

ORIENTAMENTI

GIUSEPPE DI VETTA

**Tipicità e prova.
Un'analisi in tema di partecipazione
interna e concorso esterno
in associazione di tipo mafioso**

SOMMARIO: 1. Tipicità e prova nella relazione tra diritto penale sostanziale e processo. – 2. La materia della criminalità organizzata come “terreno di elezione” dei fenomeni di interferenza tra categorie sostanziali e dinamiche probatorie. – 3. La pervasiva incidenza sulla tipicità delle c.d. pregiudiziali socio-criminologiche. Il caso delle mafie delocalizzate in aree di non tradizionale radicamento – 4. La partecipazione interna come fattispecie a tipicità “variabile”: le deviazioni della prassi giurisprudenziale dallo statuto organizzatorio-strutturale dell'intraneità associativa. Una lettura critica. – 5. (*Segue*) La riemersione dell'«*artificio causale*» nella definizione giurisprudenziale della condotta tipica di partecipazione. La tendenziale sovrapposizione tra i perimetri applicativi delle fattispecie di partecipazione interna ed esterna.

1. Tipicità e prova nella relazione tra diritto penale sostanziale e processo

La visione quasi apollinea dei rapporti tra diritto penale e fenomeno processuale, imperniata sul dogma della strumentalità unilaterale¹, è ormai tramontata², non solo perché destituita di fondamento rispetto ad una realtà applicativa

¹ Sul superamento di tale concezione, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss.; GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Leg. pen.*, 2013, 839 ss.

² La consapevolezza di tale passaggio è ormai radicata nella riflessione contemporanea, come testimoniato dalla vasta letteratura scientifica sul tema, a cominciare dagli studi «pionieristici» di PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916 ss.; ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss. e spec. 433 ss.; ID., *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448 ss.; ID., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 527 ss.; e, più di recente, ID., *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani, Orlandi, Bologna, 2016, 81 ss. E poi di NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (In ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.; ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 568 ss.

Il tema si è così progressivamente affermato: oltre al già richiamato studio di GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 839 ss., si segnalano, tra gli altri, MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285 ss.; FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, *passim*; PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss., il cui contributo ha poi animato il vivace e fecondo dibattito con RUGGIERO, *Ideologie e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 255 ss., concluso con l'intervento di PULITANÒ, *Consensi e fraintendimenti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 517 ss.; D'ASCOLA, *Impoverimento*

profondamente distante da quel modello teoretico (ed “ideologico”), ma soprattutto in quanto incapace di cogliere la complessità crescente dell’interferenza tra i due momenti dialettici del sistema penale.

Ad essere abbandonata, a ben vedere, è soprattutto una concezione ingenua e fittizia del ruolo e della funzione che il fenomeno processuale riveste nella dialettica dell’ordinamento penale; se, dapprima, è prevalsa una concezione del processo come vuoto e neutro «apparato di trasmissione»³ di scelte altrove determinate, in posizione servente del diritto sostantivo e di per sé privo di valori intrinseci⁴, con l’avvento di una nuova sensibilità culturale, scientifica – ed aggiungiamo, metodologica⁵ – si è infine preso atto della reale efficacia performativa⁶ che la dimensione processuale e le logiche probatorie che in essa si animano esercitano sulle categorie sostanziali, colte nella prospettiva dinamica della loro realizzazione pratica.

Da una tale angolazione, è il processo ad aver dimostrato, progressivamente, una radicale capacità di incidere e condizionare, in varie forme e con diverse intensità, l’attuazione della norma penale e la concretizzazione delle garanzie e dei principi che governano il giudizio di responsabilità penale. A tal fine, non è necessario passare in rassegna i molteplici istituti e strumenti (dall’incerta natura sostanziale o processuale) che, rispondendo ad interessi e finalità avulse dal piano delle valutazioni sostanziali sottese alla previsione incriminatrice e alla comminatoria edittale – riti speciali a privilegio sanzionatorio garantito, estinzioni promosse e delazioni premiate, solo per citarne alcuni – finiscono per prospettare, addirittura, una «strumentalità “inversa” del diritto

della fattispecie e responsabilità penale “senza prova”. Strutture in trasformazione del diritto e della procedura penale, Reggio Calabria, 2008, *passim*; GIUNTA, *Dal governo delle leggi al Governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Danovi, Torino, 2015, 149 ss.; MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, cit., 165 ss., altresì pubblicato in *questa Rivista*, 2014, 1 ss. (da qui le citazioni).

Per la letteratura d’oltralpe, è fondamentale VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, 1978, 38 ss.

³ Così, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 529.

⁴ Sul punto, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 529.

⁵ Su tali implicazioni metodologiche, tra gli altri, PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 227 ss. e spec. 237 ss.; MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, cit., 285 ss. Ripercorre il dibattito, FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 35 ss.

⁶ All’efficacia performativa del meccanismo processuale alludono, in termini non dissimili, PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 89; GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 847.

to penale rispetto al processo, il quale finisce così con l'atteggiarsi» - prosegue Tullio Padovani - «quale “socio tiranno” e con proporsi come momento privilegiato e fase conclusiva del controllo sociale»⁷.

È il processo a rappresentare il contesto di “esistenza” del diritto penale come fenomeno giuridico⁸: sicché, la sola possibilità di formulare « [...] considerazioni attendibili sulla capacità dell'ordinamento di orientare i comportamenti dei consociati» - e, cioè, di corrispondere alle sue funzioni primarie - non può prescindere, pena la fuga dalla realtà, «dall'osservazione dei meccanismi processuali»⁹, che, concretamente, determinano i modi, le forme ed i tempi attraverso i quali si dà attuazione alle scelte di politica criminale adottate dal legislatore.

Tra diritto penale e processo esiste dunque un legame, una relazione strutturale, che è stata efficacemente indicata nei termini di una reciproca e complessa strumentalità¹⁰. L'interazione funzionale e, si potrebbe dire, dialettica tra i due poli del sistema non si risolve, tuttavia, in una sintesi appagante nell'ottica della tenuta della legalità, nei suoi diversi corollari, se si accoglie, come imprescindibile direttiva metodologica, una visione integrata («cinematica»¹¹) dell'ordinamento penale.

Le perlustrazioni “crepuscolari” condotte da autorevole dottrina¹² in questo territorio ancora in larga parte inesplorato hanno ampiamente rilevato la pervasività deformante dei meccanismi processuali - e dei poteri che si esprimono in ogni fase del procedimento penale, dal momento nascente dell'acquisizione e ricerca della *notitia criminis*¹³ al momento conclusivo della decisione del caso concreto - sulla dimensione sostanziale del diritto penale.

⁷ Citazioni da PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 529.

⁸ Così, PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 86; MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi tra paradigmi probatori e diritto sostanziale*, a cura di Picotti, Fornasari, Melchionda, Viganò, Padova, 2005, 159 ss. ed altresì pubblicato in ID., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, in *Raccolta di scritti*, Torino 2014, 87 ss. e spec. 97, ha efficacemente definito tale «caratteristica “modalità deontica” del diritto penale» come una sorta di «giustiziabilità processuale necessaria».

⁹ In questi termini, MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, cit., 2.

¹⁰ Sul punto, PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, cit., 919; più di recente, ID., *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 84.

¹¹ Così, PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 228.

¹² Si allude al già citato contributo di PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, cit., 527 ss.

¹³ Insuperato, in argomento, ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, cit., 568 ss.

È stato lucidamente evidenziato che «lungi dal limitarsi all'accertamento della responsabilità penale, è il processo che esercita il controllo sociale (prevenzione generale in sede applicativa) [...]», fino a (ri)definire «l'area del penalmente rilevante in funzione sostitutiva o integrativa del diritto penale sostanziale»¹⁴.

La necessaria consapevolezza che la legalità “si compie” lungo le complesse scansioni del procedimento penale, dovrebbe condurre all'adozione di un paradigma teorico che sia consentaneo a questa rinnovata prospettiva metodologica. Così, anche il dibattito intorno alla progressiva “trasfigurazione” della legalità penale, di matrice costituzionale, sospinta dalla giurisprudenza di Strasburgo, dovrebbe arricchirsi di questa dimensione cinematica del *nullum crimen*, accogliendo il rilievo secondo cui quella stessa prevedibilità dell'esito giudiziario, in cui si pretende di esaurire il sostrato garantistico del principio, dipende, in misura variabile, dall'interferire della dinamica processuale (e probatoria) sulla fattispecie incriminatrice.

È la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵, d'altronde, a suggerire una tale conclusione, pronunciandosi in un caso concernente l'applicazione del reato di «abuso d'ufficio» (art. 161 c.p. estone); ebbene, la Corte accerta il difetto dei requisiti qualitativi di «chiarezza» e «prevedibilità» dell'incriminazione, posto che la nozione di «significativo danno morale all'interesse dello Stato», quale evento costitutivo, è affetta da un'intrinseca indeterminatezza, in particolare sotto il profilo dei criteri esperibili per accertarne in sede processuale l'esistenza. In breve: la causazione di un evento, così descritto, «*was not susceptible of proof*»; ne consegue la violazione del principio di legalità. Tale soluzione, invero molto singolare nella giurisprudenza europea, segnala una feconda consonanza con la conclusione raggiunta dalla Corte costituzionale in materia di determinatezza della fattispecie incriminatrice¹⁶.

Ora, il tema dell'interazione tra tipicità, come categoria del reato, ed esigenze probatorie- tra “statica del tipo” e “dinamica del processo”, potremmo dire - trova sicuro albergo, da un punto di vista teorico, nell'orizzonte problematico finora tracciato.

D'altro canto, l'incidenza delle logiche probatorie sul versante della tipicità ha

¹⁴ In tali termini, GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 840.

¹⁵ Cfr. Corte EDU, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, in *ius17@unibo.it*, con nota di ABBADESSA, *Una nuova violazione dell'art. 7 CEDU: la sentenza Liivik c. Estonia e i significati della legalità penale convenzionale*.

¹⁶ V. *infra*, n. 36.

una dimensione storicamente determinata: in tal senso, l'analisi retrospettiva¹⁷ ha consentito di porre in luce, con particolare nitore, il percorso che ha condotto alla progressiva emancipazione della moderna categoria del *Tatbestand* dalla sua originaria matrice processuale. Tale lettura può trovare riscontro, peraltro, nell'analisi diacronica del percorso di gestazione di alcune "archetipiche" fattispecie incriminatrici, come quelle in materia penale - fallimentare, i cui requisiti di tipicità sono il risultato di una "conversione" legislativa di precedenti elementi a carattere sintomatico - processuale (es. il "fatto" di distrazione, nel delitto di cui all'art. 216, co. 1°, n. 1), l. fall.), consentanei ad un modello di incriminazione ancora fortemente imperniato sulla prevalenza del momento dell'accertamento processuale rispetto alla descrizione per tipi legali del fatto penalmente rilevante¹⁸.

Conviene, ora, approfondire il profilo teorico e le implicazioni assiologiche che si affastellano intorno al tema della relazione intercorrente tra tipicità e prova degli elementi che concorrono a definirla, secondo il modello legale.

Sta in principio la necessità di un "aggiornamento" del quadro di garanzie che, tradizionalmente concepite per un diritto penale "incurante" del suo versante attuativo, esigono, invece, di essere rivisitate e rifondate, secondo un metodo¹⁹ di (ri)costruzione integrata del sistema penale e del suo tessuto assiologico, alla luce del riconoscimento della posizione paritaria (o prevaricante) dell'interagente fenomeno processuale.

Tali indagini muovono da una constatazione all'apparenza generica: l'esistenza di una significativa correlazione strutturale e funzionale tra il para-

¹⁷ Per tutti, fondamentale, GARGANI, *Dal Corpus Delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, spec. 157 ss.; ID, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., 841, ed ivi gli opportuni riferimenti bibliografici. Offre un'attenta disamina dell'articolato dibattito sul bifrontismo congenito che caratterizza la categoria dogmatica del fatto tipico FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 131 ss., cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti.

¹⁸ Si è in presenza, per tale ragione, di fattispecie in cui il fenomeno dell'interscambio tra fatto e prova assume una consistenza davvero singolare. In argomento, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 19, che rileva la «persistente fungibilità tra la descrizione del fatto punibile con l'accertamento degli elementi che condizionano la sua punibilità». Peraltro, la dottrina che si è cimentata con l'«indocile provincia» del diritto penale fallimentare si è resa fin da subito consapevole della natura anfibia degli elementi che compendiano la tipicità sostanziale (per tutti, tra i suoi molti studi, PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 1109 ss.; PEDRAZZI, SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Sub Artt. 216-227*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di Galgano, Bologna, 1995, *passim*).

¹⁹ Per questa prospettiva metodologica (c.d. integrata), si veda: FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 13 ss.; PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, cit., 228 ss.; MAIELLO, *Diritto penale e processo: necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285 ss.

digma di incriminazione, sviluppato dal legislatore, e il modello processuale e epistemologico prescelto dall'ordinamento per l'accertamento della responsabilità penale (artt. 27, co. 2, Cost.; 111 Cost.)²⁰.

Tale relazione - è stato autorevolmente sostenuto - non può invero essere concepita in senso unilaterale: la corrispondenza non può che essere biunivoca giacché sono anche i «modi con cui si accertano i fatti, ossia gli elementi previsti dalla norma incriminatrice, per “modi” intendendo sia il tipo complessivo di procedura penale, sia - ancor più - il tipo di epistemologia giudiziale che si concepisce e si pratica»²¹ a condizionare il realizzarsi di un'effettiva legalità sostanziale.

In questa prospettiva di rilettura integrata dei corollari della legalità, è ormai noto come il principio di determinatezza (o precisione²²) della norma incriminatrice (o definitoria) si attesti come essenziale preconditione per l'attuazione dell'impianto accusatorio e della struttura cognitiva (contraddittorio nella formazione della prova) cui è informato il processo penale²³. Si deve soprattutto al dibattito che ha accompagnato l'entrata in vigore del nuovo (e già vetusto) codice di rito un'efficace razionalizzazione dei nessi che intercorrono tra la tecnica di formulazione delle fattispecie penali, impiegata dal legislatore, e le prestazioni “cognitive” che si possono ragionevolmente attendere da un modello processuale di tipo accusatorio.

²⁰ Al tema è dedicata ampia parte dello studio monografico di FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., *passim*, spec. 72 ss.

²¹ In tal senso, con profondità, NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - Teoria dello Stato - Epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 27 ss.

²² In argomento, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 57 ss.; per la stessa declinazione del principio di determinatezza (o precisione, secondo gli Autori poc'anzi menzionati), si consideri PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2013, 151 ss.; nondimeno, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, I, 18 ss.; RONCO, CARUSO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di Ronco, Ambrosetti, Mezzetti, Bologna, 2016, 1 ss.

²³ Sul “giusto processo” come modello epistemologico, per tutti, si veda FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2005, *passim*; Id., Sub art. 111, in *Commentario della Costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1994-2005)*, a cura di Pizzorusso, Bologna, 2006, 70 ss. Sul rapporto di necessaria complementarietà tra requisiti qualitativi della fattispecie (determinatezza ed offensività) ed effettività del “giusto processo”, tra gli altri, MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 95 ss., spec. 101-102; MAIELLO, *Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo*, in *Crit. dir.*, 1999, 197 ss., dove si focalizza l'interazione che sussiste tra precisione del tipo e dialettica probatoria; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., 531 ss., con particolare riferimento alla resistenza che una fattispecie determinata nei suoi contenuti tipologici dovrebbe opporre allo straripare del potere d'accusa esercitato dal Pubblico ministero, fin dall'istante iniziale del procedimento penale, quando il modello legale dovrebbe riflettersi nella *notitia criminis*; FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 50 ss. e 74 ss.

Appartiene a quel fecondo contesto di riflessione e condivisione metodologica, il rilievo secondo cui il «*diritto penale attuale*» - l'aggettivazione è ancora amaramente valida - in quanto «*farcito di fattispecie grondanti di elementi valutativi elastici o addirittura vaghi, è forse il peggior nemico del nuovo processo, proprio perché tali fattispecie ripropongono di per sé la "signoria" del giudice in un apprezzamento valutativo a maglie larghe, rispetto al quale le garanzie del procedimento di acquisizione probatoria perdono ogni effettiva consistenza*»²⁴. Senza un "fatto", predeterminato *ex lege* secondo un modulo di tipicità orientato ai principi di materialità ed offensività²⁵, i meccanismi processuali e la dialettica nella formazione della prova regrediscono ineluttabilmente ad uno stadio virtuale, con drastiche conseguenze sul piano delle garanzie oggettive e soggettive che caratterizzano il "giusto processo".

Non è poi così lontana - perché tende a riproporsi nella prassi applicativa, sebbene in altre forme, più oblique²⁶ - l'esperienza dei moduli di incriminazione fondati su una spiccata logica del "sospetto" (artt. 707 e 708 c.p.), innellata nella struttura del fatto tipico: come è stato ampiamente posto in luce dagli studi²⁷ che hanno più approfondito tale paradigma, la tipizzazione di determinate condotte in quanto sintomatiche di un'illiceità presunta o sospettata, e tuttavia aliena dalla fattispecie incriminatrice, si è risolta, sul piano processuale, in un'automatica inversione dell'onere sostanziale della prova e della regola di giudizio (*in dubio pro reo*), secondo un modulo di semplificazione probatoria che, come già si è detto, tende tuttora ad essere riprodotto nelle aule di giustizia, in relazione a determinate fattispecie che consentono al giudice - e, ancor prima, al pubblico ministero - di eludere *de facto* la funzione di garanzia della presunzione di non colpevolezza (*ex art. 27, co. 2, Cost.*). È quanto si verifica, esattamente, quando il procedimento penale ha ad oggetto fattispecie contravvenzionali, dove la condotta tipica si identifica nel mero

²⁴ Così, PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, cit., 921. Negli stessi termini, DE FRANCESCO, *Societas scleris: tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 81.

²⁵ Coglie con acutezza i riflessi processuali dei principi di matrice sostanziale di cui nel testo, BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletto*, Milano, 1991, 55 ss.

²⁶ V. *intra*, par. 2.

²⁷ Tra gli altri, COPPI, *Osservazioni sui "reati di mero sospetto" e in particolare sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713 ss.; LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale: un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Paliero, Dolcini, Milano, 2006, I, 409 ss. Con un'attenta valutazione di ordine processuale, sulla tenuta della presunzione di non colpevolezza, MAGGIO, *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, in *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, a cura di Fornasari, Padova, 2002, 223 ss.

inadempimento di obblighi di *facere*, derivati dalle discipline di regolamentazione di un determinato settore di attività ed imposti all'agente in funzione della sua qualifica soggettiva (c.d. *regulatory crimes*). In questi casi, per vero, l'onere probatorio dell'accusa si esaurisce nella mera contestazione dell'inadempimento dell'obbligo imposto *ex lege*, gravando l'imputato, invece, del più corposo onere di dimostrare l'inesistenza del «fatto negativo» che costituisce la condotta penalmente rilevante. Posta l'intuibile difficoltà di soddisfare un tale onere probatorio, l'alternativa per l'imputato ragionevolmente si riduce all'inerzia processuale o all'ammissione della propria responsabilità, salvo il frequente ricorso, in relazione a queste ipotesi di incriminazione, alle soluzioni predibattimentali del procedimento²⁸.

L'esperienza dei reati di sospetto e delle fattispecie la cui struttura è ad essi analoga conferma la sensibile interazione tra paradigmi di incriminazione e modello di accertamento e suggerisce anche come le esigenze probatorie, espresse nel processo, possano trovare soluzione già sul piano del diritto sostanziale, riducendo gli oneri di prova o, in alternativa, aggravandoli, quando l'interesse politico-criminale è nel senso di sanare le distorsioni espansive della prassi giurisprudenziale, ipotecendo l'applicazione della fattispecie²⁹.

Più in generale, sembra si possa affermare, senza tema di smentita, che una più alta capacità denotativa della fattispecie legale, garantita da una tecnica legislativa di tipo descrittivo e non meramente "casistico"³⁰, e da una selezione astratta degli elementi costitutivi (*in primis*, condotta ed evento) che ne esalti il grado di verificabilità empirica, integrino, per così dire, condizioni di "resistenza" del modello legale alle interferenze del processo e, in modo particolare, del procedimento probatorio, impedendo che, attraverso l'approfondirsi patologico del carattere valutativo dell'attività giurisdizionale e il "dominio" che il giudice esercita sul piano della prova, si sostituisca, a quella sostanziale,

²⁸ Per tali rilievi, si veda il brillante saggio di VOLK, *Struttura del reato e diritti dell'uomo*, in *Crit. dir.*, 1999, 160 ss.

²⁹ Per esemplificazioni, v. *infra*, par. 2.

³⁰ Sul metodo "casistico" di formulazione delle norme incriminatrici, in particolar modo fallimentari, vigente il Codice di commercio del Regno d'Italia (1865), si sofferma criticamente, Francesco Carrara (*Pensieri sulla nozione di bancarotta*, 1873, riprodotto in CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, V, 2°, 74-76), ritenendola ora «*frivola ed inconveniente ad un codice*», ora «*viziosa*», perché teneva «*dietro a minuzie insignificanti, a circostanze materiali che nulla influiscono sui criterii essenziali e sulle forze costitutive del malefizio*», ora foriera di inconvenienti sul piano applicativo, giacché la norma formulata per elencazione di casi specifici esige, dinanzi all'ipotesi concreta non prevista, «*di riconoscere una lacuna nella legge ed assolvere quella fraude, lo che è un male: o bisogna condannare per analogia, lo*

che è un male anche più funesto e terribile» (per tale ultimo passaggio, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Prato, 1883, VII, 4°, 110).

una «tipicità processuale»³¹.

È il caso d'osservare, infine, come il nesso tra conformazione tipica della fattispecie e modi di accertamento (e prova) non possa essere colto in termini meramente quantitativi. Esso necessita, invece, di essere approfondito in una prospettiva qualitativa. Vero è che «*il legislatore non può sottoporre a pena ciò che [...] in concreto non può essere integralmente provato*», secondo l'insegnamento di Feuerbach³²; e, tuttavia, ai fini dell'attuazione della legalità non è sufficiente che il "fatto", cristallizzato nel modello legale, sia realizzabile processualmente, perché suscettibile di essere verificato nel processo³³. È necessario, invece, come ulteriore condizione qualitativa, che gli elementi costitutivi della fattispecie legale siano suscettibili di essere verificati secondo un programma di ricerca e formazione della prova compatibile con i limiti epistemologici del processo penale, così da garantire la piena realizzazione dello standard probatorio e della regola di giudizio fissata dal legislatore³⁴. È chiaro che se i «fatti», che devono costituire oggetto di prova, non sono selezionati in funzione di tale rigore cognitivo, il ragionevole dubbio è destinato ad apparire sempre più processualmente inafferrabile, perché privo del referente su cui dovrebbe essere stimato.

2. La materia della criminalità organizzata di tipo mafioso come "terreno di elezione" dei fenomeni di interferenza tra categorie sostanziali e dinamiche probatorie

La tendenza del processo e delle dinamiche probatorie che in esso si animano ad incidere e deformare le categorie sostanziali del diritto penale, spingendosi fino a modificare il perimetro tipologico delle incriminazioni, caratterizza in modo pervasivo l'esperienza penalistica contemporanea³⁵, soprattutto

³¹ È l'accattivante espressione impiegata da IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa. Il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2045, alle cui considerazioni, sul punto, non può che farsi rinvio.

³² FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Gießen, 1801, 93.

³³ L'esigenza di "riproducibilità" forense (o verificabilità empirica) degli elementi che concorrono a definire la fattispecie legale è tematizzata dalla giurisprudenza costituzionale sul versante del principio di determinatezza: cfr. la ben nota Corte cost., n. 96/1981, in *Consulta online*. Insiste su tale profilo, tra gli altri, IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 156.

³⁴ Per tutti, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 94 ss.

³⁵ Lo constata GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., 844. La pervasività di tale fenomeno ha indotto autorevole dottrina (VISCONTI, *La sentenza Andreotti: profili di interazione tra diritto sostanziale e accertamento probatorio*, in *Crit. dir.*, 2000, 148) a dubitare del fatto che, forse, l'interferenza tra tipicità e prova, lungi dal costituire un'evenienza peculiare di una stagione giurisprudenziale italiana, formatasi in determinati

in quei settori del sistema in cui si avvertono come più intense le esigenze di prova dei fatti che costituiscono oggetto d'imputazione, in quanto funzionali a soddisfare le improprie ansie repressive avvertite dal giudice nel singolo caso³⁶.

L'esperienza applicativa si rivela particolarmente feconda, si direbbe creativa, nello sperimentare forme e modi di gestione probatoria della fattispecie incriminatrice. La dottrina insegue, con un efficace metodo diagnostico, le tecniche di processualizzazione³⁷ che investono il fatto tipico e i criteri di imputazione soggettiva.

Al di là delle interferenze che attengono più propriamente al livello normativo³⁸, dove è il legislatore, nel formulare la fattispecie astratta, ad introiettare e realizzare l'esigenza di semplificazione probatoria, anche a costo di contravvenire a basilari garanzie processuali (es. *nemo tenetur se detegere*), che pure hanno imprescindibili riflessi sostanziali³⁹, è sul versante applicativo che si registrano le più radicali perversioni della tipicità legale al fine di assecondare e agevolare generosamente il procedimento probatorio⁴⁰.

In alcuni casi, la ricostruzione ermeneutica del modello legale si rivela ampiamente strumentale a semplificare l'accertamento di quegli elementi – quei segmenti del fatto tipico – che appaiono insuscettibili di prova sulla base del patrimonio conoscitivo compulsato nel processo, realizzando, in ultima anali-

settori, presenta, invece, «[...] i tratti della dimensione fisiologica e riguarda potenzialmente l'intero sistema penale in azione, e non soltanto particolari settori come quello della criminalità organizzata, sicché il cortocircuito» non può che risiedere «nel modello gnoseologico» che si è adusi a praticare nel conoscere e criticare l'esperienza penale.

³⁶ Tale atteggiamento giurisprudenziale è stato efficacemente definito, con formula intelligente, «autoritarismo ben intenzionato»: si veda, in tal senso, PULITANÒ, *Crisi della legalità a confronto con la giurisprudenza*, cit., 42 ss.

³⁷ Il termine è forse soggetto ad una sorta di fenomeno di usura linguistica, se non altro perché è evocato ad indicare una molteplicità di fenomeni che attraversano la prassi giudiziaria, così disperdendo la sua identità di significato. Una definizione che può ben essere considerata scientificamente attendibile è quella proposta da GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., 844.

³⁸ Oltre ai contributi fin qui citati, cui si rinvia, si consideri LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale: un'introduzione*, cit., 409 ss., che distingue due livelli di interferenza tra dimensione sostanziale e probatoria: l'uno afferente alla formulazione astratta della norma incriminatrice (livello normativo), l'altro, invece, relativo al piano dell'applicazione giudiziale (livello applicativo).

³⁹ Per tutti, PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.

⁴⁰ Dei percorsi di semplificazione probatoria (rectius, «scorciatoie probatorie») e della loro relazione con le decisioni interpretative adottate dal giudice si rivela consapevole anche la giurisprudenza di legittimità, in una recente e molto interessante pronuncia, resa in tema di sanzionabilità penale dei comportamenti astrattamente qualificabili come ipotesi «codificate» di elusione fiscale: cfr. Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, Dolce, in *Dejure*.

si, e se è consentita la metafora “anatomica”, una sorta di “amputazione” dello schema legale, invertendo l’ordine logico del giudizio di conformità del fatto storico al tipo⁴¹. In altri termini, la giurisprudenza esercita sulla fattispecie legale consegnata al processo una selezione di secondo grado sui contenuti tipologici concretamente esperibili in sede di accertamento; alla selezione primaria, svolta dal legislatore, si aggiunge un’impropria selezione “processuale”, orientata ad un mero criterio di utilità epistemica, la cui pervasività sulla struttura della fattispecie dipende dal materiale probatorio disponibile nonché dalle tipologie di prova (e di mezzi di ricerca della prova) che sono stati privilegiati nel corso delle indagini preliminari.

Al contempo, pur sempre attraverso l’attività di interpretazione/applicazione, la giurisprudenza tende alla surrettizia “negativizzazione” degli elementi costitutivi del fatto tipico, così da sollevare il pubblico ministero dall’onere sostanziale della prova dei presupposti della responsabilità penale, accollandola all’imputato, su cui inevitabilmente verrà a gravare il rischio della mancata dimostrazione della sussistenza del “fatto negativo”. Tendenza che è dato osservare, con particolare evidenza, soprattutto in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione prefallimentare (artt. 216 e 223 l. fall.), quando, in virtù di un’interpretazione della fattispecie che tende ad “astrattizzare” il pericolo concreto per l’interesse patrimoniale alla conservazione della garanzia creditoria, si presume il carattere distrattivo dell’atto di disposizione patrimoniale, rimettendo all’imprenditore, poi fallito, l’onere di giustificare la destinazione dei beni non rinvenuti dal curatore fallimentare ovvero la conformità della scelta gestionale al vacuo parametro dell’oggetto e degli interessi della società⁴².

⁴¹ Rilevano acutamente l’inversione del giudizio di conformità GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 845, secondo cui «è la norma ad essere sussunta sotto il fatto storico, attraverso la valorizzazione selettiva dei contenuti normativi compatibili con la struttura fattuale e l’eliminazione (o la riduzione a profili specificativi) dei segmenti normativi che non trovino corrispondenza nell’accadimento offensivo o pongano particolari difficoltà di accertamento»; v. anche CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2010, 149.

⁴² Così, si legge spesso nei repertori giurisprudenziali, che «la prova della distrazione può essere desunta dalla mancata dimostrazione, ad opera dell’amministratore, della destinazione dei beni» ovvero che «il mancato rinvenimento, all’atto della dichiarazione di fallimento, di beni e di valori costituisce, qualora non sia da questi [dall’imprenditore, N.d.A.] giustificato, valida presunzione della loro dolosa distrazione, probatoriamente rilevante al fine di affermare la responsabilità [dell’accusato, N.d.A.]» (cfr. Cass., Sez. V, 16 giugno 2015, Ballario e altri, ivi). Al contempo, è costante la conclusione secondo cui «i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualsiasi momento essi siano stati commessi e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l’impresa non versava in condizioni di insolvenza». Pertanto, «[n]on si richiede alcun nesso (causale o

Ancora più temibile, perché più carsica e, perciò, di difficile osservazione, è l'erosione della tipicità che si realizza non già intervenendo, in via ermeneutica, sul modello legale, bensì attraverso l'esercizio di un libero dominio sui criteri di prova e sulle regole di giudizio, grazie al quale si restringe o si amplia il perimetro tipico dell'incriminazione, modificandone i connotati morfologici e teleologici⁴³.

E ciò avviene - questo è un dato di speciale interesse - senza intaccare in via interpretativa il modello legale, né sconfessando i consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità, ai quali i giudici convintamente aderiscono, mentre rimodulano i contenuti della fattispecie sul piano della prova⁴⁴.

Il settore della criminalità organizzata di tipo mafioso costituisce, senza dubbio, un "luogo" di osservazione privilegiato per l'analisi e la comprensione critica dei fenomeni di interazione problematica tra dimensione tipica della fattispecie legale e dinamica probatoria interna al processo. D'altra parte, come autorevolmente suggerito, «è proprio nell'ambito della criminalità organizzata che è forse caduta in crisi la convinzione (qualcuno direbbe "la credenza") secondo la quale il diritto penale sostanziale può essere studiato, analizzato e soprattutto compreso in piena autonomia rispetto al destino processuale di quelle stesse norme ritenute oggetto esclusivo della dogmatica penalistica»⁴⁵.

Una spiegazione di questo "primato" (la criminalità organizzata come "terreno di elezione" dei fenomeni anzidetti) può essere agevolmente colta tramite una rapida analisi degli aspetti strutturali che qualificano tale settore, a comin-

*psichico) tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività» (cfr. *ex multis*, Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, Passarelli e altri, in *Dejure*). Valorizzando tali (apparenti) criteri di giudizio, il processo perviene a coniare un fatto penalmente rilevante (l'omessa giustificazione della destinazione dei beni, oggetto di presunta distrazione) che risulta alieno dal modello legale, delineato dalla norma incriminatrice.*

⁴³ Limpidamente, VOLK, *Diritto penale ed economia*, trad. it. a cura di Cavaliere, in Id., *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998, 207, quando osserva che « [...] molti problemi giudicati e risolti una volta nell'ambito del diritto sostanziale vengono trasferiti oggi nel diritto processuale e trattati come problemi di prova; la giurisprudenza segue la strategia del lasciare (nominalmente) immutata la definizione del concetto ed attuare le modifiche desiderate sulla punibilità tramite regole di prova»; in senso analogo, IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 156.

⁴⁴ PULITANÒ, *Crisi della legalità a confronto con la giurisprudenza*, cit., 42 ss., le ha definite "degenerazioni retoriche": su di esse si sconta l'effettività della funzione nomofilattica affidata alla giurisprudenza di legittimità.

⁴⁵ In tal senso, VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in *I reati associativi tra paradigmi probatori e diritto sostanziale*, a cura di Picotti, Fornasari, Melchionda, Viganò, Padova, 2005, 147.

ciare dalla ricognizione della singolare ottica politico-criminale che il legislatore ha perseguito nell'introduzione della fattispecie di «*Associazione di tipo mafioso*» ex art. 416-*bis* c.p., non a torto considerata il perno intorno al quale si collocano, in posizione evidentemente sussidiaria, le altre disposizioni che si inseriscono nel “microsistema”.

Non è più revocabile in dubbio, al netto delle valutazioni concernenti lo spessore (eternamente) “emergenziale” del fenomeno criminale mafioso, che la fattispecie associativa qualificata di cui all'art. 416-*bis* c.p. sia stata introdotta nell'ordito codicistico per assecondare un obiettivo di natura spiccatamente processuale: l'associazione di tipo mafioso trova la sua «*reale giustificazione [...] nello spingere la magistratura a costruire un certo tipo di inchieste*», a ricorrere ad un certo tipo di strumentario processuale, ivi compresi i mezzi di prova (fonte dichiarativa: collaborazione di giustizia) ad impostare il quadro probatorio secondo una precisa logica di “irradiazione”, che si rifletta – auspicabilmente – nella sentenza, a sua volta utilizzabile (art. 238-*bis* c.p.p.)– con forza centrifuga – in altri procedimenti, afferenti alla medesima fenomenologia criminale. In tal caso, fin dalla sua origine – che, poi, è quella che necessariamente condiziona lo svolgimento storico della fattispecie – la “legalità sostanziale” è sedotta da un pensiero processuale dominante, cioè è piegata «*[...] verso un certo tipo di processo, di indagini preliminari, verso il ruolo e verso peculiari modi di operare del pubblico ministero*»⁴⁶.

Ciò che interessa(va) è che la fattispecie associativa in esame agevolasse – secondo moduli ben noti – la magistratura inquirente nel condurre le investigazioni, nell'instaurazione – sovente acritica – dei procedimenti penali, al contempo fornendo alle Procure della Repubblica e nondimeno al giudice uno strumento normativo – l'art. 416-*bis* c.p., per l'appunto – caratterizzato da una duttilità morfologica e, di riflesso, probatoria, efficacemente spendibile in sede dibattimentale e al momento della decisione⁴⁷.

La speciale sensibilità che la fattispecie associativa manifesta in rapporto alle esigenze di prova emergenti nel corso del procedimento di accertamento altro non è che l'esatto riflesso del *deficit* di determinatezza che affligge tale figura incriminatrice, la cui esangue tipicità ben può essere considerata una sor-

⁴⁶ Per tutti, NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, 265, che conclude nel senso di annoverare l'art. 416-*bis* c.p. tra le più «*importanti norme di rilievo processuale*», giacché «*[...] attualmente il rapporto [tra norma sostanziale e processo] tende a rovesciarsi: ora è la disciplina incriminatrice che spesso viene scelta e costruita, in funzione di un certo tipo di processo*».

⁴⁷ Coglie tale aspetto, con particolare efficacia, MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, cit., 10 ss.; nello stesso senso, SIRACUSANO, *Reati associativi e processo penale*, in *I reati associativi*, Milano, 1998, 191 ss.

ta di “esasperazione” o approfondimento delle carenze di descrittività che già caratterizzavano⁴⁸ l’associazione a delinquere semplice (art. 416 c.p.), sotto diversi profili (struttura organizzativa, condotta di partecipazione)⁴⁹.

E’ stato già posto in luce come «*il problema della prova e della sua valutazione non è separabile da quello della struttura dell’incriminazione*»⁵⁰; eppure, con riferimento al delitto associativo *ex art. 416-bis c.p.*, la reciproca influenza tra tipicità e dinamica probatoria assume proporzioni e significati di singolare rilievo. Per vero, l’indeterminatezza del tipo legale si traduce, a contatto con i meccanismi del processo, nella carenza di definizione del *thema probandum*, in funzione del quale dovrebbero esprimersi la dialettica processuale e il contraddittorio nella formazione della prova.

La mancata definizione dell’oggetto della prova, che è conseguenza di quel *deficit* sostanziale di tecnica normativa, ha consentito «*la fissazione giurisprudenziale dei contenuti precettivi*»⁵¹ dell’illecito associativo, delegando al processo o, per meglio dire, al procedimento probatorio, un’impropria funzione di selezione “primaria” dei fatti penalmente rilevanti (c.d. formazione giudiziale della fattispecie⁵²). In tale prospettiva si spiega il sistematico “interscambio”⁵³ tra elementi costitutivi e circostanze indizianti (elementi probatori) cui si

⁴⁸ Senza che la prassi applicativa - aggiungiamo - abbia in alcun modo tentato di “sanare” le carenze in punto di determinatezza della fattispecie associativa semplice: anzi, l’uso giudiziale di tale figura incriminatrice segnala una costante deformazione della latitudine applicativa della norma incriminatrice, sovente “impiegata” a meri fini processuali, senza alcun approfondimento probatorio in ordine al profilo di tipicità che qualifica la fattispecie associativa: la sussistenza di una struttura organizzativa che sia quanto meno astrattamente idonea alla realizzazione del programma criminoso prefissato. La tendenza è ampiamente diffusa sul versante del c.d. diritto penale dell’economia, dove l’imputazione *ex art. 416 c.p.* si cumula alla contestazione del contributo concorsuale *ex artt. 110 c.p. e ss.*: su tale aspetto, si veda l’interessante analisi di BASILE, *Gli incerti confini dell’associazione per delinquere nel contesto della criminalità d’impresa*, in *Giur. comm.*, 2014, 511 ss.

⁴⁹ Per tale rilievo, INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. Giust.*, 2002, 579 ss.

⁵⁰ Così, INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., 576.

Nel senso che la peculiare struttura dell’incriminazione si riverbera sui modi della valutazione probatoria, si ritengono essenziali gli studi di MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in *Scenari di mafia*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2010 491 ss.; Id., *L’avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, in *La Corte d’Assise*, 2010, spec. 366 ss.; Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, cit., 199 ss.

⁵¹ In questi termini, GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 846.

⁵² Sul punto, si veda INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., 579.

⁵³ Sul tema della surrogazione probatoria degli elementi del fatto tipico, per tutti, PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, cit., 539, là dove osserva: «*quando l’oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l’oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale*».

assiste quando il processo ha ad oggetto la contestazione di una partecipazione associativa semplice o di una condotta di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso.

La declinazione della tipicità legale nel processo, operata ora dal giudice, ad es. nel giudizio di sussunzione del fatto storico, ora dal Pubblico ministero, in sede di formulazione dell'imputazione⁵⁴ o ancor prima⁵⁵, dipende dai compendi probatori disponibili nella singola vicenda, variando, di volta in volta, in funzione della loro singolare consistenza⁵⁶. Si è parlato, con espressione efficace, di un «*adeguamento pragmatico, a geometria variabile, dell'oggetto della prova alle prove che dell'oggetto si hanno ed, ancor prima, al tipo di indagini preliminari che si sono condotte*»⁵⁷.

ziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato all'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono».

⁵⁴ La commistione tra profili sostanziali e probatori si verifica fin dal momento “nascente” del processo penale, cioè all'atto di formulare l'imputazione per un “fatto” di criminalità organizzata: sul punto, si consideri FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 253.

Il tema meriterebbe una trattazione a sé; ci si limita a segnalare i contributi che, più di recente, esprimono una singolare sensibilità al problema della formulazione della contestazione, come essenziale riflesso del principio di tipicità, a cominciare dall'ormai celebre requisitoria pronunciata dal Sost. Procuratore Generale, cons. Iacoviello, in IACOVELLO, *Processo Dell'Utri: la requisitoria del consigliere Iacoviello*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2012, che ha dato luogo alle significative riflessioni di: VISCONTI, *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 247 ss.; FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., 251 ss.; PULITANÒ, *La Requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 257 ss.; MOROSINI, *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 261 ss.; MAIELLO, *Luci ed ombre sulla cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 265 ss.; FIANDACA, VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *questa Rivista*, 2012, 489-491.

Più in generale, con riguardo all'essenziale rilievo che assume il tema dell'imputazione come primario presidio di tipicità nella costruzione progressiva della fattispecie concorsuale (ex artt. 110 ss. c.p.), si veda DI MARTINO, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di De Francesco, Torino, 2011, 157 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

⁵⁵ Nel senso che il pubblico ministero tende a costruire l'imputazione «a misura del materiale probatorio di cui dispone, a costo di tralasciare o di impoverire qualche elemento della fattispecie associativa astratta, oppure di presumere la prova; e questo modo di procedere viene, talora, assecondato dal giudice»: CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., 146, ed ivi i puntuali riferimenti giurisprudenziali.

⁵⁶ In tema, anche MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, cit., 100.

⁵⁷ Così, CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., 146. Sul tema del sistematico interscambio tra fatto e prova che si realizza con riferimento alle fattispecie in disamina, si considerino, tra gli altri: MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di Patalano, Torino, 2003, 269 ss., ora pubblicato in Id., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, in *Raccolta di scritti*, cit., 41 ss., spec. 51; DE FRANCESCO,

In tal modo, la legalità (sostanziale), che il processo dovrebbe teoricamente garantire subisce un fragoroso “rovesciamento”: quando gli elementi di prova assumono le parvenze sostanziali di requisiti di tipicità, il momento della qualificazione giuridica, cioè la verifica di conformità del fatto storico al tipo legale, si esaurisce ineluttabilmente nell’accertamento probatorio.

Le esemplificazioni di un tale approccio riduzionista e strumentale alla tipicità legale sono molteplici: sul versante della partecipazione semplice all’associazione di tipo mafioso, la mera “affiliazione rituale” (la «*punciuta*», se si tratta di un contesto tecnicamente mafioso⁵⁸), l’avvicinamento, la disponibilità espressa o *aliunde* manifestata in favore dell’associazione⁵⁹, pur in assenza di attività concrete che vi abbiano dato corpo, le “frequenzazioni” di mafia, la partecipazione ai “discorsi di mafia”, la conoscenza dell’organigramma e dei “codici” disciplinari, il solo concorso nei reati-scopo dell’organizzazione, sono stati ritenuti da soli sufficienti ad integrare, sul piano oggettivo, l’intranità associativa, prescindendo da ogni ulteriore riscontro probatorio in ordine all’effettivo e permanente “inserimento strutturale” del soggetto nel tessuto organizzativo dell’ente e in assenza della prova di atti che siano espressione del ruolo dinamico e funzionale assunto ovvero che abbiano fornito un contributo causale all’associazione, a seconda dell’impostazione esegetica prescelta (v. *ultra*). Non dissimili le valutazioni in tema di compartecipazione esterna al sodalizio criminoso, dove l’interferenza delle esigenze epistemiche sul piano sostanziale, al netto delle adesioni retoriche ai modelli di tipicità definiti dalla giurisprudenza di legittimità, si è tradotta nello scardinare l’apparente rigorismo dimostrativo del giudizio condizionalistico, su cui tuttora si pretende - vanamente - di fondare la rilevanza del contributo concorsuale dell’*extraneus*⁶⁰.

Il fatto tipico dunque collassa sull’instabile e fragile dato probatorio: le implicazioni sul crinale sostanziale si colgono, soprattutto con riferimento alla par-

Concorso di persone, reati associativi, concorso nell’associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa, in *Scenari di mafia*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010, spec. 138; FIANDACA, VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno*, cit., 489 ss.; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 24 ss. All’interdipendenza funzionale che si istituisce tra concetti sostanziali e dinamiche della prova, nel settore in esame, dedica ampia parte della sua indagine VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 232 ss., 309 ss. e 418 ss.

⁵⁸ E, in una variante, l’assunzione della mera qualifica di «uomo d’onore», anche per effetto di una procedura di “legalizzazione” del vincolo associativo (rectius, giuramento): su questo aspetto, le nitide osservazioni di DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, 3502.

⁵⁹ Sul punto, CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., 146 ss.

⁶⁰ V. *intra*, nt. 86.

tecipazione associativa interna, nella tendenza a retrocedere la soglia di rilevanza penale al mero tentativo di partecipazione (art. 115, comma 1, c.p.), costituito dall'accordo ovvero dall'adesione psicologica dell'agente al fenomeno plurisoggettivo, inverando, nella prassi applicativa, un modello di incriminazione profondamente distante dai più tranquillizzanti lidi di un diritto penale del fatto, saldamente ancorato alla materialità ed offensività del reato (anche associativo) e al rigetto di ogni concezione larvamente soggettivistica e sintomatica della partecipazione associativa (anche esterna)⁶¹, finanche quando si tratti di fenomenologie criminali che animano nella comunità e, di riflesso, nella giurisdizione, clamori emergenziali e inconfessabili "militarismi" repressivi.

Si è già detto, poco sopra, come l'interazione tra fattispecie (sostanziale) e processo non possa essere concepita in termini unidirezionali: in realtà, sono anche i modi dell'accertamento processuale, congegnati dal legislatore e praticati dalla magistratura, a condizionare significativamente⁶² il realizzarsi della fattispecie legale nel processo penale. Si intende alludere, più propriamente, al progressivo affermarsi di un modello processuale differenziato (c.d. "doppio binario") in funzione della peculiare tipologia criminale di cui trattasi⁶³. La declinazione del "paradigma emergenziale" sul piano del processo si è prontamente tradotta in una sensibile attenuazione dello standard di garanzie (processuali) riconosciute al c.d. "imputato pericoloso"⁶⁴, cioè quel soggetto che, a seguito della contestazione di un "fatto" di criminalità organizzata, è destinato ad accedere ad un modulo di accertamento della responsabilità penale che, variamente derogando agli istituti del contraddittorio nella formazione della prova, risulta informato ad un efficientismo probatorio che appare, per molti versi, una compiuta rievocazione del rito inquisitorio.

Deve prendersi atto, d'altronde, come suggerito da attenta dottrina⁶⁵, che, nell'ordinamento italiano, l'adozione di un modulo di accertamento differen-

⁶¹ Coglie queste «deviazioni» da un «diritto penale del fatto», CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., 149.

⁶² V. *retro*, par. 1.

⁶³ Amplius, MOROSINI, *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in *Scenari di mafia*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2010, 535 ss. Una prospettiva critica, ancora attuale, è offerta da STORTONI, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Crit. dir.*, 1996, 173 ss.; ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, II, 546 ss.

⁶⁴ Categoria soggettiva e processuale acutamente indagata da MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione di innocenza)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1 ss.

⁶⁵ Si veda ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. dir.*, 1994, 522 ss.

ziato ha attinto la parte più intima e, per così dire, “identitaria” dell’impianto cognitivo del “giusto processo”, cioè il piano della valutazione delle prove, di regola rimesso al libero convincimento del giudice ed immune dalle tendenze legislative a specializzare il procedimento di accertamento al fine di rendere più pronta, sicura ed efficace la “risposta giudiziaria”⁶⁶. Si tratta, a ben vedere, di un “eccezionalismo italiano” che, oltre a porre delicati problemi di legittimità costituzionale (artt. 24, comma 2, e 111 Cost.), e di ragionevolezza sotto il profilo della disparità di trattamento cui sembra dar luogo l’adozione di un regime processuale differenziato per determinate categorie di indagati/imputati⁶⁷, agevola e acuisce l’efficacia performativa che la dinamica probatoria esercita sul piano della tipicità sostanziale, nei processi per fatti di criminalità organizzata.

Infine, ad aggravare ulteriormente le criticità che caratterizzano il reciproco interferire tra profili sostanziali e dinamiche probatorie, vi è senza dubbio da considerare l’incidenza di fattori c.d. extra testuali (precomprensioni ermeneutiche, in forma di pregiudiziali di ordine socio-criminologico⁶⁸) nel ragionamento giudiziario, capaci di condizionare, in modo perlopiù surrettizio, la concretizzazione della *regula iuris* da parte del giudice nel caso concreto, sia sotto il profilo della valutazione del materiale probatorio acquisito, sia con riguardo alla stessa definizione ermeneutica degli estremi delle condotte penalmente rilevanti. Emblematica, in tal senso, l’esperienza applicativa della fattispecie di concorso esterno nel particolare settore delle relazioni tra imprenditoria e criminalità organizzata di tipo mafioso, in cui l’adesione del giudice ad un determinato paradigma socio-criminologico di comprensione del contesto storico in cui si situa il fatto contestato, ha influenzato sensibilmente l’operazione giudiziale di enucleazione dei presupposti sostanziali di una “contiguità compiacente” e, perciò, punibile a titolo di concorso esterno (o, in alcuni casi, di partecipazione), per differenziarla dall’antitetica ipotesi di “contiguità soggiacente” dell’imprenditore al sistema *lato sensu* estorsivo

⁶⁶ Su questo “uso linguistico”, si condividono le acute riflessioni di NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, cit., 653 ss.

⁶⁷ Così, INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., 576.

⁶⁸ La cui comprensione si deve al prezioso studio di FIANDACA, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, spec. 357 ss.; più di recente, approfondisce il rapporto tra modelli criminologici esperienziali e fattispecie incriminatrici, RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Paliero, Dolcini, 2006, Milano, 693 ss.

dell'organizzazione criminale⁶⁹. In realtà, la soluzione del caso concreto è spesso dipesa dalla chiave di lettura (storico-sociologica; criminologica) della c.d. ambientazione tipica della condotta oggetto di imputazione, risolvendo il tema “sostanziale” sul versante della valutazione probatoria⁷⁰.

3. La pervasiva incidenza sulla tipicità delle c.d. pregiudiziali socio-criminologiche. Il caso delle mafie delocalizzate in aree di non tradizionale radicamento

Che il processo penale - e, in particolar modo, quello avente ad oggetto «fatti» di criminalità organizzata, dove le contestazioni assumono spesso carattere narrativo, e le stesse fattispecie (art. 416-*bis*) risultano permeabili alle seduzioni di un approccio storiografico⁷¹ al fenomeno criminale mafioso in sé per sé considerato⁷² - non possa fare a meno di un sapere extragiudiziale preformato e progressivamente accumulatosi, trasfuso in dati esperienziali che fun-

⁶⁹ Su questo “caso tipologico” (contiguità imprenditoriale all'organizzazione criminale di tipo mafioso), si considerino: FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 ss.; VISCONTI, *La punibilità della contiguità alla mafia fra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Quest. Giust.*, 2002, 594 ss.; MOROSINI, *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., 551-552; GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1185 ss.; di recente, BALSAMO, LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano, Torino, 2015, 139 ss.; CENTONZE, TINEBRA, *Il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e la delimitazione delle aree di contiguità nell'esperienza giurisprudenziale*, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di Romano, Tinobra, Milano, 2013, pp. 186 ss.

⁷⁰ Alla luce di quanto osservato nel testo, non è affatto casuale che il primo tentativo di definizione di uno «statuto» di utilizzabilità (in senso a-tecnico, si intende) dei saperi extragiuridici di carattere storico o socio-criminologico sia stato compiuto dalla Corte di Cassazione in materia di c.d. contiguità imprenditoriale alle associazioni di tipo mafioso: cfr. Cass., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, 631 ss., con nota di VISCONTI, *Imprenditori e camorra: l'«ineluttabile coartazione» come criterio discrezionale tra complici e vittime?*

⁷¹ Sulla necessaria alternatività tra approccio storiografico e giudiziario, paiono sempre profonde le riflessioni di GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Milano, 2006, *passim*; più di recente, esplora concretamente le aporie cui conduce la commistione tra le due prospettive, il bel libro di FIANDACA, LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Roma-Bari, 2014, *passim*. Con riguardo ad un altro contesto sistematico (delitti contro la personalità dello Stato; delitti politici), si rammenta la conclusione formulata da PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in *Il delitto politico. Dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 180 ss., che appare idonea a descrivere, mutatis mutandis, la dinamica del processo volto ad accertare una responsabilità penale per un fatto di criminalità organizzata; in esso si animano, per alcuni versi amplificate, le medesime tensioni dialettiche colte dall'Autore.

⁷² Nel senso che è un fenomeno storico, in tutta la sua complessità, a costituire precipuo oggetto di accertamento nei giudizi di responsabilità penale relativi alla contestazione del delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., si veda l'acuto rilievo di NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., 266.

gono da nutrimento necessario ai percorsi inferenziali (prove indiziarie) è un dato ormai acquisito e condivisibile⁷³, salvo non dismettere un approccio critico sull'impiego giurisprudenziale e sull'instabile valore epistemico delle massime di esperienza ("illazioni universalmente acquisite") spese nei processi "di mafia". La centralità delle massime di esperienza e del "sapere" socio-criminologico di cui è depositario il giudice trova una chiara conferma nella giurisprudenza di legittimità che, nel (ri)definire lo statuto di tipicità del concorso esterno alla luce di un rigoroso e altrettanto apparente modello causale, imperniato su una verifica *ex post* dell'efficacia eziologica del contributo concorsuale, ha individuato nelle «*massime di esperienza dotate di empirica plausibilità*» il parametro "nomologico" in virtù del quale svolgere il giudizio⁷⁴. Non è difficile constatare come un siffatto riferimento (massime dotate di empirica plausibilità) si risolva in una "attenuazione qualitativa" del rigore epistemico di tali parametri di giudizio, se rapportato al necessario carattere "generalizzato" delle massime di esperienza, individuato dal giudice di legittimità nella sentenza Franzese⁷⁵, il cui impianto, salvo correzioni (come quella evidenziata) si è tentato di riprodurre in materia di concorso nel reato associativo. Tale circostanza, se da un lato consente di semplificare l'accertamento dell'efficacia causale della condotta di sostegno esterno all'organizzazione criminale, segnalando un altro spazio di "interferenza", dall'altro tende ad aggravare le criticità che affliggono la ricostruzione in chiave causale della tipicità del concorso *ex artt. 416-bis e 110 c.p.*, rendendo plasticamente evidente lo "stadio" intuitivo-impressionistico cui è destinato a degradare il giudizio di causalità nella prassi applicativa⁷⁶. Esiste, dunque, un uso ed un "abuso" dei parametri di esperienza, così come

⁷³ Sul punto, per tutti, MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., 491 ss., spec. 493; Id., *L'avvicinato è un associato di mafia: le cornici sostanziali e i riflessi processuali*, cit., 2010, spec. 366 ss.; Id., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, cit., 199 ss.

⁷⁴ Il riferimento, come intuibile, è a Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80ss.

⁷⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1132 ss.

⁷⁶ Note le criticità che inevitabilmente affliggono la ricostruzione in chiave eziologica della fattispecie di concorso esterno, sia da un punto di vista dogmatico, sia sul versante della realizzabilità processuale di tale modello di tipicità: per tutti, DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, cit., 130 ss.; Id., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.; Id., *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, 3913 ss.; PADOVANI, *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Legisl. pen.*, 2012, 729 ss.; Id., *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 487 ss.; FIANDACA, VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemico"*, cit., 495 ss.; Id., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro.it*, 2006, II, 86 ss.; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 24 ss.

non può sottacersi la tendenza ad ampliare l'ambito materiale del "fatto notorio"⁷⁷, al fine di evitare che su di esso si esprimano le potenzialità critico-dialogiche del contraddittorio⁷⁸; anche le massime di esperienza, che si inseriscono nel procedimento inferenziale, rimangono immuni alla dialettica del processo e agli argomenti della difesa, il cui margine operativo, di fronte ad una prova logica così impregnata di preconcetti, si limita alla mera contemplazione di un risultato probatorio che si forma altrove, secondo logiche inattingibili⁷⁹.

Una pur rapida ricognizione del formante giurisprudenziale più recente conferma come l'utilizzo alluvionale di tali moduli probatori e il ricorso alla "pre-comprensione" del sapere extragiudiziale abbiano sensibilmente condizionato la ricostruzione ermeneutica della fattispecie legale (art. 416-*bis* c.p.), consentendo al giudice di "modulare" la struttura del fatto tipico, nei singoli elementi che lo compongono, in funzione delle esigenze probatorie che emergono nel procedimento.

In tempi più recenti, l'«*offensiva probatoria*»⁸⁰ si è soprattutto concentrata, come è dato riscontrare nelle vicende giudiziarie legate alle infiltrazioni delle mafie c.d. tradizionali (in particolare, la '*ndrangheta*') nelle aree asseritamente refrattarie alle dinamiche del "controllo" mafioso e alla sub-cultura che ne costituisce l'*humus* per il suo radicamento, sull'elemento del «metodo mafioso» e della conseguente condizione di assoggettamento ed omertà che ne dovrebbe costituire il riflesso.

Rispetto a tale requisito di fattispecie, che contribuisce - come noto - a caratterizzare l'associazione a delinquere di tipo mafioso come "reato a struttura mista", parte della giurisprudenza - di merito e di legittimità⁸¹ - ha sperimentato

⁷⁷ Paradigmatica in tal senso, App. Torino, 10 dicembre 2013, Bandiera. Sul medesimo utilizzo abusivo della categoria del "fatto notorio", questa volta in materia di associazione con finalità di terrorismo ex art. 270-*bis* c.p., per rispondere alle istanze repressive avvertite con riguardo al fenomeno del terrorismo di matrice islamico-*jihadista*, si vedano le acute osservazioni di VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 3959, ove si propone, peraltro, una dettagliata disamina delle "scorciatoie probatorie" esperite in quel contesto sistematico.

⁷⁸ Limpidamente, MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., 496.

⁷⁹ Sul peculiare atteggiarsi della prova indiziaria nell'ambito dell'accertamento dei fatti di criminalità organizzata, si veda soprattutto BARGI, *La prova indiziaria nell'accertamento del fatto di partecipazione o di concorso nell'associazione mafiosa ed in altre associazioni di criminalità organizzata*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 913 ss.

⁸⁰ Terminologia brillante coniata da VOLK, *Diritto penale ed economia*, cit., 207.

⁸¹ In argomento, per tutti, VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416-bis?*, cit., 353 ss.; BALSAMO, RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416-bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss.; SERRAINO, *Associazioni*

tato una lettura riduttiva e semplificante, volta, più nello specifico, a sterilizzarne il riverbero sul versante probatorio.

È intuibile, d'altra parte, che la prova di una "capacità mafiosa" effettiva, attuale ed obiettivamente riscontabile, tale da determinare nel contesto territoriale di riferimento una condizione di assoggettamento ed omertà empiricamente consistente, avrebbe costituito un "ostacolo" alla pronta affermazione di una responsabilità penale, depotenziando, di conseguenza, l'efficacia della "risposta giudiziaria" in relazione ad una fenomenologia criminale (le infiltrazioni mafiose nelle regioni del Nord Italia) avvertita dalle corti territoriali come un'urgenza repressiva⁸². Per ovviare all'insolubile problema probatorio, la giurisprudenza propone una sorta di riconversione ermeneutica del requisito in esame⁸³ che ne stempera i caratteri dell'attualità e concretezza: è sufficiente, così, che la capacità intimidatoria del sodalizio esista in una dimensione meramente potenziale e virtuale, prescindendo, da un lato, dalla necessità di accertarne un'esteriorizzazione in termini di specifici atti, riferibili ai componenti del sodalizio ed espressivi del coefficiente intimidatorio raggiunto dall'organizzazione, e, dall'altro, dalla realizzazione di una condizione di assoggettamento ed omertà esterna (e non solo interna alla compagine associativa).

Al di là del merito delle vicende giurisprudenziali, ciò che qui interessa rilevare è il modo attraverso il quale si giunge ad una radicale funzionalizzazione del tipo legale al tema della prova: l'analisi delle decisioni giudiziarie che, in varia guisa, aderiscono all'orientamento poc'anzi descritto consente di focalizzare l'invasività delle pregiudiziali socio-criminologiche, sovente "formalizzate" in presunte massime di esperienza. Si ricorre, così, alla tesi dell'unitarietà del fenomeno criminale "ndrangheta"⁸⁴ per dedurne, sul piano

'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416-bis c.p., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 264 ss.

⁸² La lettura dei percorsi motivazionali sviluppati dai giudici di merito, l'analisi del linguaggio impiegato, l'approccio adottato, costituiscono, ad avviso di chi scrive, un compiuto e nitido manifesto di quel finalismo repressivo di cui la giurisprudenza, in alcune occasioni, si rende autentica ed efficace interprete; sul punto, ancora PULITANÒ, *Crisi della legalità a confronto con la giurisprudenza*, cit., 42 ss.

⁸³ *Amplius*, su tale elemento costitutivo, DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, 1987, 286 ss., spec. par. 8; NOTARO, *Art. 416-bis e "metodo mafioso", tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1475 ss.; RONCO, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di Romano, Tinebra, Milano, 2013, 75 ss.; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 120 ss., ed ivi ampi riferimenti.

⁸⁴ Cfr., tra le altre, e limitandosi alla giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. V, 7 maggio 2013, Maiolo, in *ItalgireWeb*; Id., Sez. V, 24 aprile 2013, Marino, in *ItalgireWeb*; Id., Sez. V, 7 maggio 2013, Marino N., in *ItalgireWeb*. Sul pervasivo utilizzo di tale "modello" socio-criminologico nei procedimenti (cc.dd. «*Minotauro*», «*Alba Chiara*», «*La Svolta*») che riguardano la delocalizzazione della 'ndrangheta

dell'accertamento e con i riflessi già descritti in punto di qualificazione giuridica, la sussistenza di una potenziale capacità di intimidazione del "locale" impiantato in un contesto refrattario, derivata dall'appartenenza e dal collegamento funzionale che persiste con la "casa madre", da cui mutua, come in un rapporto di *franchising*, il "marchio d'origine", il *know how* organizzativo, la "fama criminale" e, in ultima analisi, il coefficiente intimidatorio, che non necessita, pertanto, di esteriorizzazioni ambientali (c.d. mafia silente⁸⁵.)

Le implicazioni sostanziali di una tale "gestione prasseologica" della fattispecie associativa di cui all'art. 416-*bis* c.p. sono di agevole intuizione: si assiste, infatti, alla riduzione morfologica del fatto tipico, che risulta imperniato sul solo elemento dell'organizzazione idonea alla realizzazione del programma criminoso, così aderendo ad un modello di reato associativo c.d. a struttura "pura". Da ciò consegue, peraltro, la sostanziale edulcorazione del nucleo "offensivo" o tipologico dell'incriminazione di cui all'art. 416-*bis* c.p., il cui elemento specializzante (il "metodo mafioso") - che dovrebbe giustificare, in un'ottica di proporzione, l'impennata sanzionatoria rispetto all'associazione semplice - è, in ultima analisi, postulato *in re ipsa*, sollevando la pubblica accusa dall'onere sostanziale di provarne la sussistenza in giudizio. Infine, in una prospettiva più generale, ciò che appare più discutibile - e francamente inquietante - è la tendenza a differenziare la tipicità in funzione non solo dei compendi probatori disponibili nel singolo processo - atteggiamento, questo, ampiamente documentato nell'esperienza applicativa - ma anche dei contesti geografici in cui la fattispecie è destinata a trovare applicazione, quasi ad immaginare una legalità itinerante, a due velocità, variabile al ricorrere di una diversa competenza territoriale⁸⁶, fino ad ipotizzare tanti "sotto-tipi associativi" quanti sono i differenti contesti di radicamento o le speciali caratteristiche antropologico-culturali del fenomeno criminale in esame⁸⁷.

in contesti territoriali tradizionalmente immuni al fenomeno mafioso, si veda la puntuale analisi di SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss.

⁸⁵ Ritengono applicabile l'art. 416-*bis* c.p. finanche alle fattispecie concrete relative a sodalizi criminosi che non abbiano concretamente espresso, nel contesto ambientale di riferimento, un'effettiva e concreta capacità intimidatoria (paradigma socio-criminologico della c.d. "mafia silente"), *ex plurimis*, Cass., Sez. II, 11 gennaio 2012, Romeo, in *Dejure*; Id., Sez. I, 10 gennaio 2012, Garcea, in *Dejure*; Id., Sez. V, 19 marzo 2013, Benedetto Massimo, in *Dejure*. Per l'opposto orientamento, cfr. invece, tra le altre, Cass., 20 dicembre 2013, D'Onofrio-Tamburi, in *ItalgireWeb*; Id., Sez. II, 24 aprile 2012, Barbara e altri, in *ItalgireWeb*; Id., 13 febbraio 2006, Bruzzaniti, in *Italgire Web*.

⁸⁶ In questi termini, VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente "al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss.

⁸⁷ Si allude al tema delle c.d. "mafie etniche", rispetto alle quali la giurisprudenza, nelle occasioni in cui si è pronunciata, ha tuttavia intrapreso percorsi meno "evasivi" dell'ordito legale della norma incrimina-

Forse mere congetture: eppure la realtà applicativa ha esattamente dimostrato come la considerazione del “contesto ambientale”⁸⁸ sia dirimente nell’adottare una determinata impostazione ricostruttiva intorno ai caratteri obiettivi del reato associativo e all’accertamento di una reale o virtuale capacità di intimidazione⁸⁹.

4. La partecipazione interna come fattispecie a tipicità “variabile”: le deviazioni della prassi giurisprudenziale dallo statuto organizzatorio-strutturale dell’intraneità associativa. Una lettura critica

È consapevolezza matura nel dibattito scientifico la conclusione secondo cui la fisionomia e la struttura del fatto di partecipazione interna all’associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) costituisce il risultato di un articolato processo di elaborazione giurisprudenziale che si è infine concluso - almeno apparentemente - con l’intervento nomofilattico delle Sez. un. Mannino (2005)⁹⁰, che ha definitivamente accreditato il “protocollo” di tipicità dell’intraneità associativa fondato sul noto modello organizzatorio-strutturale, soprattutto nella prospettiva di operare una necessaria *actio finium regundorum* con la limitrofa figura incriminatrice del concorso esterno, anch’essa oggetto, come appare acclarato, di un tumultuoso e ondivago percorso di fissazione prasseologica dei suoi contenuti morfologici.

Come noto, il contributo giurisprudenziale si caratterizza per il tentativo di conferire corporeità e uno specifico spessore offensivo alla condotta di parte-

trice, rispetto a quanto si è registrato in materia di delocalizzazione “al Nord” delle c.d. mafie storiche; si veda, sul tema, AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall’interazione tra “diritto penale giurisprudenziale” e legalità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 266 ss.

⁸⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 3 marzo 2015, Bandiera e altri, in *Dejure*, che, in ultima analisi, ritiene ammissibile differenziare l’interpretazione della norma incriminatrice (art. 416-*bis* c.p.), in sede applicativa, in funzione delle «precondizioni fattuali» che emergono dalla fattispecie concreta. In senso analogo, cfr. anche Cass., Sez. VI, maggio 2015, Catalano e altri, in *Dejure*; Id., Sez. VI, maggio 2015, Magnis e altri, in *Dejure*.

⁸⁹ Lungo tale dorsale problematica, peraltro, si svolge un aperto contrasto interpretativo, in seno alla Corte di Cassazione, destinato ad assumere le dimensioni di un autentico conflitto sincronico di giurisprudenza, con i noti riverberi negativi in tema di legalità-determinatezza, se si persevera nella miopia di non voler vedere ciò che invece appare lampante, derubricando le divergenze ermeneutiche intorno alla necessità di fornire la prova di un’effettiva, attuale ed obiettiva capacità di intimidazione a mere discrepanze linguistiche. In argomento, per tutti, oltre ai contributi già citati, VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la “mafia silente” al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, cit., 1 ss.

⁹⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732, con nota di BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*; altresì pubblicata in *Foro it.*, 2006, II, 80, con nota di FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

cipazione interna, valorizzando l'aspetto dinamico e funzionale del nucleo minimo di tipicità già individuato dalla sentenza Graci⁹¹ (così come recepita dalle Sez. un. Demitry⁹²) e consistente nell'assunzione e svolgimento di un ruolo (o funzione) nel contesto organizzativo ed operativo dell'ente criminale. Lo sforzo ermeneutico si è così tradotto in un approfondimento semantico del concetto di "partecipazione" ("far parte"), traendo dall'enunciato testuale un'inequivoca indicazione nel senso di esigere che l'intraneità associativa non sia ridotta alla mera acquisizione di uno *status* di appartenenza (*rectius*, di membro dell'organismo associativo⁹³, con una data qualifica formale), con intuibili rischi di derive formalistiche nell'accertamento del fatto di partecipazione, come, solo per esemplificare, la tendenza ad assorbire la condotta tipica nella sola prova dell'avvenuto conferimento (o riconoscimento *de facto*) di una qualifica formale (di "uomo d'onore") in capo al soggetto agente, pur difettando qualsivoglia certezza processuale in ordine all'effettività del ruolo attribuito e allo svolgimento del medesimo nel contesto della compagine organizzativa.

Sennonchè, prima di procedere ad una disamina dei profili di carattere dogmatico e sostanziale che concernono lo statuto di tipicità dell'intraneità associativa, di matrice spiccatamente giurisprudenziale, come già si diceva, appare quanto mai opportuno, nell'ottica di analisi c.d. integrata che si è adottata, prendere atto dell'imponente incidenza che le dinamiche probatorie hanno esercitato nella graduale affermazione di un paradigma di incriminazione della partecipazione interna informato al modello organizzatorio, attraverso le molteplici stagioni interpretative cui si è avuto modo di assistere in questa caratteristica esperienza di *law action*. Ciò al fine di verificare, in ultima istanza, come le conclusioni raggiunte sul versante sostanziale, in tema di partecipazione interna, sebbene apprezzabili alla stregua della costellazione dei principi che fondano un diritto penale del fatto colpevole, siano tuttora incapaci di opporre un'efficace resistenza alle prepotenti interferenze del momento probatorio, a loro volta funzionali ad assecondare le esigenze repressive legate all'apprezzamento di disvalore del fatto storico contestato nella singola vicenda processuale, con soluzioni inevitabilmente evasive dello statuto di tipicità dell'intraneità associativa, congegnato dalla giurisprudenza di legittimità.

Di particolare rilievo è l'atteggiamento che si ha modo di riscontrare nelle più

⁹¹ Cfr. la ben nota Cass., Sez. fer., 1° settembre 1994, Graci, in *Cass. pen.*, 1995, 539 ss., con nota di PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*.

⁹² Cfr. Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, 422 ss.

⁹³ Cfr. Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mammìno, cit., 4.

coeve decisioni giudiziarie in cui si fa applicazione della fattispecie di partecipazione interna, secondo il modello delineato dal formante giurisprudenziale: il giudice, nell'enucleazione della *regula iuris* spendibile nel caso concreto, cioè nel momento di ricostruire gli estremi del tipo legale in rapporto al quale si svolgerà la verifica di conformità, si adegua convintamente ai consolidati principi e agli orientamenti della giurisprudenza in ordine alla definizione degli elementi costitutivi della condotta associativa, che risultano ampiamente richiamati nella parte motivazionale delle pronunce in parola. Ciononostante, le deviazioni da quello stesso modello cui, retoricamente, si dichiara di aderire, si realizzano, come accennato, sul versante della prova, allorché il giudice è chiamato a verificare la consistenza e correttezza logica dei percorsi inferenziali che conducono all'accertamento della condotta partecipativa e del relativo criterio soggettivo di imputazione.

Il controllo di legalità, volto a verificare che la ricostruzione interpretativa della fattispecie incriminatrice (l'enucleazione della *regula iuris* applicabile nel caso concreto) si mantenga entro i limiti segnati dalla previsione legale e, più esattamente, scolpiti dalla giurisprudenza, perde ineludibilmente pregnanza, per l'assorbente ragione che la violazione del principio di tassatività si realizza in quella fase del ragionamento giudiziario che concerne la valutazione dei risultati probatori, quando il giudice, posto di fronte al quadro indiziario, ha modo di verificare se la circostanza storica accertata (es. lo svolgimento occasionale di attività di carattere logistico in favore del sodalizio mafioso) sia sufficiente per ritenere provata l'intraneità associativa dell'agente *ex art. 416-bis c.p.*

Il discorso sulla qualificazione giuridica si confonde con il ragionamento probatorio e ne risulta indebolito nella sua necessaria funzione selettiva. In tal senso si spiega perché, in numerose pronunce, nonostante la vana proclamazione del consolidato orientamento che individua la partecipazione nell'assunzione di un ruolo dinamico e funzionale nel tessuto organizzativo dell'ente, accompagnato dai necessari caratteri della permanenza ed effettività (*rectius*, concretezza), l'autentica *regula iuris* applicata dal giudice nel caso concreto emerge solo al momento di verificare se il fatto di partecipazione può ritenersi provato in base alle circostanze di fatto acquisite nel processo: il giudice potrà ritenere accertata la responsabilità dell'imputato, a titolo di partecipazione, "selezionando" gli elementi fattuali ritenuti persuasivi per inferire l'integrazione della condotta tipica, variando la tipicità in funzione di una decisione che, in concreto, attiene alle condizioni di prova del fatto, anziché alla sua conformità al tipo legale, enunciato e proclamato in diritto, e nondimeno "tradito" sul versante probatorio.

Emblematiche le ipotesi in cui si è ritenuta provata la partecipazione interna, ricostruita dal giudice secondo le scansioni proprie del modello organizzatorio, in base al mero riscontro di una minima attività materiale svolta dall'agente in favore dell'organismo associativo, nonostante la marginalità dell'apporto e l'assenza di ulteriori elementi da cui fosse possibile inferire l'effettivo inserimento del soggetto attivo nella compagine organizzativa e il relativo riconoscimento interno della funzione o mansione in esso espletate. L'aspetto rilevante è che, in questi casi, si conclude per l'applicazione della fattispecie in esame nella singola vicenda, mantenendo immutata, come si diceva, la *regula iuris* espressa in guisa di (superflua) premessa del sillogismo giudiziario.

Tale *modus operandi* si accompagna, ancor più di recente, alla riemersione di un approccio giurisprudenziale che, non a caso, è stato definito «*sincretistico*»⁹⁴, realizzando una discutibile crasi tra i due modelli di descrizione del fatto tipico di partecipazione finora invalsi nell'esperienza applicativa (causale ed organizzatorio): si tratta, come evidente, di un significativo e non meno opinabile «salto di qualità» nella gestione pratica della fattispecie, atteso che, in tali casi, il giudice non si limita ad un'adesione retorica all'orientamento giurisprudenziale consolidato (modello organizzatorio-strutturale), per poi "tradirlo" sul piano della prova, quando è chiamato a selezionare gli "indicatori fattuali" (le circostanze indizianti) sufficienti a ritenere integrata la condotta penalmente sanzionata; bensì si spinge a rimodulare, per via ermeneutica, la fisionomia del tipo legale, per consentirne una maggiore "adesione" agli elementi di prova compulsati nel processo, come avviene, puntualmente, quando si recupera l'efficacia causale del contributo concorsuale interno - invero abbandonato fin dalle Sez. un. Demitry - al fine di ritenere provata l'intraneità in presenza di comportamenti materiali "di sostegno" all'ente associativo, obiettivamente insignificanti alla luce delle sue presumibili capacità e dimensioni operative⁹⁵.

Il "ritorno" allo statuto della causalità, su cui si tornerà nel prosieguo, può ben essere considerato come un chiaro sintomo delle deviazioni applicative dallo statuto di tipicità delineato dalla giurisprudenza di legittimità e, di riflesso, della persistente problematicità cui è esposta la garanzia di legalità-

⁹⁴ *Amplius*, VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 266 ss.; sulla concezione mista della partecipazione, si consideri MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, cit., 114 ss.

⁹⁵ Coglie criticamente questo "ritorno alla causalità" nella definizione della condotta punibile a titolo di partecipazione interna, DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, cit., 137 ss.

determinatezza, anche in forma di soggettiva prevedibilità della decisione giudiziaria (e della qualificazione giuridica che il giudice adotterà per il caso concreto). Profilo, quello da ultimo segnalato, che appare ancor più gravido di implicazioni, ove si considerino i riverberi fortemente destabilizzanti che la “riscoperta” giurisprudenziale della caratterizzazione “causale” della partecipazione associativa può destare sul fronte, da sempre “bellicoso”, della necessaria differenziazione con la fattispecie di concorso esterno, come noto assestata (almeno in astratto) sul paradigma condizionalistico.

L’analisi diacronica del formante giurisprudenziale – se si vuole anticipare una prima conclusione – rende prossima l’impressione che, a percorrere tali sentieri, si faccia ritorno al passato, *ante* Graci (1994), quando la pervasività applicativa della fattispecie di partecipazione si risolveva nella marginalizzazione del delitto di concorso eventuale in associazione di tipo mafioso, identificato con la condotta di intraneità associativa. Il passato potrebbe riproporsi negli odierni frangenti, affermando la reciproca fungibilità delle due qualificazioni giuridiche (partecipazione interna ed esterna), la cui struttura sostanziale già tende per molti versi a sovrapporsi, quando si considerano i più coevi approdi giurisprudenziali.

Il fenomeno della «funzionalizzazione in chiave probatoria e processuale della nozione di partecipazione»⁹⁶, che ha prepotentemente caratterizzato il percorso “evolutivo”⁹⁷ della fattispecie di partecipazione interna, attraverso

⁹⁶ In tal senso, efficacemente, MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., 51.

⁹⁷ È MOROSINI, *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, cit., 544 ss., a porre in luce l’incidenza delle concrete strategie, modalità e fonti di acquisizione probatoria sui modelli sostanziali di incriminazione e, più in generale, sulle categorie penalistiche. L’Autore precisa che «*la chiamata in correità, [...] un mezzo di prova irrinunciabile per la comprensione e la decodificazione di complesse trame delittuose, ha, sovente, esplicito i suoi effetti sulla materialità delle condotte, influenzandone i livelli di tipizzazione*». Vi è infatti da chiedersi quanto la prevalenza della fonte labile (collaboratori di giustizia) abbia influito sulla definizione di una condotta di partecipazione interna a carattere tendenzialmente formale (acquisizione di uno status, affiliazione, attribuzione di una “dote”), più agevolmente attingibile grazie al contributo probatorio dichiarativo. Al contempo, e di riflesso, un’attendibile spiegazione prasseologica del passaggio ermeneutico da una nozione “formalistica” ad un modello autenticamente organizzatorio – funzionalistico (concrete attività svolte in esecuzione del ruolo assegnato all’intraneo) può essere rinvenuta nell’affermarsi delle intercettazioni telefoniche come metodo prevalente e centrale di indagine e di acquisizione probatoria.

La correlazione implicita tra modelli sostanziali e moduli di prova è un dato su cui tengono a convergere varie opinioni espresse in letteratura: si è così osservato, questa volta in materia di concorso esterno, che è mancata, soprattutto nella prassi applicativa e, in particolare, presso le Procure della Repubblica, la presa d’atto che «partecipazione e concorso esterno non si distinguono per grandezze quantitative, bensì per entità semantiche», con la conseguenza – di particolare interesse – che si è proseguito nel riproporre, senza segnali di discontinuità, un modello di conduzione delle indagini preliminari e di acquisizione del materiale probatorio inadeguato al nuovo paradigma causale di incriminazione del

l'elaborazione giurisprudenziale, rappresenta tuttora un'attendibile ed efficace spiegazione della persistente carenza di determinatezza del tipo criminoso, nonostante i plurimi interventi delle Sezioni unite della Corte di Cassazione che avrebbero dovuto sanare le congenite incertezze applicative e i contrasti interpretativi relativi alla definizione del concetto sostanziale di partecipazione associativa. Non può negarsi, per vero, che l'impegno ermeneutico profuso dalla giurisprudenza di legittimità sia stato imponente e, soprattutto, consapevole della necessità di "dominare" e, dunque, arginare il fenomeno di interferenza tra elementi del tipo e circostanze di prova, agevolato, come noto, dall'originaria debolezza descrittiva della disposizione incriminatrice.

Tale consapevolezza è significativamente evidente nella sentenza Mannino: lì, le Sezioni unite, dopo aver aderito alla ricostruzione "strutturale" dell'intraneità associativa, si spostano rapidamente sul «piano della dimensione probatoria della partecipazione», indicando e selezionando «gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio». Dovrà dunque trattarsi, chiarisce ancora la Corte, «di indizi gravi e precisi», di cui fornisce un catalogo meramente esemplificativo, risultato della prassi giurisprudenziale, in cui si annoverano i «*comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova"*» da parte del presunto intraneo, «*l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti - scopo, oltre a molteplici, variegati e però significativi "facta concludentia", [...] dai quali sia lecito dedurre, senza alcun automatismo probatorio, la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo, nonché della duratura, e sempre utilizzabile "messa a disposizione" della persona per ogni attività del sodalizio criminoso [...]».*

Orbene, da un punto di vista sostanziale, secondo una massima ormai tralattata, la condotta partecipativa «è riferibile a colui che si trova in rapporto di stabile ed organica compenetrazione con il tessuto organizzativo dell'associazione criminale, tale da implicare, più che uno status di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicitazione del quale l'interessato prende parte al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione del sodalizio

concorso eventuale, sviluppando programmi di ricerca della prova orientati non già all'accertamento di specifici e concreti vantaggi realizzati dall'*extraneus* in favore del sodalizio, bensì alla verifica di eventuali rapporti di disponibilità, vicinanza, frequentazione o appartenenza con il sodalizio criminale, propri della tipicità su basi strutturali/organizzatorie. Per tale rilievo, MAIELLO, *Luci ed ombre sulla cultura giudiziaria del concorso esterno*, cit., 159 ss.

*per il perseguimento dei comuni fini criminosi*⁹⁸. L'espresso riferimento ad una dimensione dinamica e funzionale del "far parte" dell'ente associativo costituisce il tratto più qualificante dell'approdo interpretativo segnato dalla poc'anzi citata giurisprudenza di legittimità: l'intraneità non può infatti esaurirsi in una dimensione statica e formalistica, come mera acquisizione dello *status* di membro, bensì deve essere intesa «*in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima*»⁹⁹.

Ciò chiarito, appare opportuna una prima considerazione con riguardo all'interazione tra il nucleo di tipicità della partecipazione interna, così come individuato dalla giurisprudenza, e il catalogo di indicatori fattuali, cioè di circostanze indizianti, da cui è consentito inferire, in forza di un procedimento squisitamente inferenziale, la compenetrazione organica e permanente dell'agente nel tessuto organizzativo dell'associazione di tipo mafioso e l'effettività del ruolo in esso espletato.

La giurisprudenza ritiene sufficiente ai fini dell'accertamento del fatto di partecipazione anche le circostanze che attengono alla legalizzazione (o formalizzazione) del vincolo associativo, come, esemplificando, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore" (e il possesso del relativo *status*, il quale risulti, a sua volta, da altri elementi di prova acquisiti al processo), lo svolgimento di rituali di affiliazione, il conferimento di "doti" o, più in generale, ogni "fatto iniziatico" da cui possa desumersi, secondo attendibili massime di esperienza, l'intraneità associativa dell'agente.

Ora, come noto, con riferimento al ricorso da parte della giurisprudenza agli indicatori fattuali (o *facta concludentia*) che possono definirsi "formali", in quanto afferenti al contesto rituale o formale di affiliazione e partecipazione all'organismo associativo, sono state avanzate acute e in parte condivisibili critiche, tendenti ad evidenziare come la lettura in chiave strutturale del delitto in esame conduca inevitabilmente ad agevolare il "decadimento" dello spessore offensivo e materiale della fattispecie associativa, in contrasto con i relativi principi, atteso che, anche solo ragionando in astratto, la responsabilità a titolo di partecipazione *ex art. 416-bis c.p.* potrebbe riposare sulla mera evidenza processuale dell'affiliazione dell'agente alla consorceria mafiosa, dell'assunzione di un ruolo ovvero della "messa a disposizione" del soggetto

⁹⁸ In questi termini, tra le molte, Cass., Sez. VI, 21 luglio 2015, Alcaro e altri, in *Dejure*; Id., Sez. II, 10 dicembre 2014, Costantino, in *Dejure*; Id., Sez. VI, 27 novembre 2012, Trapani, in *Dejure*.

⁹⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit., par. 4; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. *infra*, n. 145.

nei confronti del sodalizio, in assenza - questo è il punto di speciale interesse - di qualsivoglia approfondimento in ordine al concreto apporto che il presunto intraneo avrebbe prestato all'organizzazione criminale, in funzione del perseguimento del suo programma criminoso¹⁰⁰.

Attraverso il ricorso a tali moduli di prova, in buona sostanza, la giurisprudenza incide sul perimetro applicativo della fattispecie associativa, modificandone, surrettiziamente, i connotati oggettivi, con una conseguente estensione dell'area di punibilità che viene a ricomprendere "fatti" espressivi di un mero accordo, di un'adesione psicologica, peraltro in violazione dell'art. 115 c.p.

La critica rievocata, più in generale rivolta a contestare alla radice la caratterizzazione organizzatorio-strutturale del concorso interno, sviluppata dalla giurisprudenza e, nondimeno, accolta da larga parte della dottrina¹⁰¹, non può che essere condivisa, almeno nelle sue premesse, poiché offre una fondata lettura delle fragilità insite nello statuto di tipicità di matrice giurisprudenziale che, puntualmente, si concretizzano nell'applicazione giudiziale.

Può osservarsi, infatti, come il catalogo di "indicatori fattuali" progressivamente selezionati dalla prassi giudiziaria si è riproposto sempre costante pur al mutare della tipicità sostanziale, come a dire che, nonostante la ridefinizione dei contenuti morfologici della condotta tipica, e l' "epocale" passaggio dal modello causale a quello strutturale, lo "statuto probatorio" si è pressoché mantenuto invariato.

Tale aspetto non può che destare più d'una perplessità: l'evidente scollamento tra le due dimensioni (sostanziale e probatoria) si è invero risolta in una radicale incoerenza degli elementi di prova rispetto alla struttura della fattispecie sostanziale. In effetti, è difficile negare che le circostanze indizianti attinenti alla "formalizzazione" dell'appartenenza associativa, ereditate da una stagione interpretativa in cui la partecipazione era connotata in termini fortemente "autoriali", sintomatico-soggettivi, siano neutre e mute in relazione al ben più pregnante requisito dell'effettività del ruolo svolto dall'agente nel contesto organizzativo del sodalizio criminoso. In altri termini, esse appaiono gravemente incoerenti in rapporto ad un protocollo di tipicità che, almeno negli auspici e nelle enunciazioni della giurisprudenza, dovrebbe essere informato ad una dimensione dinamico-funzionalistica del "prendere parte" al fenomeno associativo. L'investitura nella qualifica di "uomo d'onore", even-

¹⁰⁰ E' la nota critica che CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo: le ipotesi delle associazioni a delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, 250 ss., con profonde argomentazioni, rivolge alla caratterizzazione in chiave strutturale e organizzatoria della partecipazione. Le medesime obiezioni sono poi sintetizzate in ID., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., 146 ss.

¹⁰¹ Tanto che ogni citazione sarebbe invero superflua.

tualmente con la relativa “nomina gerarchica”, non è in grado di cogliere, nella loro interezza, le implicazioni sostanziali e, di conseguenza, probatorie che discendono dal modello di partecipazione che viene costantemente tramandato dalle Sez. un. Mannino: difetta la prova della corposità materiale della condotta, che non è solo formale inserimento nell’organigramma criminale, ma anche effettività e dinamicità della mansione assegnata e riconosciuta dagli altri partecipi.

Quanto osservato contribuisce ad avvalorare la tesi d’apertura: che la giurisprudenza continua ad aderire pedissequamente a quel paradigma di incriminazione, senza trarne, nel merito, e in sede di concretizzazione della *regula iuris* nella specifica vicenda, le adeguate conclusioni in punto di statuizione della responsabilità penale a titolo di partecipazione interna, ad esempio, assolvendo l’imputato quando il quadro probatorio disponibile non sia in grado di fornire la prova dell’assunzione di un ruolo effettivo nell’ambito della compagine associativa, non riducibile, però, alla mera “acquisizione di uno status”, cioè a quell’ottica statica e immota del “far parte”, che le Sezioni unite hanno già espressamente rigettato¹⁰².

La realtà applicativa conferma i pericoli di una deriva “formalistica” in materia di partecipazione: appare indicativa, in tal senso, la recente vicenda processuale relativa alla contestazione del delitto di associazione di tipo mafioso nei confronti degli aderenti alle c.d. locali *‘ndranghetiste* insediate nell’*hinterland* milanese, e tra loro confederate nella c.d. “Lombardia”, conclusasi, come ben noto, con la conferma in sede di legittimità della sentenza pronunciata dalla Corte d’Appello di Milano¹⁰³.

A prescindere dal merito, pur interessante, delle singole posizioni soggettive coinvolte e, ancor prima, delle conclusioni cui sono pervenuti i giudici di prime cure in ordine alla sussistenza di un’associazione di tipo mafioso, è particolarmente preziosa per la presente indagine, la disamina dei passaggi motivazionali in cui la Corte d’Appello - e, poi, la Corte di Cassazione - esplicita l’approccio adottato con riferimento alla fattispecie di partecipazione e agli elementi di struttura che la differenziano dal concorso esterno *ex artt. 110 e 416-bis c.p.*

La questione cui si allude è stata proposta nel processo sotto la parvenza di un vizio afferente al piano della valutazione della prova; eppure essa, come si vedrà tra un istante, non può che investire gli aspetti più squisitamente sostanziali della fattispecie contestata.

¹⁰² Si intende alludere a Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit., par. 4.

¹⁰³ Cfr. App. Milano, 28 giugno 2014, Bandiera e altri, in *Dejure*.

Procedendo con ordine, va detto che le difese avevano contestato la capacità inferenziale di alcune circostanze indizianti, valorizzate dal giudice ai fini della prova della condotta associativa: tali “indicatori fattuali” consistevano, su espressa menzione del giudice di legittimità¹⁰⁴, nella «partecipazione a summit oppure a semplici incontri, allargati con altri sodali», nella «partecipazione a matrimoni o funerali», nel «possesso di “doti” o “cariche”», nella «conoscenza delle dinamiche e dei ruoli associativi»; e ancora: «nell'utilizzo di un linguaggio criptico mira[n]te a non rivelare i luoghi degli incontri». La Corte ritiene tali elementi sufficienti ad integrare la condotta di partecipazione all'associazione, invocando a sostegno una coeva decisione del giudice di legittimità, resa in una vicenda per molti versi affine, relativa all'insediamento di cellule *'ndranghetiste* in Piemonte. Anche in questo caso, ricorda la Corte, il giudice di legittimità ha confermato l'*iter* motivazionale seguito dai rispettivi giudici di merito, che a loro volta avevano concluso per la responsabilità penale degli imputati a titolo di partecipazione interna sulla base di un quadro probatorio costituito da elementi indizianti quali «la conoscenza dell'organigramma e della struttura organizzativa delle cosche della zona, dell'identità dei loro capi e gregari, dei luoghi di riunione, degli argomenti trattati», dell'essere stati ammessi «a partecipare a degli incontri in contesti deputati all'inserimento di nuovi sodali» e così via dicendo.

Come si accennava, la selezione di ulteriori *facta concludentia* idonei a fornire la dimostrazione processuale della condotta di partecipazione non è profilo che può essere limitato al versante della valutazione della prova, dal momento che la “dimensione processuale” incide inevitabilmente sul momento attuativo della fattispecie incriminatrice, in guisa da definirne lo spettro applicativo. Per vero, anche in questo caso, la Corte, anziché intervenire sul piano della regola di giudizio (cioè della definizione sostanziale della condotta di partecipazione), manovra le «*leve probatorie*»¹⁰⁵, con un esito che appare insoddisfacente se rapportato alla ricostruzione esegetica (apparentemente) accolta nel caso di specie. «*Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 416 c.p.*», chiarisce la sentenza, «è necessaria e sufficiente l'adesione (anche non formale o rituale) al sodalizio, con impegno di mettersi a sua disposizione ricoprendo - in via tendenzialmente stabile - uno specifico ruolo, da cui promani un costante, effettivo e concreto contributo (anche atipico, ovvero di qualsiasi forma e contenuto) finalizzato alla conservazione od al rafforzamento di es-

¹⁰⁴ Cfr. Cass., Sez. II, 30 aprile 2015, Bandiera e altri, par. 6.4.4.

¹⁰⁵ La paternità dell'azzeccata espressione si deve a VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 236.

so»¹⁰⁶.

Anche a prescindere dal fatto che l'interpretazione giudiziaria già presenta una discutibile commistione tra i due modelli di partecipazione più volte richiamati - su questo punto si tornerà a breve -, ciò che preme segnalare è che, pur esigendo la «*specificità del ruolo*» svolto dall'agente nel contesto associativo, da cui dovrebbe altresì promanare «*un costante, effettivo e concreto contributo*», l'accertamento della condotta tipica riposa né più né meno su quei *facta concludentia* che appaiono deboli e inconsistenti nell'ottica "dinamico - funzionalistica" dell'intraneità associativa.

Tale dimensione "dinamica" della partecipazione esige più ampi e pregnanti sforzi epistemici, che siano in grado di corrispondere al più articolato e complesso *thema probandum*, non circoscritto ad una statica e passiva adesione all'organigramma associativo. Da un punto di vista metodologico, in definitiva, il ragionamento giudiziario appare persistentemente viziato dalla tendenza a "sterilizzare" i più corposi contenuti sostanziali del tipo penale - tracciati progressivamente dalla giurisprudenza - muovendo dalla prova, dall'individuazione degli "indicatori fattuali" idonei a dare riscontro alla tesi accusatoria.

Le osservazioni finora svolte inducono a considerare una tra le questioni attualmente più discusse, relativa, come intuibile, alla definizione della fisionomia sostanziale della condotta punibile a titolo di partecipazione associativa. Premessa la tendenziale adesione al modello c.d. organizzatorio di descrizione della condotta penalmente rilevante, la dottrina si interroga sulla necessità di postulare, in funzione concorrente o, per così dire, "integrativa" della tipicità penale, imperniata sull'«*assunzione di un ruolo all'interno del tessuto organizzativo dell'ente criminoso*», un ulteriore elemento di approfondimento dell'effettivo ruolo assunto dall'agente nella compagine operativa, consistente nell'esecuzione di determinate attività che possano ritenersi corrispondenti alle specifiche mansioni e funzioni in cui quel medesimo ruolo si concretizza. Il tema assume un particolare spessore problematico, allorché si consideri come le critiche poc'anzi evocate convergono nel rilevare la sostanziale carenza di materialità e, dunque, di offensività del fatto di partecipazione, se inteso nei termini di un mero inserimento nell'organigramma associativo, in assenza dello svolgimento - e della relativa prova - di un apporto effettivo, materiale e specifico alle capacità operative dell'associazione. Tale interpretazione, al contatto con la prassi applicativa e con la concretezza dei percorsi probatori sviluppati dalla giurisprudenza, condurrebbe la condotta tipica a collassare

¹⁰⁶ Cfr. Cass., Sez. II, 30 aprile 2015, Bandiera e altri, cit., 54.

sulla mera prova, spesso di fonte dichiarativa (“collaboratori di giustizia”) di un’adesione formale al sodalizio, eventualmente “legalizzata” attraverso i rituali iniziatici propri delle consorterie mafiose, nonostante l’ipotetica inattività del sopraggiunto affiliato in relazione al perseguimento del programma criminoso dell’associazione. In buona sostanza, si assisterebbe, secondo tali autorevoli obiezioni, alla formalizzazione della struttura (sostanziale) della fattispecie incriminatrice, in aperto contrasto con la costellazione dei principi che informano il c.d. “diritto penale del fatto”. I prodromi di una responsabilità “da posizione” o da *status* di appartenenza.

L’integrazione del modello legale, ipostatizzando come elemento ulteriore del tipo astratto l’attività di esecuzione del ruolo in cui il soggetto è inserito e riconosciuto dagli altri sodali, costituisce certamente una “risposta” alle critiche di “edulcorazione” dei connotati offensivi della partecipazione associativa; infatti, ai fini dell’integrazione del fatto tipico, non sarebbe più sufficiente, alla luce di una tale soluzione ermeneutica, la mera prova (indiziaria) dell’assunzione di un ruolo nel sodalizio criminoso, anche per effetto di un rituale di ingresso, atteso che sarebbe comunque necessario soddisfare l’ulteriore tema di prova relativo al concreto espletamento del ruolo assegnato e riconosciuto al soggetto attivo nel contesto pluripersonale ed operativo dell’associazione. È stato sostenuto, in tal senso, che «non solo l’astratta assunzione del ruolo ma anche e soprattutto l’attività concreta ad esso corrispondente è attività di partecipazione», posto che « [...] sarebbe assurdo considerare condotta rilevante il fatto di accollarsi il compito di finanziatore, informatore, di organizzatore e non anche l’attività concreta di finanziamento, di raccolta di informazioni, di reperimento di covi e così via»¹⁰⁷; solo in tal modo, peraltro, la concreta attività di esecuzione del ruolo assegnato potrebbe considerarsi “impedibile”, salvo l’autonoma illiceità dei comportamenti materiali in cui essa si sostanzia.

Senonché, rimane da chiedersi se l’effettiva esecuzione del ruolo assegnato al partecipe interno debba essere considerato alla stregua di un elemento di fattispecie, dunque in funzione costitutiva del modello legale o, in alternativa, se debba essere trattato come un requisito di carattere probatorio, tendenzialmente necessario, nel dato contesto processuale, ai fini della verifica della condotta associativa. Vi è chi ritiene che « [...] la logica probatoria che promuove il ricorso al modello organizzatorio, sia pure soltanto in vicende processuali relative ad associazioni prive di rituali formali di affiliazione [c.d. aperte, N.d.A.], finisce per recuperare quale requisito (probatorio) di fattispe-

¹⁰⁷ In tal senso, SPAGNOLO, voce *Reati associativi*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 1996, V, 5 ss.

cie l'elemento del contributo causale, aggiungendolo al dato dell'inserimento stabile nella struttura associativa»¹⁰⁸.

La crasi tra i due modelli interpretativi (causale ed organizzatorio), o il loro reciproco intersecarsi, come si è suggerito, si sostanzia nell'individuare il nucleo di tipicità della partecipazione interna nel fatto di «*colui che concretamente esercita il ruolo affidatogli in qualità di membro riconosciuto dell'associazione»¹⁰⁹.*

Il riflesso probatorio di una tale impostazione non può che consistere nell'esigere la prova di un concreto svolgimento, da parte dell'agente, delle funzioni e/o mansioni assegnategli; più esattamente, «*la prova dello stabile incardinamento associativo non potrà [...] prescindere dal riferimento a molteplici e pregnanti atti di militanza nel clan, vale a dire "fatti" che siano in grado di esprimere il dato dell'avvenuto ingresso nella struttura associativa e, quindi, l'acquisizione delle prerogative connesse allo status di partecipe»¹¹⁰.*

Il compimento di specifici atti di militanza associativa, corrispondenti al ruolo assegnato al partecipe, si attesta, dunque, come un indispensabile requisito di prova della stabile ed organica compenetrazione dell'agente nel tessuto associativo, nel caso in cui la struttura e la dinamica del sodalizio sia priva di procedure formali di legalizzazione del vincolo associativo. Un "indicatore fattuale", si potrebbe dire, tanto imprescindibile quanto più si può dubitare della sua effettiva natura di elemento di prova, anziché momento costitutivo della tipicità astratta.

Ad uno sguardo più approfondito, la prospettazione di un effettivo svolgimento del ruolo non soltanto risponde all'impellenza di arginare le derive formalistiche della prassi applicativa, che tende ad accreditare, di fatto, un "tipo" di partecipazione ridotto alla mera affiliazione o alla più generica disponibilità come evanescente ed incorporea "adesione" al vincolo associativo, mutuata da circostanze indizianti come il solo fatto della partecipazione dell'imputato a *summit* di mafia, della frequenza di rapporti con altri sicuri affiliati, della conoscenza del codice linguistico interno ovvero dell'organigramma; bensì, l'integrazione del compendio probatorio necessario e sufficiente per la prova della condotta punibile a titolo di partecipazione corrisponde anche all'esigenza di rinsaldare la morfologia del comportamento cui concretamente si rivolge la sanzione penale, nel senso di garantirne una più stringente ade-

¹⁰⁸ Così osserva MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, cit., 115.

¹⁰⁹ *Amplius*, MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., 60 ss.

¹¹⁰ E' la proposta formulata dall'Autore poc'anzi menzionato (infatti, v. *retro*, n. 113).

sione ai principi di materialità ed offensività, anche nell'ottica di giustificare il severo trattamento sanzionatorio (proporzionalità della pena) sancito *ex art. 416-bis c.p.*.

Ciò che preme evidenziare è la centralità che assume, nel discorso esegetico, il tema della ponderazione delle "condizioni" di prova della condotta tipica, come un aspetto che necessariamente incide sul versante sostanziale, perché modifica, ridefinisce, corregge e plasma la struttura del fatto tipico.

In effetti, esigere, come indispensabile, la prova di concreti atti "esecutivi" del ruolo in cui è immesso il partecipe, non è soluzione teoricamente tanto distante dall'aderire ad un'alternativa lettura esegetica della norma in esame, tale per cui l'intraneità associativa dovrebbe individuarsi nel fatto di colui che, inserito in modo stabile e permanente nel contesto organizzativo ed operativo dell'associazione, svolge specifici atti in esecuzione del ruolo o della funzione che gli è riconosciuta da parte del sodalizio, così (f)attivamente contribuendo al raggiungimento del programma criminoso.

La duplice rilevanza (probatoria e sostanziale) del predetto requisito (concreto espletamento del ruolo associativo) sta a segnalare l'insuperabile difficoltà, in un tale contesto esegetico, di distinguere ciò che attiene al piano della prova da ciò che invece appartiene al momento astratto della tipicità.

In tale prospettiva si è osservato, in modo condivisibile, che « [...] *la discussione sui requisiti della condotta punibile a titolo di partecipazione associativa rimane in bilico tra concetti sostanziali e loro proiezione probatoria*», sicché « [...] *il confine tra l'una e l'altra dimensione d'indagine si rivela mobile, sfuggente rispetto a una demarcazione che magari si vorrebbe nettamente stagliata tra diritto e processo*»¹¹¹.

Si è tuttavia sostenuto come la soluzione alle carenze di tassatività della fattispecie di partecipazione e alle derive "formalistiche" che caratterizzano la sua applicazione giudiziaria non possa consistere nell'ipostatizzare come (aggiuntivo) connotato obiettivo della condotta tipica la concreta esplicazione del ruolo in cui è immesso e riconosciuto il soggetto attivo; una tale impostazione si rivelerebbe, infatti, quanto meno "eccessiva", assecondando, invece di arginare, il pernicioso fenomeno della sistematica sostituzione degli elementi di prova ai requisiti costitutivi del tipo, con i noti effetti distorsivi sulla tenuta del modello legale¹¹².

Ne consegue, allora, che « [...] *lo svolgimento in concreto di attività ulteriori*

¹¹¹ Per tale (condivisibile) rilievo, VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 317.

¹¹² In tal senso, DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, cit., 138.

ad opera dell'associato rappresenterà, bensì, un criterio di prova della partecipazione», certamente non imprescindibile e comunque potenzialmente surrogabile, nella singola dinamica processuale, con altri elementi significativi nell'ottica di dimostrare lo stabile ed organico inserimento dell'agente nella struttura associativa.

La tesi che pretende di connotare più intensamente la struttura oggettiva della partecipazione interna, ancorando il suo accertamento alla prova che l'intraneo abbia realizzato una qualche attività materiale in esecuzione del ruolo assegnatogli nella compagine associativa, così contribuendo al potenziamento e alla conservazione delle capacità operative del sodalizio, si espone - peraltro - ad alcune obiezioni di ordine più squisitamente sistematico, che la dottrina non ha mancato di porre in luce, in tempi ancora lontani dai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità in materia di intraneità associativa.

Si è in effetti obiettato che una tale proposta interpretativa tende inevitabilmente a « [...] confondere [...] il profilo di disvalore concernente l'organizzazione delittuosa in quanto tale con quello ricollegabile, viceversa, alle singole attività di volta in volta esplicate nel perseguimento degli scopi associativi»¹¹³, dal momento che, come si argomenta, tali profili non possono che apparire “nettamente separati”, essendo l'associazione, come fenomeno pluripersonale organizzato, un'entità autonoma e permanente, concettualmente (e, si aggiunge, concretamente) distinta dalla realizzazione delle singole e specifiche attività che costituiscono esecuzione delle funzioni e dei ruoli che definiscono la struttura operativa del sodalizio.

In una tale ottica, l'inserimento del soggetto all'interno della struttura operativa dell'ente, la sua collocazione funzionale in un ruolo o in una mansione riconosciuta dagli altri membri del sodalizio, appaiono elementi di per sé sufficienti per connotare in termini di disvalore - e, dunque, sotto il profilo teleologico - il fatto di partecipazione semplice¹¹⁴.

Paiono particolarmente efficaci, inoltre, le obiezioni che attengono - più prosaicamente - ai riflessi prasseologici cui condurrebbe l'impostazione in esame. Essa rapidamente si traduce, nell'applicazione giudiziaria, in un recupero della caratterizzazione causale della condotta di partecipazione, richiedendosi infatti che il soggetto attivo abbia comunque realizzato un'attività materiale tale da contribuire al rafforzamento ovvero alla conservazione dell'organismo

¹¹³ Così DE FRANCESCO, *Societas sceleris: tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., 145.

¹¹⁴ Per tale lettura, DE FRANCESCO, *Societas sceleris: tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., 145, cui si rinvia per le ulteriori considerazioni.

associativo.

Sennonchè, la polarizzazione della condotta tipica nell'esecuzione del ruolo in cui il soggetto è inserito presta generosamente il fianco alla tendenza - già registrata nella prassi - a risolvere l'intraneità associativa nel mero compimento di attività materiali obiettivamente marginali, in sé per sé incapaci di esprimere quel rapporto di compenetrazione tra agente ed organizzazione su cui riposa il disvalore del fatto¹¹⁵.

A ben vedere, la surrettizia riemersione del tema "causale" sul versante della partecipazione interna si riverbera in negativo sul più spinoso profilo della correlativa differenziazione con la limitrofa fattispecie di concorso eventuale *ex artt. 110 e 416-bis c.p.* Infatti, come emerge dalla prassi giurisprudenziale, il "fatto" che il presunto intraneo abbia posto in essere una qualche attività materiale diretta a favorire l'ente associativo tende a sostituire qualsivoglia approfondimento in ordine all'assunzione di un ruolo da parte dell'agente e al suo rapporto di funzionale integrazione con la struttura associativa.

Si assiste, in sede applicativa, al verificarsi di una prevedibile tensione tra i due "momenti" che caratterizzano, sul versante obiettivo, la fattispecie di partecipazione: il concreto apporto dell'intraneo surroga, nella prova, il profilo più spiccatamente "organizzatorio", che inevitabilmente collassa sul rilievo genericamente "causale" del comportamento realizzato dall'intraneo¹¹⁶.

La svalutazione prasseologica di quest'ultimo contrassegno di tipicità (*i.e.*, la compenetrazione organica e permanente dell'agente nel contesto operativo dell'associazione) rende quanto mai fragile la tenuta di una distinzione tra le due forme di partecipazione, che, almeno in astratto, risulta poggiare sull'alternativa qualitativa tra inserimento organico e permanente, come nucleo di tipicità dell'intraneità associativa, e concreta efficacia causale del contributo esterno, in termini di potenziamento e rafforzamento delle capacità operative dell'associazione.

Tutto ciò considerato in ordine al rapporto di apparente alternatività tra le due qualificazioni giuridiche dell'apporto causale in favore del sodalizio criminoso, si è ulteriormente pronosticato, in dottrina, come la rilettura causale della compartecipazione interna possa per vero aggravare, anziché risolvere, come alcuno pretenderebbe, la congenita indeterminatezza del tipo legale, sotto il duplice profilo della difficile individuazione dei connotati obiettivi del-

¹¹⁵ Si veda ancora DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, cit., 139.

¹¹⁶ Coglie nitidamente tale aspetto, DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, cit., 137.

la condotta punibile¹¹⁷ e della sua concreta verificabilità processuale, atteso il prevedibile riproporsi, su tale versante, dei vizi di “gigantismo” che affliggono alla radice il paradigma condizionalistico su cui s’impenna – opinabilmente – la fattispecie di concorso esterno.

Per concludere sul punto, e in parte condividendo le obiezioni passate in rassegna, vi è nondimeno da osservare come la giurisprudenza, con particolare autorevolezza a partire dalla sentenza delle Sez. un. Mannino, si sia orientata nel senso di esigere che il ruolo assunto dall’agente nel contesto associativo non si esaurisca in una dimensione statica di “appartenenza”, come possesso dello *status* di membro, bensì si caratterizzi come “dinamico” e “funzionale”, quasi a correggere, si può ben dire, le storture applicative conseguenti ad un’interpretazione eccessivamente formalizzante.

Nella prospettiva segnata da tale giurisprudenza e ribadito quanto premesso in ordine all’atteggiamento sovente “retorico” che la caratterizza, la pretesa dimensione “dinamica e funzionalistica” della partecipazione dovrebbe esigere l’effettiva esecuzione del ruolo o della mansione che al soggetto è stata affidata, nell’ambito della distribuzione di funzioni e competenze che qualifica il fenomeno organizzativo in esame, dimostrando così di accogliere la lettura che propende per un approfondimento dello spessore tipico della condotta associativa (inserimento organico e permanente, cui si aggiunge lo svolgimento di attività materiali, esecutive del ruolo, e causalmente efficaci in termini di rafforzamento o conservazione del sodalizio).

5. (Segue) La riemersione dell’«artificio causale» nella definizione giurisprudenziale della condotta tipica di partecipazione. La tendenziale sovrapposizione tra i perimetri applicativi delle fattispecie di partecipazione e concorso esterno e la consequenziale reciproca fungibilità delle qualificazioni giuridiche
Le ambiguità di fondo che già connotavano lo statuto di tipicità della partecipazione interna delineato dalle Sez. un. Carnevale¹¹⁸ tendono a riproporsi, in forma più latente, nell’odierna giurisprudenza, dove si registra un prepotente

¹¹⁷ Su questo specifico profilo, DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell’associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, cit., 137, ai cui interrogativi problematici si rinvia.

¹¹⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, 453 ss.: sono ben noti i passaggi dell’iter motivazionale, ivi sviluppato, in cui si condensano le oscillazioni concettuali e ricostruttive tra i due modelli di partecipazione, causale ed organizzatorio. A distanza di anni, è forte l’impressione che le Sez. un., nel vano tentativo di realizzare una sintesi interpretativa degli aspetti qualificanti la partecipazione interna secondo i coevi indirizzi giurisprudenziali, abbiano coniato una fattispecie dalla struttura ibrida, per tale ragione gravemente esposta alle prevaricanti interferenze della dimensione probatoria sul modello legale.

recupero argomentativo dell'impostazione causale, che si affianca e si integra, in un poco felice manierismo interpretativo, alla ricostruzione su basi organizzatorio - strutturali della condotta punibile a titolo di partecipazione.

Una rapida disamina del formante giurisprudenziale renderà più chiaro quanto si va argomentando. In particolare, con riguardo ad una ricorrente fattispecie concreta (un "caso tipologico") costituita dall'asservimento in favore dell'associazione delle attribuzioni funzionali proprie del ruolo istituzionale ricoperto dal soggetto («*permanente disponibilità a fornire informazioni riservate in merito al compimento di attività di polizia giudiziaria*», da parte di un componente delle Forze dell'Ordine), la Corte di Cassazione¹¹⁹ rigetta il ricorso e conferma la statuizione di responsabilità penale a titolo di partecipazione interna, rilevando anzitutto il « *[...] pieno coinvolgimento dell'imputato nelle vicende dell'associazione criminale in esame, e, segnatamente, [il] rilevante contributo causale dallo stesso offerto in modo da assicurare, attraverso l'instaurazione di legami stabili, e niente affatto occasionali, con i vertici del sodalizio criminale da lui favorito, la conoscenza di dati informativi importanti per lo svolgimento "in sicurezza" delle relative attività delittuose*». Ricorrendo al discutibile espediente della c.d. causalità da rafforzamento (un mero artificio retorico, ben distante dal rigore epistemologico che anima il giudizio condizionalistico), il giudice di legittimità ulteriormente evidenzia come le decisioni di merito abbiano correttamente posto in evidenza - ed argomentato - come «*la permanente disponibilità*» dell'intraneo, componente dell'Arma dei Carabinieri a fornire informazioni utili al sodalizio per sottrarsi all'attività di contrasto (es. perquisizioni, sequestri, operazioni di intercettazione), « *[...] abbia oggettivamente rafforzato la presenza ed il "prestigio" [dell'associazione] nell'ambito territoriale di riferimento, accrescendone la percezione della capacità di intimidazione non solo sul piano interno, ma anche da parte dei componenti delle cosche avversarie*», posto che l'asservimento di un soggetto istituzionale alla consorteria criminale non poteva che essere considerato come un «*evidente segnale della sua capacità di penetrazione e di progressiva espansione sul territorio e nel relativo tessuto socio-economico*».

Un tale apporto stabile e duraturo - conclude la Corte - deve essere considerato alla stregua di «*uno specifico e concreto contributo ai fini della conservazione e del rafforzamento di quell'organizzazione, che di certo avrebbe potuto rimanere fortemente danneggiata dal buon esito delle attività d'indagine svolte dagli organi inquirenti, laddove tali attività fossero state realizzate con la*

¹¹⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, 21 luglio 2015, Alcaro e altri, cit.

dovuta riservatezza nei tempi e nelle modalità di svolgimento». Il discorso causale - di carattere, peraltro, meramente ipotetico - assorbe ogni considerazione in ordine al ruolo assunto dall'agente nel contesto organizzativo, alla stabilità e permanenza del suo incardinamento, al riconoscimento da parte degli altri sodali dell'espletamento di una funzione o mansione nella compagine associativa.

Sicché, l'aver fornito, in plurime occasioni, informazioni rilevanti sull'attività investigativa condotta dalla P.G. è elemento ritenuto sufficiente all'integrazione della condotta di partecipazione.

Una conclusione che, a tacere ogni altro rilievo critico, ripropone uno spinoso interrogativo sull'effettiva possibilità di discernere il comportamento valutabile alla stregua di un concorso eventuale (attesa l'efficacia causale del contributo prestato) dalla partecipazione interna (inserimento e/o rilievo causale dell'attività materiale posta in essere), allorché sia evidentemente trascurato, sul piano della prova, il momento strutturale dell'intraneità, cioè la permanente e stabile compenetrazione dell'agente nel tessuto operativo dell'organismo associativo. Ciò si verifica, d'altra parte, in forza di un'interpretazione della previsione incriminatrice che tende, quasi strumentalmente, a semplificare l'accertamento, agevolando il risultato probatorio disponibile nel processo (es. prova delle attività materiali prestate in favore del sodalizio).

Se, da un lato, il ricorso all'«*artificio causale*»¹²⁰, sul versante del c.d. concorso interno, si traduce in un ampliamento del perimetro tipologico della fattispecie, con la (prevedibile) e già sperimentata tendenza a fagocitare lo spazio applicativo del concorso esterno (artt. 416-*bis*, 110 c.p.)¹²¹, dall'altro, invece, espleta, per così dire, una funzione «correttiva» di quell'approccio «formalistico» adottato da una parte della giurisprudenza, orientata a ridurre l'intraneità al mero conferimento di una qualifica (formale) nell'organigramma associativo, solo apparentemente restringendo l'area di punibilità.

Tale atteggiamento «correttivo», se così può essere definito, emerge con particolare nitore in un importante arresto del giudice di legittimità¹²², dove il tema «causale» è utilmente speso per mitigare e neutralizzare il valore inferen-

¹²⁰ Terminologia efficace, mutuata da MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, cit., 105.

¹²¹ E' la stagione applicativa «segnata» dal modello interpretativo autenticamente espresso da Cass., Sez. I, 23 aprile 1985, Arslan, in *Foro it.*, 1986, II, 595 ss.

¹²² Cfr. Cass., Sez. VI, 20 maggio 2015, Cataldo e altri, in *Dejure*, parr. 2.8.1. e ss.; riprende l'impostazione argomentativa ivi promossa la già segnalata Cass., Sez. VI, 21 luglio 2015, Alcaro e altri, cit., par. 8 del «*considerato in diritto*».

ziale - ai fini dell'accertamento della partecipazione interna - tradizionalmente riconosciuto, nell'applicazione giudiziaria¹²³, ad un "indicatore fattuale" come «*il conferimento di una dote*», cioè la «*mera indicazione circa la qualità formale di affiliato*», ritenuto sufficiente per dedurre la partecipazione dalle stesse Sez. un. Mannino, come si ricorderà.

Ebbene, la Corte, pur non negando un «*valore indiziario*» al conferimento della dote, come indice formale di affiliazione, non lo ritiene tuttavia «*decisivo ai fini del riscontro probatorio della intraneità*». Più nello specifico, dopo aver pedissequamente rievocato la nozione di partecipazione "precisata" dalle Sez. un. poc'anzi richiamate, si sostiene come «*[[l]a mera indicazione circa la qualità formale di affiliato, in linea di principio, potrebbe dunque rimanere indifferente rispetto al risultato probatorio perseguito laddove alla stessa non si correli la realizzazione di un qualsivoglia "apporto" alla vita dell'associazione, tale da far ritenere concretamente avvenuto il suo inserimento con carattere di stabilità e consapevolezza soggettiva*»¹²⁴.

D'altra parte, una tale circostanza indiziante potrebbe acquisire un significato probatorio equivoco, in tutti i casi in cui la *regiudicanda* sia costituita da una realtà associativa a tal punto antropologicamente connotata che il conferimento della dote ben può essere considerato come espressione di automatismi sociali e familiari, piuttosto che indice, immediato ed autosufficiente, di un'intraneità associativa. Sennonché, lo spessore della motivazione non si apprezza sul mero versante della valutazione probatoria; l'attenuazione dell'efficacia inferenziale di questo consolidato indicatore fattuale ha un pregnante riflesso di ordine sostanziale, cioè sulla configurazione degli estremi della condotta punibile a titolo di partecipazione. Lo conferma, *per tabulas*, la stessa Corte, quando precisa che l'impianto finora descritto «*[...] non significa [...] aderire ad un modello esclusivamente "causale" di definizione della partecipazione associativa di matrice mafiosa, quasi a sovrapporre indebitamente il tema della partecipazione con quello del concorso esterno ex art. 110 e 416 bis cod. pen.: l'avvenuto inserimento del soggetto nel gruppo criminoso in modo stabile può anche consistere, infatti, in un contributo di carattere meramente morale e psichico, se oggettivamente apprezzabile*». Invero, il timore ventilato, cioè la sovrapposizione tra i due paradigmi di incriminazione della partecipazione in associazione, è ben più che ipotetico e remoto; peraltro, la precisazione formulata dalla Corte non soltanto non contribuisce alla chiarezza sistematica (e alla trasparenza del ragionamento giudiziario),

¹²³ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. II, 3 maggio 2012, D'Ambrogio e altri, in Dejure.

¹²⁴ Citazione da Cass., Sez. VI, 20 maggio 2015, Cataldo e altri, cit., parr. 2.8.1.

ma certamente aggrava l'impressione iniziale: la reciproca ibridazione dei modelli interpretativi, attestata nella prassi giudiziaria, tende a riprodurre, questa volta in tema di concorso interno, i più distorsivi effetti di un giudizio di causalità di tipo ipotetico/psicologico (o da rafforzamento), che la giurisprudenza si era incaricata di rigettare alla radice, in materia, però, di concorso esterno. Come a dire, che di una causalità *ex ante*, a base presuntiva non si possa fare a meno nella "risposta" giudiziaria alla fenomenologia criminale in esame.

Così, si afferma che il dato dell'investitura formale, in linea di principio inconcludente per dimostrare un'intraneità, in assenza di ulteriori evidenze circa l'attività materiale svolta dal presunto partecipe, potrebbe invece acquisire «*tutt'altro significato probatorio*», allorché «*soggetti che, per il ruolo sociale o i compiti istituzionali che li connota, costituiscano, già solo per il conferimento della qualifica, possibili e consapevoli strumenti per la realizzazione di cointeressenze di rilievo nell'ottica afferente l'incunarsi del gruppo criminale nel tessuto sociale ed economico di riferimento*», tanto da «*fortificare, al contempo, pur in termini di mera prospettiva, l'adesione di tutti gli altri sodali, rafforzandone il proposito criminoso ed accrescendone le potenzialità operative*».

In definitiva, non può non rilevarsi come il ragionamento sviluppato dalla sentenza, invero affatto isolata, si muova in una prospettiva *lato sensu* "causale", atteso che il sostrato elementare della nozione di "partecipazione" è individuato nello specifico ed effettivo apporto prestato dall'intraneo in favore dell'associazione, da valutare alla stregua degli evanescenti (e non verificabili) effetti di rafforzamento o conservazione delle capacità operative dell'ente che si presume abbia determinato o sia stato idoneo a realizzare. Esito che è raggiunto, deve essere ribadito, per il tramite di quell'artificioso criterio della "causalità da rafforzamento" (o da potenziamento del prestigio criminale del sodalizio o di un vacuo senso di appartenenza e sicurezza da parte dei membri interni).

Da un punto di vista sistematico, inoltre, non possono sottacersi le conseguenze di un tale approccio nella gestione (interpretativa e, dunque, applicativa) dei rapporti che la giurisprudenza declina in termini di alternatività qualitativa (o strutturale)¹²⁵ con la fattispecie di concorso esterno.

In effetti, «*[...] la rilevanza e la stessa verificabilità processuale delle condotte di concorso "esterno"*» - è un passaggio tratto da una recentissima ed acuta

¹²⁵ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, v. *infra*, n. 142.

pronuncia di legittimità¹²⁶ - «è da sempre strettamente correlata - tanto sul piano teorico che su quello ricostruttivo - alla esatta perimetrazione delle condotte di partecipazione, nel senso che lì dove l'elemento di prova si risolve in un assicurante "indicatore" dell'avvenuto inserimento del soggetto, con tendenziale stabilità ed assunzione di un ruolo nella compagine associativa si avrà partecipazione, lì dove il concorso esterno» - prosegue la Corte - «è necessariamente ancorato ad un modello "causalmente orientato" e presuppone da un lato la presa d'atto del non inserimento del soggetto nel gruppo, dall'altro la ricostruzione di una condotta capace di realizzare un incremento tangibile del macro-evento rappresentato dalla esistenza e permanenza della associazione».

Ebbene, quando il tema di prova su cui s'impenna il modello organizzatorio, l'assunzione di un ruolo effettivo nella compagine associativa, è di fatto surrogato dal concorrente (e, ben si può dire, assorbente) tema del contributo prestatato dall'intraneo all'associazione, da cui sia derivato il rafforzamento o la conservazione del sodalizio, la geometrica ripartizione dei perimetri applicativi perde ineluttabilmente consistenza, salvo non affidarsi - un po' ingenuamente¹²⁷, forse - all'efficacia dirimente dell'elemento soggettivo, cioè alla differente struttura e contenuto che caratterizza l'atteggiamento del partecipe interno (*affectio societatis*)¹²⁸ da quello del concorrente esterno (dolo diretto ma generico, da intendersi come «*la previa rappresentazione e accettazione del nesso funzionale tra la propria azione e il raggiungimento (anche parziale) degli scopi dell'associazione*»¹²⁹).

È agevole pronosticare, per quanto finora osservato, che la prassi applicativa, pur retoricamente assestata su un astratto contrappunto di elementi che dovrebbero contribuire, negli auspici, ad identificare *per differentiam* le due figure incriminatrici¹³⁰, sarà portata a risolvere il quesito intorno all'alternativa

¹²⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 14 gennaio 2016, Bucceri e altri, par. 6.1, in *Cass. pen.*, 2016, 3324 ss.

¹²⁷ V. *infra*, n. 142.

¹²⁸ E cioè la «*coscienza e volontà di entrare a far parte stabilmente ed organicamente dell'associazione ed operare per il raggiungimento delle finalità della stessa*»: così Cass., Sez. II, 30 aprile 2015, Bandiera e altri, cit., spec. par. 8.1.5. In senso analogo, sull'atteggiamento soggettivo che deve caratterizzare la partecipazione interna, si considerino, *ex multis*, Cass., Sez. VI, 27 novembre 2012, Trapani, in *Dejure*; Id., Sez. II, 20 aprile 2012, Giglio, in *Riv. pen.*, 3, 327 ss.

¹²⁹ In questi termini, oltre alle più volte richiamate Sez. un. Mannino, cfr. Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Dejure*; la stessa ricostruzione della struttura e contenuto del dolo del concorrente è infine ripresa da Id., Sez. I, 14 gennaio 2016, Bucceri e altri, cit.

¹³⁰ Tra le due fattispecie incriminatrici sussiste, come ritiene la costante giurisprudenza, un rapporto di radicale alternatività, che non può essere declinato in termini meramente quantitativi, bensì "qualitativi": la condotta associativa, infatti, implica il perfezionarsi di un *pactum sceleris* tra il singolo e l'organizzazione criminale, «*in forza del quale il primo rimane stabilmente a disposizione della seconda*

per il perseguimento dello scopo sociale, con la volontà di appartenere al gruppo, e l'organizzazione lo riconosce ed include nella propria struttura, anche per facta concludentia e senza necessità di manifestazioni formali o rituali». Diversamente, il concorrente eventuale è estraneo al vincolo associativo, «pur fornendo un contributo causalmente orientato alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative dell'associazione» o di una sua specifica articolazione. In tal senso, cfr. Cass., Sez. VI, 16 aprile 2014, Costantino, in *Dejure*, la cui conclusione è pedissequamente riprodotta in Id., Sez. II, 30 aprile 2015, Bandiera e altri, cit. Inoltre, tale altre, si segnalano: Cass., Sez. VI, 24 gennaio 2014, Imbalzano, in *Dejure*. Accoglie tale impostazione, più di recente, Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015, cui si rinvia.

Alla luce dell'attuale formante giurisprudenziale, sembra si possa concludere nel senso che gli elementi differenziali su cui si pretende di appuntare l'alternatività qualitativa tra le due forme di partecipazione siano costituiti dal carattere «stabile e durevole» della «messa a disposizione» del sodalizio da parte dell'intraneo (nelle sue varianti linguistiche, «il contributo adesivo», la «continuativa disponibilità, per apprezzabile lasso di tempo, del proprio apporto», l'inserimento organico nel contesto associativo), a fronte dell'«ausilio occasionale» realizzato invece dal concorrente esterno e purtuttavia dotato di un'efficacia causale, da verificare *ex post*, in termini di rafforzamento e conservazione delle capacità operative dell'associazione, nonché diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso. In secondo luogo, il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo: in un caso, la volontà e la consapevolezza di prendere parte attivamente, in modo stabile e duraturo, al fenomeno associativo e di operare per il raggiungimento del programma criminoso; nell'altro, il dolo generico e diretto, che deve investire «sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla propria condotta alla conservazione od al rafforzamento dell'associazione, agendo nella consapevolezza e volontà di fornire il proprio contributo al conseguimento, anche parziale, del programma criminoso dell'associazione» (cfr., per tutte, Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.; più di recente, Id., Sez. I, 14 gennaio 2016, Bucceri e altri, cit.; Id., Sez. II, 25 marzo 2014, in *Cass. pen.*, 2015, 1397 ss.; Id., Sez. V, 10 marzo 2015, Barilari, in *Dejure*).

La tenuta della complessiva ricostruzione sistematica dei rapporti tra i due modelli di incriminazione non può che dipendere dalla concreta applicazione giudiziale dei singoli elementi su cui essa pretende di fondarsi.

Da un punto di vista oggettivo, la nozione di stabile e permanente "inserimento" del soggetto nel tessuto organizzativo dell'associazione risente, come più volte ribadito nel testo, di una variabilità di contenuto, che è a sua volta funzionale a valorizzare, nel singolo caso concreto, la disponibilità del materiale probatorio compulsato nel processo: in tale ottica, rileva quella che è stata definita come la riemersione del paradigma causale di ricostruzione della condotta tipica di partecipazione (svolgimento di attività materiali che recano un contributo «causale» al rafforzamento o conservazione dell'associazione), da cui consegue, come riconosciuto dalla dottrina, un evidente rischio di sovrapposizione con la fattispecie di concorso esterno, si imperniata su un modello condizionalistico, e purtuttavia soggetta alle note flessibilizzazioni applicative (MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., 141 ss.; FIANDACA, VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., 493 ss.). Parimenti, non appare dotato di una particolare capacità discretiva il carattere "stabile", "durevole", "continuativo" o, più precisamente, "permanente" della partecipazione interna - come tale da ascrivere alla categoria dei reati necessariamente permanenti - cui farebbe da contrappunto l'occasionalità o estemporaneità del contributo concorsuale esterno. In ordine a tale aspetto, come autorevole dottrina ha già posto in luce (in particolare, *inter alios*, FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, in *Foro.it*, 2012, 568, nota a Cass., Sez. V, 24 aprile 2012, Dell'Utri; RISICATO, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, in *Legisl. pen.*, 2012, 712), la giurisprudenza non si esime dal qualificare come durature e continuative alcune ipotesi concrete di concorso esterno, in cui il contributo prestato dall'*extraneus* si caratterizza per una peculiare stabilità temporale (caso paradigmatico: patto di scambio politico - mafioso), tanto da suggerire di considerare il delitto in esame come reato eventualmente permanente.

qualificazione giuridica (partecipazione interna o esterna) in base ad un parametro certamente improprio, nell'ottica della legalità - determinatezza, e purtuttavia efficace nella dinamica e nella gestione pratica del tipo, costituito, né più né meno, dalla maggiore utilità probatoria di perseguire l'una o l'altra opzione di sussunzione, posta la loro reciproca fungibilità¹³¹.

A ben vedere, ciò che risulterà ostico dimostrare nei termini di una verifica *ex post* dell'efficacia eziologica del contributo prestato dall'agente (concorso esterno), potrà transitare, salvo i limiti processuali di contestazione (o di riqualificazione), anch'essi fragili, nel più agevole contesto dell'intraneità associativa: sicché anche la marginale attività espletata dal soggetto attivo¹³² o il ruolo istituzionale o professionale dal medesimo ricoperto (es. componente delle Forze dell'ordine) potranno essere valorizzati come elementi fattuali da soli sufficienti a sostenere una responsabilità a titolo di partecipazione *interna*¹³³.

L'eventuale permanenza del concorso eventuale segnala un ulteriore profilo di assimilazione con la condotta di partecipazione interna, indebolendo il segnalato binomio differenziale permanenza-occasionalità (argomenta su tale aspetto la sostanziale equiparazione tra concorso interno ed esterno, Cass., Sez. II, 20 aprile 2012, Giglio, in *Dejure*).

Non da ultimo, sono più che note le debolezze applicative del criterio di imputazione soggettivo, sovente suscettibile di accertamenti a carattere presuntivo e tautologico; peraltro, al netto di tali considerazioni, invero formulabili anche all'infuori della materia in esame, è da osservare come le rispettive configurazioni dei contenuti che sostanziano i due atteggiamenti psicologici presentino, in sé per sé considerati, elementi di profonda affinità, che rendono aleatoria ogni concreta prospettiva di differenziare i due titoli di responsabilità. Si allude, in particolare, alla necessità, da sempre postulata dalla giurisprudenza di legittimità, che il contributo dell'*extraneus* sia assistito, sul piano soggettivo, non soltanto dalla volontà e consapevolezza della sua efficacia causale, nel senso del rafforzamento o conservazione dell'associazione, ma anche che vi sia nell'agente la rappresentazione e la volontà di contribuire alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso, rendendo così incerta e quanto mai labile la distinzione con il dolo dell'intraneo, che allo stesso modo condivide, cioè si rappresenta e vuole, la realizzazione delle finalità dell'associazione (in argomento, si considerino RISICATO, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, cit., 709, che dal tema soggettivo trae «il sospetto sulla morte "per assimilazione" [alla condotta partecipativa, n.d.a.] del concorso esterno in associazione mafiosa»; FIANDACA, VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., 496 ss.; FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, cit., 86 ss.).

¹³¹ Esclude la violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza, ex art. 521 c.p.p., così ritenendo fungibili le alternative qualificazioni giuridiche (partecipazione interna e concorso esterno), tra le altre, Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2013, Billizzi e altri, in *ItalgireWeb*. L'indirizzo è consolidato.

¹³² V. *retro*, n. 145.

¹³³ Cfr. Cass., Sez. II, 30 aprile 2015, Bandiera e altri, cit., secondo cui quando l'attività svolta in favore dell'associazione da uno dei soggetti appartenenti alla c.d. borghesia mafiosa (imprenditori, pubblici funzionari o altri professionisti) presenta i caratteri della «specificità e continuità e sia funzionale agli interessi e alle esigenze dell'associazione alla quale fornisce un efficiente contributo causale», allora la partecipazione deve essere equiparata, sul piano della qualificazione giuridica, a quella dell'*intraneus*, atteso che «il contributo di questi soggetti della "borghesia mafiosa" è per l'associazione fonte di potere, relazioni, contatti». Difatti, conclude la sentenza richiamata, è a causa di tali relazioni che «*lo Stato non*

In buona sostanza, se tali tendenze risulteranno confermate nella prassi applicativa - e così sembra -, la stagione interpretativa contemporanea, in materia di partecipazione e concorso esterno, non appare poi così distante da quella che ha invece caratterizzato l'epoca anteriore alla sentenza con cui la Corte di Cassazione ha posto le basi teorico - ricostruttive per l'affermazione del paradigma organizzatorio-strutturale nella descrizione della condotta punibile a titolo di partecipazione interna¹³⁴, infine recepita dalle Sez. un. Demitry¹³⁵.

Da qui una significativa implicazione in punto di prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto: se le differenze strutturali tra i due modelli di incriminazione si assottigliano e, in definitiva, si perdono, perché ciò che rileva per entrambe le figure incriminatrici è la capacità della condotta (del contributo esterno o interno) ad incidere causalmente sulle capacità operative dell'organismo associativo, la proiezione sullo schermo della «riconoscibilità» (o prevedibilità oggettiva) della qualificazione giuridica, nella reciproca alternativa tra concorso interno od esterno, tende all'insignificanza.

Con le parole del giudice di legittimità, nella recente pronuncia con cui è stato definitivamente rigettato l'incidente di esecuzione promosso da Dell'Utri in attuazione del "giudicato Contrada" (art. 46 Cedu), potrebbe nuovamente sostenersi, su un piano generale, che la «*forbice decisoria di "prevedibilità" in concreto del giudizio penale [...]*», a carico dell'ipotetico imputato, è ancora costituita dall'alternativa tra concorso esterno e partecipazione punibile, atteso che, stante l'odierna elaborazione giurisprudenziale, le due opzioni di sussunzione sono tendenzialmente fungibili.

L'indicata "sostituibilità" tra le due forme astratte di incriminazione della compartecipazione segnala un profondo e persistente problema di carenza di determinatezza del modello legale, se essa è intesa anche come condizione qualitativa di riconoscibilità oggettiva dei contenuti del precetto penale da parte della generica ed impersonale comunità dei destinatari della norma penale; una prospettiva assiologica¹³⁶ in cui assume un ruolo determinante la concreta applicazione giudiziaria della fattispecie. Per vero, l'asserita sovrapp-

[è] ancora riuscito a sconfigger[e]» le associazioni di tipo mafioso. Negli stessi termini, tra le altre, già Cass., Sez. II, 20 aprile 2012, Giglio, cit.

¹³⁴ Si allude a Cass., Sez. fer., 1° settembre 1994, Graci, cit.

¹³⁵ V. Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit.

¹³⁶ È questa la concezione di determinatezza che si ritiene abbia accolto il giudice costituzionale nella ben nota Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 699 ss., con nota di PULITANO, *Una sentenza storica che instaura il principio di colpevolezza*.

Per un ulteriore commento, nel senso poc'anzi proposto: STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1313 ss.

posizione¹³⁷ tra le due norme incriminatrici, così come interpretate (o concretizzate) dalla giurisprudenza, ipoteca alla radice ogni promessa di legalità (*sub specie* di determinatezza - riconoscibilità) in un contesto sistematico tuttora turbolento e incerto.

¹³⁷ Colgono i singoli profili di tendenziale sovrapposizione, FIANDACA, VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., 496 ss.; FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, cit., 567 ss.; RISICATO, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, cit., 707 ss.