

## Concorso esterno e strumenti patrimoniali di contrasto della criminalità organizzata

Alfredo Bargi

**SOMMARIO:** 1. La figura del concorrente esterno nella recente giurisprudenza di legittimità, 489 – 2. La persistente genericità e flessibilità semantica della definizione giurisprudenziale della condotta del concorrente esterno, 491 – 3. L'irrazionale identità del regime sanzionatorio delle fattispecie del concorso esterno e della partecipazione, 492 – 4. Le ipotesi speciali di confisca come espressione di un sistema penale di carattere performativo, 494 – 5. La sostanziale contiguità assiologica delle ipotesi speciali di confisca e delle misure di prevenzione patrimoniali, 499 – 6. Il contrasto tra i presupposti di applicabilità delle ipotesi speciali di confisca ed i requisiti di individuazione della condotta del concorrente esterno, 500 – 7. Conclusioni, 502.

### 1. La figura del concorrente esterno nella recente giurisprudenza di legittimità

La figura del concorso esterno nel reato associativo « continua ad apparire un istituto giuridico “liquido”, fluido, controverso, tormentato, divisivo: insomma polemogico »<sup>1</sup>.

Ne è conferma eloquente la vivacità del dibattito, tuttora particolarmente intenso e per nulla sopito, sull'ammissibilità del concorso eventuale nei reati a concorso necessario; problematica che oltre che profili dogmatici, coinvolge anche temi non secondari di natura costituzionale<sup>2</sup>, ed ha dato luogo a numerosi interventi delle Sezioni Unite<sup>3</sup>, che, pur tra oscillazioni interpretative, è rimasta attestata sulla piena cittadinanza dell'istituto nel nostro ordinamento penale, delineandone la differenza con quella di partecipazione, anche se non sempre in maniera convincente.

1. Così, FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in [www.penalecontemporaneo.it/](http://www.penalecontemporaneo.it/) 21 marzo 2012.

2. Per un recente puntuale ed articolato approfondimento sulle diverse problematiche cfr. MANNA, *Il concorso esterno (e o la partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi annunciata”, in “Il doppio binario”. Accertamenti per i fatti di mafia*, a cura di BARGI, in corso di pubblicazione.

3. Infatti alla pronuncia delle Sezioni unite, 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro It.*, 1995, II, 422, con nota di INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, hanno fatto seguito, Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro It.*, 2003, II, 453 e Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro It.*, 2006, 80.

Infatti l'originario criterio di idoneità causale del contributo del concorrente da valutare in relazione allo stato di "fibrillazione" del sodalizio associativo, enunciato dalla c.d. sentenza Demitry, è stato accantonato dalla successiva sentenza, c.d. Carnevale, che, affrontando il tema dell'effettiva idoneità della condotta del concorrente esterno, ha incentrato la distinzione tra le due figure in parola principalmente sull'elemento soggettivo; nel senso che il concorrente esterno, pur non intendendo far parte dell'associazione, apporta un contributo che "sa" e "vuole" che sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma dell'associazione criminosa.

All'insufficienza anche di quest'ultimo criterio, che finisce con il sovrapporre l'elemento soggettivo del concorrente esterno con quello del partecipe, ha tentato di porre riparo la pronuncia c.d. Mannino, secondo cui non sarebbe sufficiente un'idoneità *ex ante* del contributo del concorrente eventuale poiché detto requisito andrebbe valutato, invece, *ex post* in rapporto in rapporto alla conservazione ed al rafforzamento del sodalizio criminoso.

La più recente c.d. sentenza dell'Utri<sup>4</sup>, ha sostanzialmente ribadito i progressi approdi delle Sezioni unite<sup>5</sup> sull'ammissibilità del concorso esterno in associazione mafiosa. Il deposito della motivazione, infatti, ha deluso la diffusa aspettativa di una svolta della giurisprudenza, alimentata dal dispositivo di annullamento con rinvio, che aveva fatto seguito alla requisitoria del procuratore generale, fortemente critica sulla configurabilità dogmatica del concorso esterno in associazione mafiosa e giunta a dubitare della significatività concreta dell'istituto, in quanto ormai disatteso dalla prevalente giurisprudenza.

L'ultimo arresto della giurisprudenza di legittimità ha privilegiato, comunque, i canoni di valutazione enunciati dalla c.d. sentenza Mannino in ordine alla necessità, per l'individuazione della responsabilità del concorrente esterno della « rigorosa dimostrazione del nesso di causalità e dell'elemento psicologico dell'agente, [...] [con l'ulteriore precisazione] che la dimostrazione del rafforzamento della associazione, superando la fase patologica della sua fibrillazione, è una [...] ma non l'unica possibilità probatoria data alla accusa »<sup>6</sup>.

Risulta, quindi, consolidato l'indirizzo che, riprendendo le linee tracciate dalla pronuncia in materia di colpa medica<sup>7</sup>, aveva sottolineato che il concorrente « fornisce un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e, quindi, si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento

4. Cass., Sez. V, 24 aprile 2012, Dell'Utri, in *Guida Dir.*, 2012, 24, 17.

5. Come sottolineato da BELTRAMI, *Sul concorso esterno in associazione mafiosa la Cassazione ribadisce principi consolidati*, in *Guida Dir.*, 2012, 24, 14.

6. Cass., Sez. V, Dell'Utri, cit, 25.

7. Cass., Sez. Un, 10 luglio 2002, Franzese, *Foro It.*, 2002, II, 601.

delle capacità operative dell'associazione [...] e sia diretto alla realizzazione anche parziale del programma criminoso della stessa ».

In definitiva aveva affermato che la valutazione della condotta andava parametrata in relazione ad uno *standard* di certezza processuale e non di "mero aumento del rischio", sicché non è sufficiente fare ricorso alla c.d. causalità psichica. E, quanto all'elemento psicologico, aveva preteso che il dolo del concorrente esterno dovesse investire sia il fatto tipico della previsione incriminatrice, sia il contributo causale della condotta alla conservazione ed al rafforzamento dell'associazione.

Di qui la necessità della consapevolezza dell'agente circa i metodi ed i fini dell'associazione, al di là della condivisione o meno di siffatti metodi e fini per la determinazione della sua condotta.

Così definiti i confini della figura del concorrente esterno, trova giustificazione il coerente corollario che « l'apporto del concorrente esterno ben può concretizzarsi in un solo atto, il cui valore è però altamente apprezzabile per l'associazione e rilevante alla verifica del contributo causale fornito al clan »<sup>8</sup>, come nel caso di un imprenditore in rapporto collusivo con un sodalizio criminoso per l'aggiudicazione di una gara d'appalto sommi, perciò, « il proprio fine egoistico e quello dell'organizzazione criminale ».

## 2. La persistente genericità e flessibilità semantica della definizione giurisprudenziale della condotta del concorrente esterno

Rimangono inalterate, tuttavia, le problematiche sollevate in passato<sup>9</sup> in ordine ai criteri utili per superare le difficoltà probatorie sul versante processuale, « endemicamente indeterminata, a causa dell'altrettanto indeterminato art. 110 c.p. »<sup>10</sup>. Rimangono irrisolti, cioè, i nodi di fondo e di criticità che tuttora rendono difficoltosa la gestione giudiziale del concorso esterno in associazione mafiosa, come evidenziato, tra l'altro, dalla permanente confusione, in giurisprudenza, tra causalità ed idoneità causale, anche in ragione della diffusa « propensione politico-giudiziaria a privilegiare il ricorso alla generica categoria del concorso esterno, n luogo di (o in aggiunta a) un ben possibile inquadramento tecnico del fatto sotto un più definito e classico

8. In tal senso, ARDITURO, *Le infiltrazioni dei sodalizi mafiosi nell'acquisizione e nella gestione degli appalti pubblici*, in "Il doppio binario". *Accertamenti per i fatti di mafia*., cit., all'esito di una puntuale analisi della fattispecie del concorso esterno e della sua distinzione dalla partecipazione all'associazione mafiosa.

9. Sinteticamente ed analiticamente esaminati in maniera ampia ed articolata da Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, con l'attenzione rivolta sia al panorama della giurisprudenza, sia alle diverse posizioni della dottrina nell'ambito di una ricostruzione storica dell'istituto.

10. Così MANNA, *Il concorso esterno*, cit.

paradigma criminoso di parte speciale »<sup>11</sup>, che finisce per influenzare anche la formulazione dei capi di imputazione. Essa, infatti, spesso è ambigua o ambivalente, ma soprattutto carente della descrizione del contributo specifico attribuito al concorrente, in palese elusione dei ricordati canoni indicati dalle sezioni unite e, comunque tali, da vanificare di fatto il diritto di difesa o di renderlo quanto meno problematico.

Di qui la ragionevolezza delle censure del procuratore generale di udienza nel processo Dell'Utri in ordine al difetto di contestazione dell'accusa emergente dagli atti di quel processo, che al di là delle considerazioni svolte dalla sentenza, è sintomo dello squilibrio tra accusa e difesa sul piano dei rispettivi oneri probatori e della sostanziale *relevatio ab onere probatorio* in favore del pubblico ministero, aggravato dal tasso di indeterminatezza della fattispecie incriminatrice e dalla concomitante indeterminatezza della condotta del concorrente esterno.

Ma non solo.

La genericità e la flessibilità semantica della descrizione di tale condotta, nei termini innanzi riportati, finisce per avallare, altresì, in maniera surrettizia, l'opzione per una responsabilità per *colpa d'autore* del concorrente esterno, secondo schemi che riflettono quelli della prova *sociale* del fatto reato, in contrasto con le ordinarie regole probatorie poste a presidio della presunzione di non colpevolezza e del correlato rispetto dell'onere incombente sull'organo dell'accusa.

In tal modo, poi, si accentua il patologico fenomeno della reciproca strumentalità tra diritto e prova, in ragione della processualizzazione delle categorie penalistiche e la conseguente marginalizzazione del dibattimento<sup>12</sup>. Di qui il conseguente affievolimento sia della garanzia di legalità penale vulnerata dalla indeterminatezza della fattispecie incriminatrice, sia della legalità processuale a sua volta compromessa dalla genericità ed dall'ambiguità dell'imputazione, prospettata con una descrizione della condotta contestata in termini fattuali "anfibi", in spregio al principio di effettività del diritto di difesa.

### **3. L'irrazionale identità del regime sanzionatorio delle fattispecie del concorso esterno e della partecipazione**

Al di là delle problematiche dogmatiche connesse all'ammissibilità dell'istituto in parola, non sono secondari altri profili spesso lasciati nell'ombra, che da altro angolo visuale confermano le ragioni del disagio etico che il più

11. Come rilevato da FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit.

12. Per lo sviluppo di tale profilo cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.* 1999, 527.

delle volte è sotteso al rifiuto di cittadinanza della figura concorsuale nei reati associativi; disagio rivolto principalmente al trattamento sanzionatorio ed agli effetti penali della condanna per tale specifico reato.

Il concorso eventuale nei reati a concorso necessario, infatti, come è noto, è sottoposto al medesimo regime sanzionatorio della fattispecie della parte speciale, e cioè della partecipazione ad associazione criminosa.

Tale identità di disciplina, seppure giustificata sul piano formale, comporta un incomprensibile sbilanciamento dosimetrico della pena che andrebbe colmato dal legislatore, al di là della necessità o meno di tipizzare normativamente la condotta del concorrente esterno.

Si tratta, cioè, del tema già posto in passato da autorevole dottrina<sup>13</sup>, con riguardo specifico al concorso eventuale in reati associativi, che aveva puntualmente osservato che « in tema di misura della pena la legge positiva [...] può fare ciò che aggrada ai suoi autori; ma non potrà mai cancellare la verità razionale [...] che, in questa materia, porta a distinguere con chiarezza la fattispecie principale di un reato, indicata nella norma incriminatrice di parte speciale, dalla fattispecie concorsuale ».

Invero è addirittura intuitivo il differente disvalore sociale tra le condotte di chi presta “aiuto” all’associazione criminosa e quella di chi faccia “parte” di essa, apertamente condividendone il programma quale scelta di vita.

D’altra parte, come innanzi rilevato, l’elemento distintivo della figura da quella di partecipazione è incentrata dalla giurisprudenza essenzialmente sull’individuazione del “contributo” causale o morale alla « anche parziale realizzazione del programma criminoso del sodalizio »; sicché l’appiattimento punitivo del concorso esterno all’associazione sul regime delineato dall’art. 110 c.p. — peraltro già discutibile di per sé sotto tale profilo come da tempo denunciato dalla dottrina — contiene un tasso di irrazionalità, immediatamente palpabile e spiegabile solo come risposta di cieca difesa sociale, affrancata, tra l’altro, dal principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria ed a cui non pare adeguato rimedio il ricorso ai criteri “fattuali” ed a quelli “finalistici” della pena<sup>14</sup>.

Ancor prima che alla coscienza giuridica, ripugna alla coscienza sociale depurata da rigidi schematismi ideologici, la parificazione della pena e delle correlate sanzioni del concorso eventuale su quella stabilita dalla fattispecie di parte speciale, anche nel caso in cui il contributo “causale” o “morale” rappresenti solo un episodio penalmente rilevante nella vita del concorrente esterno.

L’irrazionalità dell’identico regime sanzionatorio per il concorrente esterno e per quello necessario nelle fattispecie associative emerge con ulteriore

13. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006.

14. Secondo la definizione di MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, 589.

evidenza dall'omologo regime giuridico delle misure patrimoniali penali di contrasto del crimine organizzato: il generale riferimento al delitto di cui all'art. 416-bis c.p., quale presupposto di applicazione delle stesse ed il sostanziale automatismo applicativo delle stesse, senza alcuna distinzione temporale dell'accumulazione di capitali illeciti o valutazione delle specifiche condotte dell'imputato/condannato, è la cartina al tornasole del prospettato contrasto della disciplina punitiva del concorso eventuale con i criteri propri di una risposta penale equilibrata e proporzionata al fatto.

In realtà, nonostante la diffusa prassi che assoggetta ad identico regime applicativo le misure patrimoniali nei confronti dei "concorrenti" e dei "partecipi", la definizione giurisprudenziale dei criteri distintivi del concorso esterno, offre spazi per riportare ad un tasso di ragionevolezza i requisiti e le modalità di applicazione di dette misure al concorrente eventuale nei reati associativi.

In altri termini il criterio distintivo del concorso materiale fondato sull'efficienza causale del contributo in relazione alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo valutata *ex post* alla stregua dei canoni di certezza processuale, che rendono altamente credibile sul piano razionale detta efficienza causale condizionante della condotta atipica del concorrente, si riflette sull'ambito e sul modo di applicare le singole misure ablativo patrimoniale di patrimoni illeciti.

Tanto si rileva dall'analisi, seppure sommaria, delle diverse misure patrimoniali penali di contrasto del crimine organizzato.

#### **4. Le ipotesi speciali di confisca come espressione di un sistema penale di carattere performativo**

È noto come la graduale e progressiva affermazione, nel diritto penale "moderno", di modelli in grado di rispondere in maniera adeguata alla crescente percezione collettiva di sempre più insidiose fonti di rischio sociale, abbia sempre più di mira i patrimoni di provenienza illecita; in particolare modo quelli connessi ad attività del crimine organizzato o, comunque a forme insidiose di condotte in grado di corrompere il tessuto dell'attività amministrativa, economica e giudiziaria.

In tale contesto l'«ansia preventiva [ha determinato] lo spostamento dell'accento delle incriminazioni dall'evento lesivo alla condotta pericolosa e addirittura alle condizioni prodromiche e preliminari che riguardano l'organizzazione concreta di condotte devianti (dolo) o la regolazione sociale di condotte standard (colpa)»<sup>15</sup>, ed in particolare la dislocazione dai beni da proteggere dal disvalore dell'azione e dal fatto offensivo agli autori pericolosi,

15. In tali termini, puntualmente, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1129.

posti a fondamento del c.d. “diritto penale del rischio”. Per altro verso, la ricerca di efficienza e di celerità della risposta penale, e del suo adeguamento ai pericoli di aggressione di fondamentali beni giuridici ha comportato mutamenti profondi nel sistema penale — con il graduale abbandono del diritto penale “classico” — tra cui « l’uso strumentale della legge che rompe le garanzie, come la distinzione tra misure di sicurezza e pene<sup>16</sup> ».

In ragione dell’ansia per la sicurezza collettiva ed individuale, il sistema penale ha subito, cioè, un fenomeno di involuzione etico-valoriale, nel senso che esso è passato da un modello fondato su valori astratti e generali ad uno di carattere performativo, incentrato sulla materialità di esigenze pragmatiche e sull’efficienza dei mezzi adottati per conseguire determinati fini, riconducibili ad esigenze di difesa sociale.

Su questa strada, anche in ragione dell’omologazione con nuove figure emergenti in altri ordinamenti nella lotta alla criminalità organizzata<sup>17</sup>, le tradizionali forme di aggressione dei patrimoni illeciti si sono arricchite di nuovi strumenti di ablazione, affrancati dai principi del diritto penale classico, che trovano posto ed espressione particolare nelle “forme speciali di confisca”.

Queste, infatti, prendendo a pretesto dogmatico l’ambigua natura di misura di sicurezza della confisca — fondata sul presupposto della pericolosità della *res* — ne hanno accentuato la latitudine applicativa, soprattutto caratterizzandosi, in generale, per l’insofferenza per i classici principi propri del diritto penale del fatto, quali la determinatezza, la necessaria offensività, la sussidiarietà e la proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Per tale via, accanto alla crisi dei tradizionali principi di retribuzione, di prevenzione e di rieducazione — messi in discussione dalla pretesa inefficacia della proporzione tra sanzione e gravità del reato, dalla funzione di deterrenza e di recupero sociale della pena — il « bisogno di reazione violenta e vendicativa diffuso nella società » si traduce nel fondamento di legittimazione della sanzione, di guisa che il « diritto penale, anziché strumento di limitazione della violenza della società, è uno strumento di amplificazione della stessa »<sup>18</sup>.

16. Anche perché, come sottolinea DONINI, cit., il bisogno di “sicurezza” è inteso non più come obiettivo sotteso alla tutela degli altri diritti fondamentali della persona, ma come diritto primario, collocato accanto agli altri diritti, sicché « la teoria dei diritti fondamentali si vede ancora oggi costretta a fare i conti con l’esigenza di gerarchizzare i diritti, e in particolare quelli individuali e quelli collettivi ». Per tale via trova giustificazione, cioè, la frequente elusione delle garanzie penali e processuali di rango costituzionale, viste come indebiti laccioli all’azione di lotta alla criminalità.

17. Per una rassegna ampia ed approfondita del vasto panorama delle ipotesi speciali di confisca anche nel diritto comparato e della loro evoluzione come strumento di lotta al crimine organizzato, cfr., *ex multis*, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

18. Così MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e suoi effetti sull’istituzione penitenziaria*, in *La bilancia e la sicurezza*, 41.

Per tale via è venuto ad accentuarsi il progressivo scivolamento dell'ordinamento verso il diritto penale della pericolosità, chiamato, in concreto, ad assolvere compiti funzionali ad una concezione sintomatica del reato, per il quale si attenua il significato di frattura dell'ordine sociale e viene privilegiato quello attinente all'espressione di un fenomeno criminoso proprio di una piaga sociale da estirpare<sup>19</sup>.

Inevitabili e scontate, quindi, le ricadute sul diritto processuale, ed in particolare sui canoni probatori.

Ne sono indici sintomatici la strisciante manipolazione del procedimento probatorio, contrassegnato dall'introduzione surrettizia di un onere probatorio a carico dell'imputato; l'affievolimento della funzione del contraddittorio (art. III Cost.), quasi del tutto vanificato dai nuovi criteri che presiedono all'ablazione dei beni oggetto della nuova forma di confisca; la sostanziale evanescenza della tutela assicurata dai principi di presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2 Cost.) e del diritto di difesa (art. 25, comma 2 Cost.).

L'opzione per la nuova politica criminale, come era inevitabile, ha determinato, cioè, la progressiva creazione di un sottosistema penale della pericolosità, personale e patrimoniale, volto a tutelare un diffuso bisogno di sicurezza che, a differenza del passato, non è più sotteso alla tutela degli altri diritti fondamentali della persona, ma è inteso come diritto primario, collocato accanto agli altri diritti<sup>20</sup>. La nuova prospettiva, perciò, ha posto in crisi le tradizionali categorie dogmatiche che sembravano ormai consolidate, e, pur nella dichiarata diversità tra reato e pericolosità, quali presupposti della distinzione tra pene e misure di sicurezza, ha privilegiato la ricerca di efficienza e di celerità della risposta penale e del suo adeguamento ai pericoli di aggressione di fondamentali beni giuridici, nella convinzione che una valida politica di contrasto del crimine non può « limitarsi a recidere meri rapporti soggettivi di appartenenza di singoli beni, ma deve affrontare il ben più impegnativo compito di aggredire le c.d. basi economiche del crimine organizzato »<sup>21</sup>.

Sicché l'esigenza di tutelare l'ordine economico si è affiancata a quella di salvaguardare l'ordine pubblico, al fine di contrastare la distorsione delle regole della concorrenza provocata direttamente dalla criminalità organizzata o dalle sue sofisticate forme di infiltrazione nel mercato, ed ha comportato

19. In tal senso FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., 213, per il quale « il modello moderno di diritto penale mal sopporta le idee di determinatezza e sussidiarietà, ed i generale tutti gli sbarramenti che ne ostacolano l'apertura al futuro e la tensione a risultati sovradimensionati o comunque differenti rispetto a quelli tradizionalmente perseguiti ».

20. Sicché, come sottolinea DONINI, (*Sicurezza e diritto penale*, cit.) « la teoria dei diritti fondamentali si vede ancora oggi costretta a fare i conti con l'esigenza di gerarchizzare i diritti, e in particolare quelli individuali e quelli collettivi ».

21. Per lo sviluppo di tale tesi, cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., 10.



una inarrestabile contaminazione dell'economia legale, con sviluppi anche in senso transnazionale<sup>22</sup>.

Al riguardo, senza alcuna pretesa di offrire un quadro completo della copiosa legislazione in *subiecta materia*<sup>23</sup>, sono emblematiche le ipotesi previste dal codice penale (artt. 240, 416-bis, 644), cui si sono aggiunte gradualmente nel tempo quelle speciali di confisca contemplate dalla disciplina della prevenzione (l. n. 575 del 1965 e successive modificazioni), da quella degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope (d.P.R. n. 309 del 1990), del contrabbando (d.P.R. n. 43 del 1973 e successive modificazioni), degli illeciti nell'attività urbanistica ed edilizia (l. n. 47 del 1985 e successive modificazioni), della difesa dell'ambiente (art. 51, comma 3, d. lg. n. 22 del 1997).

Particolarmente significative sono, poi, le ipotesi previste dall'art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992 e successive modificazioni, quali misure di contrasto alla criminalità mafiosa; dall'art. 6, comma 1 l. 27 marzo 2001, n. 97 e dall'art. 3, comma 1 l. 29 settembre 2001, n. 300<sup>24</sup>, in relazione alle forme più gravi di delitti contro la pubblica amministrazione; infine, quelle introdotte dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in tema di responsabilità delle persone giuridiche, poiché segnano un deciso mutamento di rotta della politica penale, che privilegia forme di aggressione dei patrimoni come strumento di prevenzione generale, oltre che speciale — mediata da una surrettizia definizione dell'ordine pubblico e della sicurezza — per combattere non solo la criminalità economica od organizzata, ma anche quella comune, nelle forme che maggiormente suscitano indignazione nell'opinione pubblica.

La determinazione del legislatore nel perseguire l'obiettivo di sottrarre al reo il profitto che deriva dal reato ha trovato concomitante espressione nella previsione di numerose ipotesi di confisca per equivalente<sup>25</sup>, destinate

22. In proposito riveste particolare rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico degli stupefacenti e di sostanze psicotrope, firmata a Vienna il 20 dicembre 1988, che fatto da battistrada nel lungo cammino sino alla Convenzione ONU di Palermo del 12-15 dicembre 2000 ed agli annessi protocolli, ratificati con l. 16.3.2006, n. 146.

23. Con la presenza ormai saltuaria del profitto, nominalmente inteso, in alcune di dette figure, come sottolineato da ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano 2006, 2112, che tra l'altro riporta, in nota, un'analitica elencazione delle nuove ipotesi di confisca presenti nelle leggi speciali.

24. Tale legge ha ratificato la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione di funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, stipulata a Bruxelles il 26 maggio 1997 e alla Convenzione OCSE nella lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali di Parigi del 17 dicembre 1997.

25. Introdotta nel nostro ordinamento dalla legge 7 marzo 1996, n.108, in relazione al reato di usura benché già presente in vari atti internazionali sin dagli anni '80, che ne sollecitavano la più ampia applicazione negli ordinamenti nazionali. In tal senso ne è una prima applicazione la previsione dell'art. 735-bis c.p.p., conseguente alla ratifica, con legge 9 agosto 1993, n. 328, della Convenzione n. 141 del Consiglio d'Europa inerente al riciclaggio, rintracciamento, sequestro o alla confisca dei proventi di reato ed alla esecuzione della confisca di valore in sede di cooperazione giudiziaria passiva.

a supplire all'impossibilità di aggredire l'oggetto patrimoniale principale mediante l'ablazione di somme di danaro, beni o altre utilità di pertinenza del condannato, di valore corrispondente a quello del profitto del reato.

Come si evince in maniera immediata dalle varie disposizioni in materia (artt. 322-*ter*, 600-*septies*, 640-*quater*, 644, 648-*quater* c.p., artt. 187 t. u. f. e II legge n. 146 del 2006<sup>26</sup>), anche la confisca per equivalente non è incentrata sulla pericolosità attuale o remota dei beni; anzi se ne distacca in maniera ancora più incisiva rispetto alle ipotesi di speciali di confisca, poiché non solo manca qualsiasi nesso di pertinenzialità tra bene confiscato e reato, ma è applicata con intento chiaramente punitivo, in surrogazione economica del profitto illecito non rinvenuto, attingendo beni per i quali non esiste neanche una presunzione *iuris tantum* sulla loro provenienza illecita.

Sicché la confisca per valore, anche se sembra presentarsi « come opzione più morbida rispetto alla radicale incapacitazione economica ottenuta con le ipotesi particolari di confisca »<sup>27</sup> si staglia nel nuovo catalogo della confisca come misura afflittiva, e cioè come pena, anche se *sui generis*, in virtù del suo contenuto esclusivamente patrimoniale e in quanto non compresa tra i tipi di pena elencati nel capo I, titolo secondo, del libro primo del codice penale.

In definitiva emerge in maniera netta l'opzione per l'istituto della confisca, ridisegnato secondo le linee del *civil forfeiture*<sup>28</sup>, applicabile anche in presenza di una probabile cause per ritenere che il bene sia suscettibile di confisca uno strumento formidabile nei confronti del fenomeno mafioso, perché consente di porre riparo alla inadeguatezza dell'analogia funzione originariamente assegnata alla fattispecie delineata dall'art. 416 c.p., di difficile dimostrazione processuale.

In ordine alla natura dell'istituto, sin dall'inizio al centro della dottrina, si è sviluppato un ampio dibattito che non è possibile qui riportare in ragione della vastità della letteratura e dei limiti del presente lavoro. Tra gli interventi più recenti, oltre agli elaborati ricordati nel di volta in volta nel testo in ordine alle specifiche tematiche, possono ricordarsi: COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc. pen.*, 2007, 12, 1643; DI LENA, *Le misure di sicurezza patrimoniali nell'ottica del giusto processo*, in *Ind. pen.* 2005, 2, 649; GAITO, *Il sequestro per equivalente di beni immobili e la sorte dei canoni di affitto*, in *Giur. it.*, 2008, 1, 186; FURFARO, *Confisca per equivalente, responsabilità degli enti e parametri operativi*, in *Giur. it.*, 2007, 4, 973; MORELLI, *Sul sequestro in funzione di confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2007, 4, 987; SANTORIELLO, *In tema di sequestro e di confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2007, 4, 968.

26. Per effetto di tale intervento normativo la confisca per equivalente, trattandosi di reato transnazionale, deve intendersi estesa alle confische previste dall'art. 416-*bis*, comma 7 c.p., dall'art. 31 l. 13 settembre 1982, n. 646, dall'art. 301 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'art. 12 d. lg. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni. Sul punto cfr. ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano, La convenzione ONU di Palermo*, Torino 2007, 243 che, peraltro pone in evidenza le problematiche inerenti al delitto di usura, in relazione all'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla convenzione di Palermo.

27. In tal senso ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12-sexies l. n. 356 del 1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 2, 251.

28. Per la ricostruzione dell'istituto e della sua differenza con il *criminal forfeiture* cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 52.

## 5. La sostanziale contiguità assiologica delle ipotesi speciali di confisca e delle misure di prevenzione patrimoniali

Dal complessivo telaio normativo delle ipotesi speciali di confisca, oltre che da quelle proprie delle misure *ante delictum* estranee al tema del concorso esterno — anche se da tale imputazione può trarre origine il procedimento di prevenzione previsto come obbligatorio in caso di condanna *ex art. 416-bis c.p.* e, quindi, anche per la corrispondente figura concorsuale eventuale — risulta di tutta evidenza il comune sfondo assiologico delle linee della nuova politica criminale che si concretizza, per un verso nella previsione di nuove misure patrimoniali (artt. 12-*quinqies*, 12-*sexies*, d.l. n. 306 del 1992), connesse ad un catalogo di fattispecie penali, in funzione di necessaria integrazione della funzione repressiva e retributiva della pena; per altro verso si fa strada nell'ordinamento l'estensione della nozione di "profitto" oggetto della confisca ordinaria, soprattutto ad opera della giurisprudenza, mediante l'inclusione in tale nozione di vantaggi economici non solo non immediati o addirittura remoti conseguenti alla realizzazione del reato, pure indiretti, ma ricollegabili all'attività criminosa anche come reimpiego da parte del reo di danaro o di altre utilità direttamente ottenuti<sup>29</sup>.

Nelle nuove forme di confisca « il collegamento tra reato e bene oggetto di apprensione si affievolisce in misura direttamente proporzionale all'incidenza "punitiva" della stessa ablazione »<sup>30</sup>; legame, questo, che scompare del tutto con riguardo alla confisca per equivalente che integra, perciò, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione<sup>31</sup>, di pari passo con la progressiva semplificazione delle regole probatorie e di giudizio che governano le garanzie processuali dei diritti fondamentali, che ha segnato le tappe della progressiva assunzione della natura proteiforme dell'istituto, funzionale al conseguimento di finalità di difesa sociale.

Alla comune matrice teleologica nelle forme moderne di confisca, in ragione della finalità di sottrarre al reo i vantaggi economici, comunque riconducibili alla condotta illecita, corrispondono caratteri che ne segnano la natura prevalentemente punitivo-repressiva e la netta distinzione dalla figura generale di cui all'art. 240 c.p., pur nella comune denominazione delle ipotesi di confisca.

In tal senso sono significativi l'impiego quasi sempre del modello di

29. In tal senso, Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2005, *Cass. Pen.*, 2006, 1382. Fa eccezione la limitazione inerente alla criminalità d'impresa, secondo la nota distinzione tra "reato contratto" e "reato in contratto" per definire i singoli momenti di accumulazione dei capitali ai fini della loro possibile ablazione.

30. Così, puntualmente, FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sopranazionali*, Padova, 2008, 118.

31. Come riconosciuto anche da Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, cit.

confisca obbligatoria<sup>32</sup> dei beni, ma soprattutto l'esclusione del requisito della pertinenzialità dei beni con la fattispecie di reato sostituiti da altri presupposti che incidono in maniere sensibile sugli spazi di un'effettiva difesa, già erosa da forme di presunzione probatoria che elidono i comuni criteri del procedimento probatorio e l'effettivo significato dell'onere probatorio nel processo penale<sup>33</sup>.

La sostanziale identità dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione patrimoniali antimafia<sup>34</sup> (non pertinenzialità, presunzione, onere di allegazione se non inversione di fatto dell'onere probatorio, indici di illecita provenienza ed accumulazione dei beni) pone analoghi problematiche sul piano dell'effettività del diritto di difesa e del procedimento probatorio proiettato sulla decisione.

## 6. Il contrasto tra i presupposti di applicabilità delle ipotesi speciali di confisca ed i requisiti di individuazione della condotta del concorrente esterno

Ad una prima lettura delle norme coinvolte, la prospettata disciplina delle misure patrimoniali ablative non sembra trovare ostacolo nel caso in cui il reato presupposto sia il concorso eventuale in associazione mafiosa, in ragione del richiamo dell'art. 416-bis c.p. nelle varie ipotesi speciali di confisca, anche in virtù della loro recente estensione applicativa ad opera dell'art. 10-bis del d.l. 23 maggio 1992, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125 e dell'art. 2, comma 7 lett. a) legge 15 luglio 2009, n. 94.

Viceversa, la ricordata definizione della giurisprudenza della condotta del concorrente come quella che « fornisce un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza

32. Come nei casi di confisca obbligatoria delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-bis, co. 7, c.p., o a commettere il delitto di contrabbando delle cose che ne costituiscono l'oggetto, il prodotto o il profitto (art. 301, d.P.R. n. 43 del 1973), o dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite (art. 44, 2° co., d.P.R. n. 380 del 2001).

33. In tale ottica il presupposto della precedente condanna perde consistenza ai fini della classificazione e della ricostruzione della natura giuridica delle moderne forme di confisca come misure di sicurezza patrimoniale. Anche nelle ipotesi di loro adozione *post delictum*, infatti, in ragione dei requisiti richiesti e dello sganciamento dal connotato di pertinenzialità del bene rispetto al reato, la precedente condanna per quest'ultimo rappresenta piuttosto l'*occasione* che la *condizione* della loro applicazione.

34. Peraltro l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali presenta note di prevalente funzione repressiva che ne scandiscono la netta distinzione dalla misura di prevenzione personale incentrata sul concetto elastico di pericolosità, la cui applicazione separata ha trovato ingresso anche nella recente riforma dell'art. 2-ter della l. n. 575 del 1965 ed ha accentuato la sua contiguità all'istituto regolato dall'art. 12-sexies, d.l. n. 356 del 1992 chiamato a svolgere una funzione centrale nel nuovo sottosistema delle misure patrimoniali.

causale e, quindi, si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione [...] e sia diretto alla realizzazione anche parziale del programma criminoso della stessa », la cui valutazione deve essere parametrata in relazione ad uno standard di certezza processuale, pone in dubbio la validità dei medesimi criteri applicativi elaborati dalla giurisprudenza con riguardo alla disciplina generale delle misure penali patrimoniali.

*In primis.* È noto che la misura di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 è applicabile a tutti i beni di valore sproporzionato al reddito o all'attività economica e la cui provenienza non sia giustificata dal condannato, indipendentemente dalla circostanza che essi siano o meno collegati al reato presupposto e dall'epoca del loro acquisto<sup>35</sup>.

Tale indirizzo si fonda sulla presunzione che i delitti presupposti « siano indice di mafiosità, abbiano carattere continuativo e siano normalmente lucrosi, con la conseguenza che tutto il patrimonio di chi li ha commessi è frutto di reati »<sup>36</sup>, di guisa che la responsabilità per taluno dei reati presupposti riveli una sorta di dedizione all'illecito della persona, per cui tutto il patrimonio sarebbe riconducibile ad una pregressa, anche se indimostrata, attività illecita.

In secondo luogo tale presunzione di arricchimento illecito comporta di fatto la confisca generale dei beni, vale a dire di tutto il patrimonio, in ragione del diffuso orientamento che rifiuta di contenere l'ablazione in relazione allo scompenso tra reddito legittimamente prodotto ed incrementi patrimoniali, *in riferimento ad un determinato lasso di tempo, che dovrebbe avere un inizio ben determinato nel tempo e termina alla data corrente*<sup>37</sup>; sicché, in sintonia con la presunzione del reato come sintomo della dedizione di vita all'illecito, alla difesa viene fatto carico di ricostruire la vicenda patrimoniale per l'intero arco di vita dell'imputato / condannato.

Ebbene non sembra necessario spendere molte parole per dimostrare che dette presunzioni non possono valere anche per il concorrente eventuale, tenuto conto che la sua responsabilità attiene ad un "contributo" causale e circoscritto di per sé nel tempo nella sua concreta consumazione e che addirittura, come innanzi rilevato, può concretarsi in un solo atto.

Ne consegue che nell'ipotesi di imputazione di concorso eventuale nei reati associativi perde consistenza la presunzione *de iure* che connota l'applicazione delle misure patrimoniali: lo stesso concetto di sproporzione patrimoniale non può essere assunto ad indizio di una ipotetica, pregressa attività illecita, che è smentita dalla mancata imputazione di partecipazione,

35. In tal senso, Cass., Sez. II, 23 settembre 1998, Simoni, in *Cass. Pen.*, 1999, 3551, cui ha fatto seguito un prevalente indirizzo della giurisprudenza.

36. In tali termini MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 321.

37. NANULA, *Il Problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il fisco*, 1993, 328.

che, all'opposto, è in ipotesi la fattispecie che riflette la scelta di "dedizione all'illecito" in seno ad un sodalizio criminoso.

Di conseguenza, coerentemente, risulta di maggiore spessore l'onere probatorio del pubblico ministero che deve dimostrare il nesso di pertinenzialità dei beni dal contributo criminoso quale fonte di indebito arricchimento patrimoniale e della sproporzione patrimoniale con riguardo ad un preciso lasso di tempo in ordine allo scompenso tra reddito, capacità economica; tanto, ovviamente, anche ai fini della confisca per equivalente

## 7. Conclusioni

In definitiva, benché possa dirsi in parte risolta, in ragione del consolidato superamento giurisprudenziale, la *vexata quaestio* in ordine all'ammissibilità della figura del concorso eventuale nei reati associativi, tuttavia rimangono attuali le problematiche che ineriscono alla disciplina normativa quanto all'identità del regime punitivo per la fattispecie incriminatrice e per quella concorsuale, che, benché sorretta da discutibili ragioni di politica criminale, stride con il diverso disvalore delle rispettive condotte e pretende un regime punitivo differenziato, anche mediante l'eventuale modifica normativa della disciplina delineata dall'art. 110 c.p..

In altri termini, anche a non voler introdurre le figure della correatà materiale e di correatà morale, di complicità materia e di complicità morale<sup>38</sup>, che risulterebbero meglio comprensibili dalla pubblica opinione, l'insopprimibile differenza ontologica tra la figura del partecipe e del concorrente esterno in associazione mafiosa e le conseguenze sanzionatorie reclama la necessità di un differenziato regime punitivo.

Peraltro tale differenza ontologica è già rinvenibile nell'ordinamento, sol che si rifletta sui criteri elaborati dalla giurisprudenza ed alla *ratio* delle ablazioni patrimoniali, che, con immediatezza, risentono della diversità delle distinte condotte di vita, da cui traggono origine le corrispondenti figure del concorrente esterno e del partecipe in associazione mafiosa.

38. Come auspicato da VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, cit.