paradigma esplicativo.

Un breve *excursus* – a partire dalle stesse ipotesi ‘di scuola’ comunemente utilizzate – può rivelarsi utile ad impostare correttamente il problema. Si pensi a quella tipologia di fenomeni che vengono sovente prospettati allo scopo di mostrare il carattere eccessivamente ‘restrittivo’ della teoria causale-condizionalistica. Anzitutto, l'esempio ‘classico’ del soggetto che faccia da ‘palo’ in occasione di una

rapina: siffatto contributo – si è detto – non parrebbe tale da ‘condizionare’ necessariamente il fatto, nella misura in cui la rapina potesse essere portata a compimento anche a prescindere da un simile contributo (magari, perché i rapinatori, date le caratteristiche del luogo, erano nella condizione di ‘avvistare’ per tempo determinati ‘pericoli’, regolandosi di conseguenza). Ma si pensi, altresì, al caso di colui che abbia fornito ad un terzo una chiave contraffatta, quando sarebbe stato possibile aprire la porta del locale dove si trovava la cosa con una semplice spinta; pure qui, anche in mancanza dello strumento messo a disposizione dal complice, il furto avrebbe potuto essere ugualmente realizzato. Ancora, si supponga che Tizio abbia fornito a Caio un’informazione utile per venire a conoscenza del contenuto di un segreto, conoscenza che Caio avrebbe potuto acquisire sol che avesse letto il relativo documento in copia lasciato sulla scrivania (facilmente accessibile) del titolare del segreto.

Allo scopo di giustificare, anche in situazioni del genere, la rilevanza del concorso, un settore qualificato della dottrina ha rimarcato, peraltro, l’esigenza che il nesso di causalità – concepito pur sempre in termini ‘condizionalistici’ - non potendo essere valutato in una dimensione ‘ipotetica’, debba venire stimato in relazione all’accadimento ‘così come concretamente verificatosi’; così, la presenza del palo, stando ad una simile opinione, sarebbe pur sempre ‘causale’ rispetto al fatto, avendo questo concretamente incluso anche l’apporto di tale soggetto; e parimenti, l’uso della chiave o dell’informazione (negli altri esempi proposti) renderebbe possibile affermare che, in mancanza dei relativi contributi, l’illecito non si sarebbe realizzato con quelle specifiche modalità esecutive.

Tali conclusioni lasciano tuttavia francamente insoddisfatti. Anzitutto, esse hanno, se così si può dire, il sapore dell’ovvio – ma non per questo del vero -; è ovvio, ad es., che il palo ha influito sulle modalità concrete del fatto: ma è altrettanto evidente che quelle modalità andranno allora a coincidere con la stessa condotta propria del soggetto in questione, nel senso che questa verrà, tautologicamente, ad integrare un connotato essenziale di quel medesimo fatto che, lungi dal rappresentarne una proiezione causale, per definizione la ricomprende! E lo stesso dovrà ripetersi, *mutatis mutandis*, per le altre due ipotesi poco sopra delineate.

Più a fondo, deve osservarsi come il vizio fondamentale dell’intera costruzione risieda nella circostanza che le c.d. modalità concrete dell’episodio non attengono, nelle ipotesi, considerate, al ‘fatto tipico’ del reato rispetto al quale dovrebbe valutarsi il concorso (la sottrazione e l’impossessamento nel furto, l’utilizzazione del segreto documentale, etc.); di modo che, nel momento in cui si pretenda di stabilire se esse abbiano ‘condizionato’ la realizzazione del fatto, è giocoforza riconoscere che il quesito potrebbe avere un senso soltanto accertando se quest’ultimo si sarebbe o meno verificato a prescindere dalla condotta del compartecipe; solo in questo modo, per vero, potrebbe emergere la distinzione tra tale condotta ed il fatto medesimo, sì da rendere logicamente prospettabile la ricerca di un nesso ‘causale’ tra l’una e l’altro.

Purtroppo, anche una simile prospettiva non può tuttavia essere seguita; dovendosi, questa volta, convenire con la stessa dottrina in esame, quando essa sottolinea l’inammissibilità di giudizi causali di tipo ‘ipotetico’, e dunque anche di

quello che dovrebbe formularsi negli esempi proposti. Non è corretto, insomma, è opportuno ribadirlo, domandarsi se, in ipotesi, anche in assenza di un determinato contributo, il fatto si sarebbe verificato, per la ragione preminente che tale quesito verrebbe ad introdurre, in luogo dell'accaduto, una vicenda che non si è realizzata, in contrasto con il carattere 'reale' ed 'attuale' della verifica richiesta ai fini del riconoscimento della causalità.

D'altra parte, le osservazioni che precedono trovano una definitiva conferma nella circostanza che nei rapporti tra condotte umane (come si verifica, per definizione, nelle dinamiche di tipo concorsuale) non ha alcun senso – né d'altronde è possibile – cogliere la portata del fenomeno alla luce di una 'legge scientifica di copertura' su cui modellare l'indagine sul piano causale, per l'ottima ragione che questa può inerire, per l'appunto, esclusivamente alla spiegazione di un evento.

Exempla docent: non vi è alcuna possibilità di rifarsi a leggi del genere nel definire i rapporti tra il concorso in una rapina e la sua realizzazione: è soltanto la 'decisione' di attuare il programma corrispondente – e non già il meccanico succedersi di fenomeni naturali – che potrà tradurre nei fatti la rilevanza delle condotte dinamicamente protese verso l'illecito da realizzare. Non vi sono percorsi eziologici da indagare – 'ridescrivendoli' alla stregua di un paradigma 'nomologico' – nel loro dipanarsi in direzione di un evento: si tratta invece di stabilire – al di fuori di un qualsiasi schema condizionalistico di 'se-allora' – se in quel caso particolare i contributi prestati siano stati concretamente utilizzati per commettere il delitto.

Insomma: prescindendo da qualsiasi valutazione in termini eziologici, ci si dovrà concentrare unicamente sulla circostanza che dell'apporto concorsuale ci si sia 'serviti' nella perpetrazione dell'illecito: nella relazione tra comportamenti umani – e non più tra una condotta e un puro accadimento naturalistico – la chiave di volta non può che essere rappresentata dal carattere *strumentale* del contributo, in virtù della scelta di avvalersi appunto di quest'ultimo (ad es., quello consistente nel fornire mezzi, informazioni, suggerimenti 'strategici', e così via dicendo) di altri soggetti, finalizzandolo al perseguimento di certi obiettivi (od, in caso di fatti colposi, tenendone comunque conto nell'orientare le iniziative da cui è scaturita l'offesa).

3. Muovendo dalle premesse or ora delineate, non sembra allora difficile 'trasporne' i contenuti anche all'interno della problematica del concorso nei reati associativi. Al proposito, è necessario, tuttavia, procedere ad una chiarificazione di fondamentale importanza.

Diversamente da quanto più o meno esplicitamente sostenuto, l'associazione non ha nulla a spartire con una dimensione strutturale declinabile in termini di 'evento'. E ciò, non soltanto perché – come osservato da Fiandaca e Visconti – l'associazione, alla quale dovrebbe riferirsi il nesso causale, risulta già esistente, e del resto di un ipotetico evento consistente nel 'rafforzamento' o nella 'conservazione' dell'organismo illecito non v'è traccia nel modello legale- : simili circostanze rappresentano, semmai, degli elementi 'indiziari' atti a porre in dubbio la plausibilità della tesi, senza tuttavia riuscire a dimostrarne (al di là dei "limiti linguistici" della norma, per dirla con gli stessi Autori) l'incompatibilità radicale – e vorremmo quasi

dire 'ontologica' - con la figura del reato associativo. Ad apparire decisivo risulta, piuttosto, il dato di fondo che l'associazione, in quanto fenomeno anteriore alla commissione di delitti, si coglie in relazione agli scopi che la caratterizzano e alla finalizzazione delle condotte di cui essa consta - così come alla loro adeguatezza - ad attuare (in forma reiterata) il programma prestabilito. In altri termini, il fatto associativo deve essere inteso e concepito - non già nei termini di una mera 'entità' naturalistica *sub specie* di 'evento' - bensì sotto il profilo dinamico del perseguimento sistematico di una finalità criminosa, essendo appunto questa, in una con la dimensione strumentale delle condotte rivolte (e capaci) a realizzarla, a conferire rilevanza ad una siffatto insieme di ruoli funzionalmente connessi al progetto concordato.

Ragionando in questa prospettiva, il contributo 'esterno' consistente nel corrispondere determinate 'utilità' ad un'associazione mafiosa dovrà dunque risultare strumentale al riconoscimento da parte degli associati della possibilità di servirsene in relazione ai propri programmi; invero, nella misura in cui costoro abbiano richiesto od accettato quell'utilità, sarà appunto riscontrabile la funzionalità di detto contributo a costituire, a sua volta, 'strumento' per la realizzazione degli obiettivi perseguiti, con la precisazione - è opportuno ribadirlo - che tale destinazione dovrà essere valutata, rispetto a questi ultimi, in una dimensione *ex ante*, non essendo necessario (come anche importanti studiosi d' Oltralpe hanno rimarcato) che essi siano stati, poi, concretamente coltivati od attuati.

Contro l'ammissibilità del concorso esterno - sia nell'ottica sinora delineata, sia alla stregua di altre impostazioni - si è da ultimo pronunciato Massimo Donini. Secondo l'Autore, la figura in questione mancherebbe di 'tipicità', in quanto, a fronte della scelta normativa volta ad individuare posizioni 'differenziate' quanto ai contributi 'interni' (capo, organizzatore, partecipe, etc.), l'apporto dell' 'esterno' risulterebbe invece carente di base legale. Per potersi avere quest'ultima, sarebbe invero necessaria, sulla scia dell'esperienza tedesca, una previsione *ad hoc* (per giunta, in detto ordinamento, affiancata, secondo una logica paritaria, alle condotte dei membri del sodalizio, escludendo la rilevanza delle norme generali sul concorso), in grado di colpire la relazione del concorrente eventuale con l'"associazione tutta intera", risultando d'altronde problematica (come pur si dovrebbe, giusta i principi) l'idea di selezionarne l'apporto con riguardo ai 'singoli' ruoli (partecipe, organizzatore, etc.) costitutivi del reato, come appare confermato dalla stessa prassi applicativa; la quale, per l'appunto, all'interno del nostro sistema, giunge a riferire il concorso all'intera associazione, sia pur sottoponendolo alla pena della semplice partecipazione, malgrado la fattispecie normativa non offra indicazioni in merito all'esigenza di riferirsi a tale 'titolo' di condotta associativa.

Orbene, deve riconoscersi come la tesi in esame venga ad affinare ulteriormente gli argomenti propri di coloro che affermano da tempo la necessità di procedere ad una 'codificazione' della figura del concorrente esterno: includendo, peraltro, tra costoro, non soltanto chi si oppone, *de lege lata*, alla stessa ammissibilità di tale forma di partecipazione, ma anche chi - come pure chi scrive - si è dichiarato favorevole ad un intervento normativo in grado di rendere maggiormente definiti i

contenuti e la rilevanza di un simile fenomeno di ‘contiguità’ e di ‘sostegno’ (per dirla con la formula del § 129 Cp tedesco) nei confronti dell’associazione delittuosa.

E tuttavia, a noi sembra che le osservazioni svolte non appaiano decisive per smentire la rilevanza di tale ipotesi di concorso nel reato associativo. Pur lasciando da parte il rilievo secondo il quale la configurabilità di un concorso in un reato plurisoggettivo deve ritenersi senz’altro ammissibile (quand’anche risulti difficile l’individuare i ‘nessi’ con le condotte rilevanti, come accade, ad es., nella fattispecie di concussione), non pare, in effetti, che i problemi (*in primis*, quello della ‘legalità’) collegati al suo rapporto con i ‘titoli’ delittuosi espressamente previsti si rivelino del tutto insuperabili. Ad evitare equivoci, è appena il caso di avvertire come le obiezioni della dottrina (non solo di quella or ora ricordata, ma anche di altre soluzioni volte a negare il concorso) non potrebbero comunque fondarsi sull’eventuale difficoltà di identificare la specifica condotta del partecipe ‘interno’ cui verrà ad accedere il contributo dell’ *extraneus* ; se tale previo riconoscimento costituisse una condizione necessaria della partecipazione – ha osservato Tullio Padovani – ciò vorrebbe dire che, in materia di concorso punibile, “navigheremmo ancora nella notte dei tempi”.

Ma non si tratta solo di questo. Si potrebbe anzitutto osservare come, nell’ordinamento tedesco, venga sovente addotta, a giustificazione della scelta operata, la difficoltà di predicare (in base alle regole generali) una partecipazione ad un fenomeno ‘preparatorio’ quale l’associazione; una preoccupazione che potrebbe forse risultare non del tutto peregrina, ma che non sembra tuttavia coincidere con le basi concettuali e politico-criminali della ricostruzione in chiave comparatistica ora illustrata. D’altronde, una siffatta ricostruzione insiste sul fatto che la scelta di una “cornice di pena unitaria” estesa al concorrente esterno non poteva non implicare un’eccezione – come tale da prevedere in forma esplicita - alle regole di parte generale fondate sulla distinzione delle figure di concorso; ma, se questo era l’intento, si potrebbe allora far notare com’esso avesse di mira in via prioritaria il regime sul piano sanzionatorio, non potendo invece escludersi che il concorso (esterno) fosse pur sempre da ritenersi ammissibile.

Né, d’altra parte, si rivela adeguata la considerazione, riferita al nostro sistema, in base alla quale forme espresse di partecipazione – quali quella del “finanziatore” – risultano previste in talune fattispecie associative - tra cui l’art. 270-bis Cp in materia di terrorismo - a dimostrazione dell’esigenza ineludibile di ‘tipizzare’ determinati contributi; niente esclude – ma anzi, vi sono buone ragioni per supporre - che una simile scelta sia stata, ancora una volta, suggerita da valutazioni inerenti al trattamento sanzionatorio, sul presupposto che in certi ambiti una simile attività di finanziamento presenti un disvalore particolarmente accentuato, come tale meritevole di venire equiparato al livello delle pene stabilite per i partecipi ‘qualificati’. Per non parlare, poi, del fatto che – come si è giustamente notato (e come si avrà modo di ribadire tra breve) – la condotta in questione si pone in un contesto di progressivo assottigliamento del carattere rigidamente ‘monolitico’ e del tutto autonomo dei fenomeni a carattere associativo, rivelando per ciò stesso, e sia pure indirettamente, una crisi (o comunque, un’attenuazione) delle logiche differenziali tra partecipi interni ed esterni.

In secondo luogo – ed è questo un aspetto di ancor maggiore importanza sotto il profilo sistematico – deve osservarsi come il richiamo, ad opera della nostra giurisprudenza, alla disciplina sancita per la condotta di ‘partecipazione’ (richiamo sempre più spesso censurato dagli avversari del concorso esterno, che ne sottolineano l’arbitrarietà) non sembra del tutto privo di una sua ragionevole giustificazione. Il fatto è che, in ogni caso, le condotte dei soggetti intranei rispetto alle quali poter stimare un concorso sono tutte proprie di ‘partecipanti’ all’associazione. Se il soggetto che ‘costituisce’ un’associazione potrebbe, poi, non divenirne partecipe e parimenti potrebbe astenersi il ‘promotore’ della stessa, certo è, viceversa, che i dirigenti (o capi) nonché chi provveda ad organizzarla sono da considerarsi – come sottolineammo a suo tempo – dei soggetti che prendono parte alla medesima. E da questo punto di vista – come pure osservammo – essi danno luogo a figure ‘speciali’ (e più gravi, come del resto accade in parte anche in altri ordinamenti, compreso quello tedesco, per espressa previsione dello stesso par. 129) rispetto a detta partecipazione, includendone per ciò stesso i requisiti. In tale prospettiva, peraltro, mentre la più accentuata ‘tipicità’ modale di tali più gravi figure – in quanto intrinsecamente collegate allo schema associativo – rende assai più problematico ‘proiettarne’ all’esterno la rilevanza, diversamente accade con riguardo alla partecipazione. Tale condotta, di più ampia portata, fungendo all’evidenza da ‘catalizzatore’ di tutti i contributi ‘interni’ all’associazione, può ben prestarsi, in ultima analisi, a rappresentare il punto di riferimento degli apporti concorsuali provenienti da soggetti in linea di principio disinteressati a condurre ‘le fila’ e le strategie dell’associazione.

4. Andando ancor più a fondo, deve riconoscersi come l’alternativa – che tuttora affatica la dottrina – tra concorso nell’associazione e concorso in singole condotte associative, risulta chiaramente dovuta ad una falsa premessa. Se è vero, in effetti – per le ragioni già in precedenza illustrate – che l’associazione non può essere concepita alla stregua di un evento, quell’alternativa non ha alcuna ragione di esistere. Il concorso si riferisce alle condotte associative, ma il significato di tali condotte dovrà essere colto in una dimensione essenzialmente ‘fungibile’, nel senso che non potrà assumere rilevanza a ‘quali’ (e nemmeno a quante: ché altrimenti il partecipe interno che collabori con altri sodali dovrebbe rispondere di una miriade di ‘partecipazioni’!) condotte si concorra, ma il solo fatto che si venga a cooperare a favore di tutti coloro che abbiano interesse a sfruttare il contributo per i fini dell’associazione, dato che è proprio in una simile ‘tensione’ programmatica che si coglie il senso stesso della ‘partecipazione’ (interna) all’organismo criminale. Da tale angolo visuale, non può dunque sorprendere la circostanza che il concorso esterno possa atteggiarsi secondo forme diverse, ma convergenti in una siffatta logica (ancora una volta!) di contributi ‘strumentali’ rispetto alle scelte e alle iniziative dei membri dell’associazione.

Né, d’altro canto – una volta ammessa la configurabilità di un simile ordine di fenomeni – se ne potrebbe contestare, sul piano politico-criminale, la concreta rilevanza in termini di disvalore. Per vero, il carattere assai frequente, talora persino

imponente, delle 'prestazioni' di soggetti esterni alle organizzazioni (specialmente, quelle mafiose), si ribella alla scelta – già a suo tempo criticata dal compianto Maestro che qui onoriamo – di decretare l'irrelevanza di attività conformi agli interessi di chi se ne avvalga per finalità associative contrarie all'ordinamento.

Non è il concorso esterno, insomma, a dover essere messo sotto accusa; semmai, a dover essere contestata è l'eccessiva disinvoltura mostrata non di rado nella ricostruzione (e nella valutazione) degli elementi di prova, peraltro riscontrabile – in misura, talvolta, addirittura superiore – con riguardo alla stessa esistenza di una partecipazione 'interna' all'organismo associativo. Né può sottacersi come un rischio di non poco momento provenga, a livello (questa volta) di previsioni normative – ma con evidenti riverberi anche sul tema della prova di fenomeni tra loro contigui e sempre a rischio di possibili 'interscambi' o 'cumuli' di qualificazioni – anche dalla proliferazione incontrollata di ulteriori titoli di reato o di circostanze aggravatrici della responsabilità.

Al qual proposito, non è un caso che già in altra sede ritenemmo di dover insistere sulla necessità di valorizzare – proprio al fine di scolpire l'autonomia del concorso esterno (tra l'altro, rispetto alla figura dello scambio politico-mafioso di cui all'artt. 416-ter Cp) – la circostanza che il contributo del concorrente, in armonia con le condotte dei relativi destinatari, debba presentare il connotato della 'permanenza': intendendo per tale, non già una necessaria 'reiterazione' di prestazioni (nel qual caso si arriverebbe a confondere il fenomeno in esame con quello del reato 'abituale'), quanto invece, il fatto che al contributo prestato venga ad affiancarsi la disponibilità a soddisfare ulteriori possibili richieste di collaborazione, sì da accreditare l'immagine di una sorta di *partnership* a carattere duraturo ritenuta di comune interesse. Di tale caratteristica, del resto, forniscono esempio eloquente le diffuse fenomenologie di relazioni tra interessi mafiosi e perseguimento di scopi di lucro (o di posizioni di potere) da parte di imprenditori o politici nel quadro delle procedure di assegnazione di pubblici appalti; ed è certamente anche al fine di impedire o bloccare siffatte manovre collusive che è stato recentemente approvato il nuovo ed articolato 'sistema' di controlli variamente disseminati lungo l'*iter* delle 'gare' tra operatori economici nel quadro del recentissimo 'Codice dei contratti pubblici' (cfr. il d. lgs. 18.4.2016 n. 50).

Contro la possibilità di riconoscere il requisito della permanenza quale profilo caratterizzante il concorso esterno si è tuttavia pronunciato Vincenzo Maiello. Secondo l'Autore, l'idea di postulare un siffatto requisito verrebbe a tradire il senso della contrapposizione tra concorso esterno e partecipazione 'interna' all'associazione. Ed anzi, più precisamente, il dato della permanenza non sarebbe, a rigore, nemmeno da considerare quale autonomo e specifico aspetto di 'tipicità' della partecipazione dell' 'intraneo': nel senso che la disponibilità a protrarre il rapporto di collaborazione con l'ente criminoso, si configurerebbe, piuttosto, alla stregua di un corollario, di una 'conseguenza' del previo accertamento dell'esistenza di una partecipazione 'interna', non potendo invero negarsi ch'esso si ponga quale "esito" necessario "dell'inserimento strutturale" del soggetto responsabile "nell'organizzazione del sodalizio". Ragionando in tal modo, si eviterebbe, in ultima analisi, di sottoporre ad un autonomo riscontro probatorio quella 'messa a

disposizione' dell'organismo delittuoso, di cui risulta difficile predicare uno spessore ed una 'consistenza' adeguati a garantire (a livello sostanziale e processuale) una verifica rigorosa del fatto da giudicare.

Simili rilievi, per quanto acuti e penetranti, non risultano, tuttavia, meritevoli di accoglimento. Non v'è dubbio che l'attribuzione del carattere 'permanente' al concorso esterno debba invero seguire un percorso differente rispetto a quello che ne fonda la rilevanza nell'ambito delle condotte associative. Ma la questione è appunto quella di stabilire se il predetto connotato possa venire messo da parte, allorché, nel momento di riferire il concorso ai comportamenti propri degli associati, si tratti di renderlo consentaneo al modo di atteggiarsi degli stessi 'fatti' cui esso accede: e ciò, tanto più, come già si è detto, se non si vuole rischiare di assimilarne la portata ad altre figure d'illecito (come il menzionato scambio politico-mafioso) in certa misura contigue ai fenomeni di tipo associativo.

In realtà, la tesi in esame potrebbe rivelarsi maggiormente plausibile, soltanto laddove l'associazione criminale fosse da considerarsi il termine di riferimento di un giudizio di tipo 'causale': nel qual caso, in effetti, la condotta dell'*extraneus* potrebbe essere valutata nella sua influenza sul potenziamento dell'organizzazione - in guisa di 'evento' - prescindendo dal fare ricorso ad ulteriori criteri di qualificazione della sua rilevanza. E non è un caso che sia proprio questa la soluzione ritenuta, a conti fatti, praticabile da parte del chiaro Autore: il quale afferma, con piena coerenza, che a voler introdurre un (ulteriore) coefficiente di protrazione temporale di quell' 'evento', si giungerebbe allora a confondere tra loro la permanenza del 'reato' con la sola, eventuale, permanenza di determinati 'effetti'.

Sennonché, una volta escluso - come si è notato in precedenza - che l'associazione possa formare oggetto di una valutazione di tipo 'causale', non resta che concludere nel senso che le critiche rivolte al requisito della 'permanenza' sembrano destinate, ancora una volta, ad infrangersi contro gli argomenti di segno opposto che si è cercato poco sopra di delineare.

Tra gli aspetti maggiormente 'oscuri' e problematici del panorama attuale resta, semmai - ed è lo stesso Maiello ad avervi insistito - oltre alla già ricordata moltiplicazione di illeciti e di figure circostanziali, l'abnorme sviluppo in direzione di quelle forme di intervento in chiave 'indiziaria' (di carattere non propriamente 'penale', ma pur sempre gravemente stigmatizzanti) insite nella crescente utilizzazione - con riguardo allo stesso concorso esterno - dello strumento delle 'misure di prevenzione'. Al di là delle etichette, è difficile negare, per vero, che gli impegni profusi verso una più accurata definizione delle fattispecie gravitanti nell'orbita della 'criminalità organizzata' rischiano di venire neutralizzati grazie ad una simile strategia di difesa contro il mero 'sospetto' di condotte antiggiuridiche.

Ferme le numerose obiezioni già da tempo rivolte ad un siffatto tipo d'intervento, basti qui menzionare la circostanza ch'esso finisce col segnare un sostanziale abbandono, non soltanto della garanzia della legalità, ma anche di quella connessa all'individuazione dei confini tra diverse forme d' 'illegalità', in forza della scelta di farle indistintamente confluire - come emerge dallo stesso art. 4 del c.d. Codice antimafia - in una sorta di sistema parallelo in cui l' 'indizio' viene a risolversi - si può ben dirlo - in un' 'ipotesi di giudizio' ad oggetto (penale) indifferenziato; un

sistema, il cui carattere di intervento collaterale appare suggellato in maniera davvero emblematica dalla singolare previsione contenuta in quel medesimo articolo, laddove viene ad includere tra i destinatari delle misure anche gli “istigatori, mandanti e finanziatori” degli illeciti in tal guisa ‘indiziati’, quasi a suggerire l’immagine di una sorta di concorso *ad hoc* valevole nello specifico campo delle misure *praeter delictum*!

5. Prima di concludere queste nostre considerazioni, vale la pena di gettare uno sguardo – come si era dianzi preannunciato – sulla tematica, strettamente collegata, inerente ai termini di rilevanza in cui si presentano ai tempi d’oggi le stesse figure di ‘reato associativo’, alle quali (anche) il concorso esterno è destinato ad accedere. Ebbene, non si può fare a meno di osservare come l’accanimento con il quale un settore della dottrina ha messo in discussione la legittimità di tali figure – contestandone, ora l’insufficiente determinatezza, ora il *deficit* sotto il profilo dell’offensività, ora la scelta retrostante di dar vita, in ogni caso, a fenomeni di carattere ‘preparatorio’ già in linea di principio immeritevoli di una risposta penale – appaia sempre più lontano dalle tendenze evolutive che in questa materia si sono andate manifestando, anche in forza degli impulsi di derivazione sovranazionale.

Vogliamo dire, in buona sostanza, che, nel mentre si persiste nello sferrare simili ‘attacchi’ al reato associativo, non ci si accorge che i mutamenti profondi del contesto criminologico e delle prospettive politico-criminali si sono andati, nel frattempo, orientando verso un progressivo ridimensionamento di quella stessa ‘consistenza’ sul piano strutturale dell’associazione delittuosa, della quale – pur riconoscendone il potenziale delimitativo – si è continuato a predicare, sotto la spinta di un’ossessione garantistica, l’insufficienza a legittimare simili figure.

E valga il vero. Grazie anche all’influenza massiccia di fenomeni plurisoggettivi sempre più ‘distribuiti’ in un contesto ‘transnazionale’, le predette caratteristiche dell’associazione criminale sembrano assumere una dimensione di assai maggiore flessibilità. Una dimensione – emblematicamente attestata, tra l’altro, dalla (non più recentissima) Convenzione ONU siglata a Palermo nel dicembre 2000 – che lascia emergere una sorta di parziale ‘metamorfosi’ del fenomeno qui considerato: nel senso che, a ben vedere, l’associazione, da atto ‘preparatorio’ di delitti, sembra evolvere verso il modello di una ‘rete’ di rapporti funzionale all’acquisizione di profitti illeciti, sì da rendere meno percepibile la sua configurazione come una sorta di ‘monolite’ del tutto autonomo rispetto alle dinamiche di irradiazione delle attività che vi s’innestano. E non è un caso, del resto, che, nell’elaborazione di adeguati mezzi di contrasto dell’illegalità all’interno del nostro sistema, al *nomen* ‘organizzazione criminale’ si sia andata affiancando – assumendo un ruolo preminente, grazie anche agli *input* derivanti dal ben noto art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea – l’opzione definitoria di ‘criminalità organizzata’. Da una configurazione in certa misura ‘statica’, siamo passati ad una prospettiva dinamica, tanto più ove quest’ultima debba poi reggere il confronto con la ‘transnazionalità’ dell’organizzazione del crimine su scala più o meno ampia e diffusa; il dato dell’organizzazione non gioca più il ruolo di esprimere

il 'sostantivo' del corrispondente fenomeno criminale, bensì, per l'appunto, quello di denotare un attributo, una qualificazione predicativa, alla cui stregua il momento organizzativo si coglie nel suo dilatarsi e nel suo espandersi in una dimensione di *network* orizzontale, sì da esaltare il dato di fondo della partecipazione – 'interna' od 'esterna', poco interessa – alle molteplici fasi o segmenti in cui si esprime la 'seriazione' delle iniziative con fini illeciti.

Ragionando in quest'ottica, meglio si comprende, di conseguenza, il già segnalato profilo – forse troppo frettolosamente criticato – di sia pur relativa elasticità del modulo organizzativo suggerito dalle forme di aggregazione illecita contemplate nella suddetta Convenzione ("accordo", "gruppo", "intesa", *et similia*); in realtà, l'aspetto preminente è costituito – è opportuno ribadirlo – dall'intento di fronteggiare strategie di partecipazione al crimine non necessariamente 'racchiuse' all'interno di un organismo accentratore strutturalmente inalterabile, dato che una simile circostanza finirebbe con rivelarsi dissonante rispetto alle modalità di aggressione che s'intende contrastare, 'imbalsamando' l'azione repressiva in una logica di pregiudiziale 'invarianza' dei referenti criminologici, in sostanziale difformità rispetto ai dati offerti dall'esperienza empirica.

D'altronde – non è fuori luogo accennarvi – alcune analogie con quanto sinora osservato paiono riscontrabili anche nel contesto delle attività a carattere terroristico; invero, malgrado alcune critiche severe recentemente rivolte ad alcune tendenze della giurisprudenza, è difficile negare come anche simili fenomeni criminali vengano sovente a presentare una dimensione meno intensamente caratterizzata sotto un profilo strettamente 'associativo', non essendo sempre agevole reperire l'esistenza di una 'struttura' in grado di fungere da 'catalizzatore' unitario di iniziative che ne possano apparire come 'emanazioni' rigidamente consequenziali.

E' un bene o un male la circostanza che le tendenze normative – come pure la prassi applicativa – si vadano parzialmente allontanando dalle basi tradizionali su cui veniva a poggiare il 'sistema' di un tempo?

Il 'principio di realtà' rende poco sensato un interrogativo del genere. Di fronte – tra l'altro – al progressivo incedere di autonome fattispecie collegate a fenomeni in espansione (si pensi soltanto all'arruolamento od addestramento per fini terroristici), tutto cospira a far supporre che gli sviluppi in corso non contemplino più le fattispecie associative come terreno assolutamente privilegiato di una tutela penale in chiave anticipata. Il che non significa, beninteso, che l'interprete – e prima ancora, il legislatore – possa abdicare al proprio compito di salvaguardare fondamentali principi di garanzia contro un'incontrollata estensione di figure (valgano per tutte le fattispecie di cui agli artt. 497-bis e 497-ter Cp) debitorie di mere logiche 'presuntive'. Ma non significa neppure che ci si possa sottrarre ad un confronto – equilibrato e consapevole – con un contesto generale sempre più attraversato da scenari evolutivi destinati ad ampliarne e a diversificarne le tipologie d'intervento.

Un contesto, per l'appunto, che suggerisce adesso di concludere queste brevi riflessioni aggiungendo (ove mai ve ne fosse bisogno) come la categoria del concorso esterno partecipi anch'essa – a pieno titolo – dell'esigenza di 'attualizzare' il dibattito tra molteplici punti di vista a tutti i livelli del sapere penalistico; ed anzi, proprio

tenendo conto dei rilievi or ora sviluppati, sarebbe francamente poco realistico disconoscere il collegamento con una visione più articolata e composita dei fenomeni di illecita influenza sulla vita sociale e istituzionale di una società sempre più esposta alle infiltrazioni del crimine organizzato.

ILP