

**SUL PROBLEMA DELLA DEFINIZIONE
DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA
ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE DI PALERMO**

SALVATORE ALEO *

SOMMARIO: 1. Il problema della definizione della criminalità organizzata nella Convenzione di Palermo. Le indicazioni dell'Unione Europea - 2. Difformità della problematica della criminalità organizzata, e della categoria del delitto politico, rispetto ai criteri considerati ordinari del diritto penale - 3. Analisi dei diversi profili funzionali delle figure delittuose autonome associative - 4. La repressione delle forme di criminalità organizzata fra legislazione speciale ed esigenza di sistematizzazione - 5. Le diverse esigenze di specificità e di generalizzazione nella storia delle figure delittuose autonome associative - 6. I modelli di responsabilità per la repressione del crimine organizzato nel sistema anglosassone - 7. Le figure dell'association de malfaiteurs e del complot nel codice penale francese - 8. Sui diversi criteri di punibilità del tentativo. Il rapporto con la problematica dell'organizzazione - 9. L'organizzazione. La nozione di relazione funzionale. La problematica del concorso esterno e le circostanze aggravanti per la relazione del delitto con l'attività dell'associazione - 10. La definizione dell'organizzazione criminosa con riferimento alla teoria generale dell'organizzazione ed alle figure delittuose per cui è predisposta la dimensione organizzativa. La relazione di funzionalità e di consapevolezza del singolo - 11. Il problema della riforma del nostro codice penale. Riferimento ai lavori della Commissione Nordio - 12. Il riferimento all'organizzazione come contributo alla definizione della categoria del delitto politico - 13. Alcune considerazioni metodologiche conclusive

1. Il problema della definizione della criminalità organizzata nella Convenzione di Palermo. Le indicazioni dell'Unione Europea

Nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000, che chiameremo *Convenzione di Palermo*, è stato affrontato, invero posto, il problema della definizione generale, sistematica, della criminalità organizzata.

* Università degli Studi di Catania

Nell'art. 1 è indicato l'«*Oggetto*» della Convenzione: «di promuovere la cooperazione per prevenire e combattere più efficacemente la criminalità organizzata transnazionale».

Nell'art. 2, «*Terminologia*», sono contenute le definizioni. Le prime:

a) L'espressione «gruppo criminale organizzato» designa un gruppo strutturato, che esiste da un certo tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto con lo scopo di commettere una o più infrazioni gravi o infrazioni stabilite conformemente alla presente Convenzione, per trarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale.

b) L'espressione «infrazione grave» designa una condotta che costituisce un'infrazione passibile di una pena privativa della libertà personale di cui il massimo non dev'essere inferiore a quattro anni o di una pena più elevata.

c) L'espressione «gruppo strutturato» designa un gruppo che non si è costituito occasionalmente per commettere immediatamente un'infrazione e che non ha necessariamente dei ruoli formalmente definiti per i suoi membri, né continuità nella composizione ovvero una struttura elaborata.

Nell'art. 5, «*Penalizzazione della partecipazione ad un gruppo criminale organizzato*», gli Stati sono impegnati ad attribuire rilevanza penale:

a) «Ad una o ad entrambe delle seguenti condotte quali infrazioni distinte da quelle che comportano il tentativo o la consumazione di un'attività criminale:

i) Al fatto di accordarsi con una o più persone in vista della commissione di un'infrazione grave per un fine legato direttamente o indirettamente al conseguimento di un vantaggio finanziario od altro vantaggio materiale e, laddove lo esiga la legislazione interna, implicante un atto commesso da uno dei partecipanti in virtù di questa intesa ovvero implicante un gruppo criminale organizzato;

ii) Alla partecipazione attiva di una persona, che abbia conoscenza sia dello scopo e dell'attività criminale generale di un gruppo criminale organizzato sia della sua intenzione di commettere le infrazioni in questione:

a. alle attività criminali del gruppo criminale organizzato;

b. ad altre attività del gruppo criminale organizzato consapevole che la sua partecipazione contribuirà al raggiungimento del suddetto scopo criminoso;

b) Al fatto di organizzare, dirigere, facilitare, incoraggiare o favorire mediante aiuto o consigli la commissione di un'infrazione grave implicante un gruppo criminale organizzato».

Va fatto rilevare inoltre come nel *Trattato sull'Unione Europea* l'art. 31 lett. e concerna, fra gli obiettivi de «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale», «la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti».

Va ricordato ancora come il Consiglio dell'Unione Europea, nel *Piano d'azione contro la criminalità organizzata* adottato il 28 aprile 1997, abbia indicato la necessità ed i criteri di un «Approccio generale» e «integrato» nei confronti della criminalità organizzata, la necessità di «ottimizzare le sinergie nella cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie», e di pervenire a «definizioni comuni, norme comuni e una metodologia comune».

La definizione generale della criminalità organizzata costituisce la premessa indispensabile per un approccio di carattere sistematico a questa problematica.

2. Difformità della problematica della criminalità organizzata, e della categoria del delitto politico, rispetto ai criteri considerati ordinari del diritto penale

La nozione di criminalità organizzata implica ovviamente una valutazione di pericolosità particolare, e corrisponde all'esigenza di una difesa diversa, in confronto alla problematica penalistica ordinaria. Questa valutazione ha determinato l'adozione di tecniche considerate difforme rispetto ai principi definiti generali del diritto e della responsabilità penale, con la legislazione cosiddetta dell'emergenza, soprattutto a partire dalla metà degli anni Settanta, in relazione alle diverse forme di criminalità organizzata. Ma fin qui sono mancati, possiamo dire, sia il tentativo di definizione generale della nozione di criminalità organizzata, che l'approccio di tipo sistematico a questa problematica.

Nei sistemi continentali, da una parte, sono proliferate le figure delittuose autonome associative, dall'altra, è stata rilevata la mancanza di tipicità di queste forme di responsabi-

lità⁽¹⁾ ed è stata diffusa, condivisa, l'idea di un abbassamento delle garanzie in confronto alla pericolosità dei fenomeni, da parte tanto dei critici quanto dei sostenitori di questo tipo di legislazione «speciale».

Nella storia della codificazione e della cultura penalistica continentale, le figure delittuose politiche e le figure delittuose autonome associative sono state ritenute appunto difformi rispetto ai principi definiti generali, in considerazione, rispettivamente, della particolare entità dell'oggetto della tutela e del pericolo, e della particolare pericolosità della forma associativa. I profili principali di difformità riguardano le carenze di tassatività e determinatezza e l'anticipazione della soglia della risposta e responsabilità penale, in confronto alle nozioni delittuose ordinarie.

Carrara, da un canto, omise di considerare, nel suo *Programma del corso di diritto criminale*, la categoria dei delitti politici, intitolando l'ultimo capitolo «Perché non espongo questa classe», ritenendo questa materia non riconducibile ai principi assoluti di ragione cui deve uniformarsi la scienza penalistica, e condizionata, piuttosto che dalle «verità filosofiche», dalla «prevalenza dei partiti e delle forze» ovvero anche dalle «sorti di una battaglia»;⁽²⁾ d'altro canto, argomentò la punizione del fatto dell'associazione come una deroga al principio di non punibilità dell'accordo: «E' una associazione che vuole essere punita eccezionalmente perché la sua costituzione aggredirà i diritti, possibilmente, di tutti i consociati, e non limitativamente i diritti di alcuni determinati cittadini come nell'accordo ad un delitto determinato».⁽³⁾

Le carenze di tassatività e determinatezza possono essere considerate corollario della complessità dei dati oggetto della considerazione, e della rappresentazione: le offese della collettività in generale, l'esposizione a pericolo dell'assetto sociale e istituzionale, la realizzazione di una pluralità indeterminata di delitti, da parte di una pluralità organizzata di persone.

⁽¹⁾ «La tipicità inafferrabile della fattispecie associativa», secondo la felice espressione di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 1995, 39 ss.

⁽²⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, VII, Lucca, 1871, 626 ss.

⁽³⁾ F. CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da P. S. Mancini, I, Soc. Ed. Libr., Milano, 1884 (pubblicato dopo la morte di Carrara), 1117. Per questa posizione di Carrara v. avanti la nota 16.

Come vedremo, la teoria dell'organizzazione costituisce la mediazione, il terreno di definizione delle relazioni, fra la pluralità degli esiti e la pluralità dei contributi concernenti un modello organizzato complesso. Queste nozioni non sono rappresentabili secondo i canoni semplici della logica formale binaria, per definizione, e quindi nei termini dei modelli normativi formali comportamentali.

La problematica così indicata, da un canto, ha messo in tensione l'assetto normativo e istituzionale - ma anche filosofico - dello stato di diritto, dall'altro, contribuisce a porre in termini nuovi la realizzazione delle garanzie del cittadino.

La difformità rispetto ai principi definiti generali dipende infatti, soprattutto, dalla complessità dei dati oggetto della considerazione, non riconducibili alla logica binaria. La teoria dell'organizzazione ed il metodo funzionalistico possono costituire, come vedremo, contributi essenziali all'argomentazione.⁽⁴⁾

Va ricordato, in primo luogo, come nel diritto romano i *delicta*, che avevano una struttura semplice e riguardavano le offese private fra i cittadini, erano oggetto del processo civile, formulare, quand'anche comportassero l'applicazione di una sanzione penale, e venivano giudicati dalle corti permanenti; i *crimina*, che coinvolgevano i principi fondamentali della convivenza, erano giudicati nella forma comiziale, fra cui la *perduellio*, il delitto politico, e il parricidio. La categoria dei *crimina laesae majestatis* è stata appunto sinonimo della difficoltà di determinazione legale.

Va ricordato, altresì, come nella *Riforma della legislazione criminale toscana* del 1786 il Granduca Pietro Leopoldo abbia stabilito l'eliminazione dei delitti di lesa maestà, che non coincidessero con delitti comuni, per l'impossibilità di definire questa categoria con sufficiente determinatezza. Ma questa esperienza - invero, questo tentativo - è rimasta unica nella storia.

3. Analisi dei diversi profili funzionali delle figure delittuose autonome associative

Le figure delittuose autonome associative hanno avuto giustificazione assolutamente prevalente nei termini della funzione di anticipazione, ovvero retrocessione, della soglia della rispo-

⁽⁴⁾ Mi permetto anche di rinviare il lettore al mio lavoro su *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Giappichelli, Torino, 1999.

sta e responsabilità penale, in confronto a quella ordinaria dei delitti, in considerazione della particolare pericolosità costituita dall'associazione, diretta verso finalità delittuose.⁽⁵⁾ Lo stesso tipo di giustificazione, quindi, delle figure del complotto e della cospirazione contro lo Stato, in considerazione della particolare entità del bene protetto, esposto a pericolo. Una giustificazione sostanzialmente derogatoria del principio di non punibilità dell'accordo, in considerazione della particolare entità dell'oggetto della tutela e della pericolosità sociale.

La funzione così definita di anticipazione può essere considerata, tuttavia, nella pratica applicazione, nel complesso, assai marginale; malgrado, invece, queste figure abbiano avuto un'amplissima utilizzazione.⁽⁶⁾

Per ciò che riguarda la dimensione generale dell'associazione, la precedente giustificazione appare contraddetta dal fatto che le associazioni delittuose vengono desunte in concreto dall'attività delittuosa realizzata: dalla ricostruzione di questa e dal collegamento con una struttura personale che ne è organizzativa. Questa considerazione ha rilevanza non solo probatoria, per la difficoltà cioè di dimostrare l'esistenza dell'associazione a prescindere dalla concreta attività delittuosa. Ha certo rilevanza culturale, per la resistenza a punire - ed a definire in concreto - l'associazione nella dimensione puramente intellettuale dell'accordo. Ha rilevanza anche sostanziale, per il dato di realtà - criminologico - che le associazioni delittuose per lo più nascono nei fatti dalla stessa realizzazione dei delitti in concorso di persone, delle stesse persone in diversi delitti, dalla divisione ed eventuale riutilizzazione dei proventi, poi dalla stabilizzazione delle relazioni fra queste persone, così dall'affermazione di posizioni personali di vertice, comunque dalla stabilizzazione dei ruoli, degli impegni e delle aspettative.

⁽⁵⁾ V. fra gli altri G. A. DE FRANCESCO, *Ratio di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 888 ss.; ID., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 54 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit.; da ultimo A. BERNARDI, *La disciplina prevista dal nuovo codice penale francese in tema di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 988 ss.

⁽⁶⁾ Ho già svolto questo argomento, insieme ad altri trattati in questo lavoro, nel volume *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 1999.

Anche per ciò che riguarda la relazione del singolo con l'associazione, questa viene desunta per lo più dalla dimostrazione di un'attività realizzata dalla persona in favore dell'associazione: un'attività che autonomamente può avere anche caratteristiche non delittuose. Ma la funzione così indicata non può essere qualificata di anticipazione: è di definizione della responsabilità per il contributo alla struttura e attività dell'associazione, considerata in generale, distintamente dalla responsabilità dei singoli delitti.

La funzione di anticipazione appare maggiormente verosimile, comunque, in relazione alle associazioni delittuose di carattere politico. Queste presuppongono infatti una dimensione ideologica, anche se nei fatti divengono, e assumono dimensione criminale, nell'attività di realizzazione di delitti, comuni. Da un canto, non può essere appunto negata una resistenza culturale a reprimere l'associazione nella fase puramente ideologica. D'altro canto, non può negarsi la necessità di reprimere la stessa attività di propaganda e di proselitismo attorno a idee che comportano o presuppongono il ricorso alla violenza, ovvero l'odio e la discriminazione razziale.

In linea di principio, è ovvio che la funzione di anticipazione delle figure delittuose associative non possa essere negata, con riferimento tanto alla dimensione generale dell'associazione quanto alla relazione del singolo con l'associazione. Il problema è che la funzione - e la giustificazione politico-criminale dell'autonomia - non può essere ridotta a quella. Sarebbe la stessa cosa ridurre la problematica del concorso di persone nel reato a quella dell'accordo di più persone di commettere un reato.

La funzione di anticipazione appare maggiormente verosimile, in concreto, in confronto ad un programma delittuoso circoscritto, determinato; per quanto vada considerata del tutto marginale, in concreto, anche rispetto a tale ipotesi.

Per ciò che riguarda la dimensione generale dell'associazione, la funzione definita di anticipazione della figura delittuosa autonoma associativa, in confronto alle nozioni delittuose ordinarie, appare contraddetta formalmente nella previsione normativa dell'associazione mafiosa, dell'art. 416-*bis* c.p.: l'associazione è di tipo mafioso quando (e solo dal momento in cui) coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti ecc. La definizione dell'associazione mafiosa presuppone, dunque, l'attività delittuosa realizzata nel contesto dell'associazione: con carat-

teristiche tali da aver determinato la situazione di condizionamento e controllo ambientale di cui appunto gli associati si avvolgono; inoltre, qualifica in forma delittuosa ulteriore l'attività delittuosa che viene realizzata in tal modo, considerata però in generale.

La funzione delle figure delittuose autonome associative può essere considerata, soprattutto, di generalizzazione: di definizione della responsabilità per il contributo personale all'esistenza ed all'attività di un'associazione, considerate in generale, distintamente dai delitti che concorrono a costituire questa attività. Ed è di distinzione, appunto, della responsabilità per il contributo all'esistenza ed attività dell'associazione, considerata in generale, dalla responsabilità per i singoli delitti che concorrono a costituire questa attività.

La funzione di aggravamento della responsabilità dei delitti realizzati nel contesto dell'attività dell'associazione, conformemente alle finalità di questa, può essere considerata implicita in quella così definita.

La funzione delle figure delittuose associative può essere definita inoltre di interdizione, concreta e dinamica, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione, considerate in generale, nella fase stessa del loro svolgimento. Questa funzione è certo peculiare in confronto a quella ordinaria del diritto penale: di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto mediante la previsione della pena, di cui sono corollari l'applicazione ed esecuzione della pena. Con la nozione così definita, d'interdizione, di tipo concreto e dinamico, appaiono convergenti i significati della «lotta» e del «contrasto», delle forme e dei fenomeni di criminalità organizzata: significati che sono stati da un canto considerati incompatibili con la funzione del diritto, e che sono stati d'altro canto recepiti dalla stessa forma legislativa. Della funzione così definita, inoltre, appaiono precipue le misure di premialità dei collaboratori della giustizia e di prevenzione soprattutto patrimoniali: queste misure, fondamentali nella repressione delle forme di criminalità organizzata, servono infatti a disarticolare la dimensione generale organizzativa negli aspetti essenziali della solidarietà interpersonale e dei mezzi finanziari.

Le misure sia di premialità della dissociazione e collaborazione con la giustizia, sia di confisca dei beni, sono ricorrenti lungo la storia dei delitti politici.

Le nozioni così definite sono caratteristiche, come vedremo, della problematica generale dell'organizzazione.

In dipendenza delle funzioni sostanziali così indicate, possiamo dire, le figure delittuose associative hanno una funzione processuale di ricostruzione dell'attività dell'associazione considerata in generale, e per questo di collegamento e coordinamento delle indagini. In generale, può dirsi altresì, queste figure hanno svolto una funzione di differenziazione di tutto il sistema penale in relazione alle forme di criminalità organizzata.

Questa differenziazione non può essere ripudiata, al cospetto della dimensione crescente, qualitativa e quantitativa, dei fenomeni di criminalità organizzata. Al contrario, dev'essere razionalizzata, sistematizzata, in relazione sia alle caratteristiche delle forme organizzate, sia alla realizzazione delle garanzie, in relazione alla dimensione sovranazionale tanto dei fenomeni quanto della risposta istituzionale.

4. La repressione delle forme di criminalità organizzata fra legislazione speciale ed esigenza di sistematizzazione

Le figure delittuose di associazione terroristica ed associazione mafiosa, di cui agli artt. 270-*bis* e 416-*bis* c.p., sono diventate presupposti e baricentri di veri e propri sotto-sistemi penali con elementi di marcata differenziazione: concernenti, oltre le definizioni delle responsabilità, le strutture di coordinamento delle indagini, le modalità di acquisizione della prova e di svolgimento dei processi, i termini di carcerazione preventiva, l'esecuzione della pena, le misure di premialità e di protezione dei collaboratori della giustizia, le misure di prevenzione, le indagini e i controlli patrimoniali, diverse problematiche di tipo amministrativo.

Va ricordata a questo proposito l'analisi di Ferrajoli, su «Il sotto-sistema penale d'eccezione»,⁽⁷⁾ circa l'avvenuta «mutazione sostanzialistica del modello di legalità penale»: «La prima e più rilevante alterazione del modello classico di legalità penale nei processi dell'emergenza consiste nella mutazione sostanzialistica - indotta dal paradigma del «nemico» - di tutti e tre i momenti della tecnica punitiva», cioè della stessa definizione della figura delittuosa e quindi della responsabilità, del processo, dell'esecuzione della pena.⁽⁸⁾

⁽⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, 844 ss.

⁽⁸⁾ L. FERRAJOLI, *ivi*, 858.

Una considerazione deve riguardare la rilevazione del tipo di fenomeno nella dimensione sociale generale e storica concreta. La risposta viene concepita unitariamente rispetto al fenomeno considerato nella sua interezza; così, secondo profili giuridici attinenti a settori diversi dell'ordinamento.

Quale che sia la validità di tale definizione del fenomeno, di tipo sociologico possiamo dire, criminologico, essa appare comunque insufficiente rispetto al problema della definizione della (singola) responsabilità penale per la relazione personale col tipo di fenomeno, in confronto ai canoni tradizionali.

La problematica riguarda la definizione della soglia della responsabilità penale, la correlazione di questa con il contesto sociale, la distinzione del diritto dalla politica e dalla morale; riguarda anche il tipo di legislazione ed il modo di realizzare le garanzie della libertà e dell'innocenza del cittadino.

In generale, è abbastanza diffuso l'approccio secondo cui di fronte alla pericolosità delle forme di criminalità organizzata si tratta di scegliere fra il mantenimento o meno del livello ordinario delle garanzie, in confronto alla (accresciuta) necessità di difesa sociale. Con la prima soluzione sarebbe connesso il ridimensionamento, almeno, della tecnica costituita dai delitti autonomi associativi, e di tutto quanto vi è connesso, per la limitazione della repressione, sostanzialmente, alle singole nozioni delittuose.

In realtà, l'esigenza di sistematizzazione della problematica autonoma dell'organizzazione criminale muove da due premesse, diverse seppure convergenti: la tendenza crescente all'organizzazione di tutte le attività umane, e quindi anche di quelle delittuose; l'accresciuta dimensione culturale della problematica e della teoria generale dell'organizzazione, e il fatto che l'emergenza è diventata una categoria generale della nostra conoscenza. Nella problematica della criminalità organizzata sono più evidenti, nonché particolarmente rilevanti, tendenze di trasformazione di carattere generale dell'ordinamento giuridico, fra l'altro con riferimento al profilo della globalizzazione ed omogeneizzazione internazionale.

Per ciò che riguarda precipuamente la legislazione speciale, va rilevato come la tendenza alla frammentazione e destrutturazione, e così la perdita di unitarietà e coerenza, rispetto al sistema del codice, siano state di carattere generale dell'ordinamento giuridico. Le ragioni sono diverse: il carattere pluralistico della società e della cultura, e la frequenza delle trasformazioni politiche e culturali; l'approccio pragmatistico e la tendenza alla considerazione dei problemi nei termini sociali generali e contingenti.

Di carattere generale dell'ordinamento giuridico sembra parimenti la tendenza alla deformalizzazione, la riduzione della capacità di predeterminazione e dell'autosufficienza della forma di legge, o se si preferisce la consapevolezza culturale dei limiti di tale predeterminazione: le spiegazioni forti - e le ragioni «nobili» - attengono alla democrazia, alle funzioni dello stato sociale, alla teoria dell'organizzazione, alla dimensione internazionale e sovranazionale delle attività umane, dei problemi e delle risposte istituzionali.

5. Le diverse esigenze di specificità e di generalizzazione nella storia delle figure delittuose autonome associative

Nella storia delle figure delittuose associative, possono essere fatte rilevare due tendenze diverse, almeno in apparenza contraddittorie. Da una parte, la previsione con riferimento specifico ai fenomeni di criminalità organizzata, appresi nella loro dimensione sociale e storica concreta: sin dalla figura dell'*association de malfaiteurs* del codice napoleonico (e poi dei codici parmense, sardo e sardo-italiano), diretta contro le persone o le proprietà, come crimine autonomo contro la *paix publique*, costruita con riferimento diretto al fenomeno del banditismo. D'altra parte, la tendenza alla generalizzazione, fino alla figura dell'associazione per delinquere, nella sua dimensione attuale, «al fine di commettere più delitti» di qualsiasi tipo. In questa seconda è stata accentuata formalmente la dimensione contrattualistica, rispetto a quella prevalentemente criminologica.⁽⁹⁾

Successivamente sono proliferate le figure delittuose associative, in relazione alle diverse forme ed ai diversi fenomeni organizzativi di attività delittuose.

Il delitto di associazione contrabbandiera fu previsto nel T.U. delle leggi doganali del 1896 e quello di associazione per la fabbricazione clandestina dello spirito nel 1933, entrambi come meno gravi dell'associazione per delinquere.

Nel codice Rocco, il delitto di associazione sovversiva fu costruito con riferimento diretto, e dichiarato, ai movimenti comunista, socialista ed anarchico. Le figure dell'associazione

⁽⁹⁾ Va fatto qui rilevare come F. CARRARA, *L'associazione a delinquere*, cit., 1117-1118, contrapponesse appunto la dimensione «morale», pattizia, dell'associazione per delinquere al «ben altro apparato di forza fisica oggettiva» delle bande. Per questa posizione di Carrara v. avanti la nota 16.

antinazionale (diretta a deprimere il sentimento nazionale) e dell'associazione internazionale non autorizzata dal Governo sono state poi dichiarate incostituzionali. Fra le disposizioni comuni al titolo dei delitti contro lo stato, le previsioni della cospirazione politica mediante accordo e mediante associazione e della banda armata. La figura di carattere generale è l'associazione per delinquere.

Dopo la caduta del fascismo sono state previste le figure delittuose di ricostituzione del partito fascista, in attuazione della XII disp. trans. e fin. Cost., di banda fascista e monarchica, per le associazioni armate (nel 1947), e quelle di associazioni che perseguono finalità politiche mediante organizzazioni di carattere militare (nel 1948), in attuazione dell'art. 18 cpv. Cost.

Nel 1975 è stata introdotta la figura dell'associazione, inizialmente qualificata «per delinquere», relativa ai delitti sugli stupefacenti (poi «finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope», nel 1990). Sempre nel 1975 è stata prevista l'associazione razzistica, in esecuzione della convenzione internazionale per l'eliminazione delle forme di discriminazione razziale, firmata a New York nel 1966. Del 1979 è stata la previsione del delitto di associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, poi dell'ordinamento costituzionale (1982), nonché della circostanza aggravante della finalità terroristico eversiva con l'aumento della metà sottratto al bilanciamento. Del 1982 sono state le previsioni autonome dei delitti di associazione di tipo mafioso - nonché delle indagini e delle misure di prevenzione patrimoniali - ed associazione segreta, questa in attuazione dell'art. 18 cpv. Cost. Nel 1991 è stata introdotta la circostanza aggravante che il delitto è stato commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, con l'aumento da un terzo alla metà sottratto al bilanciamento.

Sembra utile, dal punto di vista metodologico, sottolineare come con l'art. 14 L. 55/1990 sia stata estesa l'applicazione della disciplina delle indagini e delle misure di prevenzione patrimoniali agli indiziati di appartenere ad una associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti ed ai soggetti indicati nel n. 2 del primo comma dell'art. 1 L. 1423/1956 («che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose») in relazione alle attività costituite dai delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di

estorsione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (di cui agli artt. 629, 630, 648-*bis* e 648 *ter c.p.*) nonché di contrabbando.

Le figure dell'associazione mafiosa e dell'associazione terroristica hanno un'impronta criminologica. Nella prima è rappresentato il fenomeno nella sua dimensione sociale concreta. Nella seconda il fenomeno sociale concreto è stato fatto oggetto dello «scopo» tradizionale del delitto associativo. Il problema penalistico è costituito dal fatto che l'adeguata descrizione del fenomeno nella sua interezza non costituisce ancora adeguato criterio della responsabilità per la relazione personale con lo stesso.

6. I modelli di responsabilità per la repressione del crimine organizzato nel sistema anglosassone

Nel sistema statunitense, il modello di responsabilità per la partecipazione od appartenenza ad una associazione ovvero organizzazione criminale è stato sempre ritenuto incompatibile con i principi costituzionali per la sua carenza di determinatezza, poca chiarezza.

Organized Crime Control Act (OCCA) è la normativa emanata negli Stati Uniti nel 1970 per la repressione dei fatti tipici delle attività delle organizzazioni criminali, che vi vengono definiti. Durante i lavori parlamentari non si riuscì invece a definire una nozione generale di criminalità organizzata; al deputato che propose l'incriminazione dell'appartenenza alla «mafia» o a «Cosa Nostra» fu mossa l'obiezione che una simile nozione di responsabilità sarebbe rimasta comunque «*imprecise, uncertain and unclear*».⁽¹⁰⁾ Il titolo IX dell'OCCA, *Racketeers Influenced and Corrupt Organizations* (RICO), riguarda in particolare il reinvestimento dei capitali illeciti in attività imprenditoriali e le infiltrazioni nell'economia dei membri e con i metodi delle organizzazioni criminali.⁽¹¹⁾

Il modello generale della *conspiracy* è concepito come alternativo di anticipazione del tentativo per le ipotesi di preparazione, organizzazione, del - singolo - delitto da una pluralità di persone. Nella pratica giurisprudenziale, tuttavia, questo modello non svol-

⁽¹⁰⁾ Riportata da G. TESSITORE, *La nuova legge antimafia e il precedente «modello» americano: spunti comparativistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 1041 in nota.

⁽¹¹⁾ Il testo della normativa RICO è riportato in nota nel saggio di G. TESSITORE, *ivi*, 1044 ss.

ge la funzione di anticipazione, secondo cui riceve appunto giustificazione teorica.⁽¹²⁾ Configurato, nella realtà, unitamente agli estremi del tentativo, ovvero parimenti della consumazione, questo modello assicura in effetti funzioni diverse, possibili per la sua genericità, quindi flessibilità. Va rilevata, in primo luogo e più in generale, la funzione di duplicazione e quindi di aggravamento della responsabilità del delitto, sia tentato, sia consumato, concertato fra una pluralità di persone, ancor più in quanto connesso con l'attività di una organizzazione criminale. Va indicata, inoltre, la funzione più particolare di definizione della responsabilità per la sola ipotesi plurisoggettiva, concertata, in confronto alla dichiarata irrilevanza del fatto a dimensione individuale. Va fatta rilevare, ancora, la funzione di tale configurazione come stimolo del patteggiamento per ottenere la collaborazione dell'indagato, nel sistema della discrezionalità dell'azione penale: così, la collaborazione degli elementi di minore rilevanza di un'organizzazione criminale per accertare le responsabilità dei capi, delle figure di vertice.

Sembra importante far rilevare come, in mancanza del modello della responsabilità per la partecipazione o appartenenza ad una associazione ovvero organizzazione criminale, negli Stati Uniti sia stata attribuita al capo dell'organizzazione di un'attività delittuosa la responsabilità di tutti i delitti realizzati nel contesto di questa attività. Lo stesso è accaduto per i delitti realizzati nel contesto dell'attività di una organizzazione politica o sindacale dichiarata illecita, a carico dei capi di questa, ovvero per i delitti realizzati nell'ambito di una manifestazione pubblica, a carico dei responsabili dell'organizzazione della manifestazione. Si tratta della «*Pinkerton rule*», risalente al 1946, applicata secondo il criterio che il delitto sia stato conseguenza «ragionevolmente prevedibile» dell'accordo realizzato.⁽¹³⁾

A proposito del sistema anglosassone va anche ricordato come nel *Prevention of Terrorism (Temporary Provision) Act* inglese, del 1976, concepito appunto come strumento sia «preventivo» che soprattutto «temporaneo», sia stata prevista per la prima volta la responsabilità penale per la relazione con una «*proscribed organization*» (organizzazione vietata).⁽¹⁴⁾

⁽¹²⁾ Cfr. E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretta legalità nell'analisi comparata*, CEDAM, Padova, 1993.

⁽¹³⁾ Cfr. E. GRANDE, *op. cit.*, 84 ss.

⁽¹⁴⁾ Il testo è riportato da M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), trad. it., Giuffrè, Milano, 1992, 154.

7. Le figure dell'association de malfaiteurs e del complot nel codice penale francese

Come si è detto, la figura originaria dell'*association de malfaiteurs* aveva un'impronta marcatamente criminologica, da cui Carrara distingueva appunto la forma pattizia dell'associazione per delinquere. Secondo l'art. 265 del codice napoleonico (1810), «Ogni associazione di malfattori, diretta contro le persone o le proprietà, è un crimine contro la pace pubblica». Secondo l'art. 266, «Questo crimine esiste col solo fatto dell'organizzazione delle bande o di corrispondenza fra esse ed i loro capi o comandanti, o di convenzioni tendenti a render conto, o a distribuire o dividere il prodotto dei misfatti».⁽¹⁵⁾ Questo crimine fu previsto con riferimento specifico al fenomeno del banditismo, nel ricordo delle bande armate e violente (degli «*chauffeurs*») che aggredivano e depredavano le persone.⁽¹⁶⁾

⁽¹⁵⁾ Il testo che riportiamo è quello dell'edizione «pel Regno d'Italia» del codice napoleonico.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. ZERBOGLIO, *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, vol. IV del *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Zerboglio, E. Florian, A. Pozzolini, P. Viazzi, S. Puglia, S. Sighele, ed. Vallardi, Milano, s.d., 49, che riporta fra l'altro una considerazione in tal senso di R. GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français*, Paris, 1900, IV, 360, secondo cui «i redattori del codice penale erano perseguitati dal ricordo di quelle bande resesi celebri sotto il nome di *chauffeurs*. A colpire il ritorno eventuale di questa forma di brigantaggio, furono sanciti gli articoli ricordati».

Cfr. anche L. LACCHÉ, *Alle origini della associazione per delinquere. Crimen plurium, concorso e reato plurisoggettivo tra antico regime e XIX secolo*, in AA.VV., *Storia del diritto e teoria politica*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, Nuova serie, Giuffrè, Milano, 1989, II, 616-617, il quale riporta in nota (da A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, Frankfurt am Main, 1969 [rist.], 465) un passo del *Journal des Débats*: «Des voleurs signalés sous le nom de chauffeurs se répandent dans plusieurs départements et désolent les villes et les campagnes. Ce ne sont pas des malfaiteurs isolés [...], ce sont de brigands réunis par bandes, organisés sous ses chefs, marchant d'après des instructions, formant enfin, au milieu de la société, une sorte de confédération armée, pour la détruire dans ses éléments».

F. CARRARA, *L'associazione a delinquere*, cit., 1117-1118, osservava come «Nella figura [dell'associazione a delinquere] dell'art. 421 [del codice toscano] la forza fisica oggettiva del maleficio tutta si estrinseca nel vincolare a noi la volontà di altre due persone le quali hanno stipulato a favor nostro un patto di commettere usurpazioni sulla proprietà altrui; di commetterle in beneficio comune e di parteciparne il lucro con noi. Qui tutto finisce. La forza fisica oggettiva del reato toscano di associazione a delinquere tutta si esaurisce in un effetto morale. Nessuno

Nel 1893, subito dopo un attentato dinamitardo avvenuto alla Camera dei Deputati il 9 dicembre, con la legge del 18 dicembre, la figura dell' *association de malfaiteurs* fu dilatata a definire la punibilità di qualsiasi intesa relativa alla realizzazione di crimini contro le persone o le proprietà, cioè nel senso del complotto, in confronto alla costruzione generale del tentativo secondo il criterio del *commencement d'exécution*. Nella definizione venne altresì specificata l'irrilevanza sia della durata che

(Segue nota n. 16)

abbandona il domicilio paterno. Non vi è provvista di armi; non vi è riunione di uomini in attitudine minacciosa. E' una società in partecipazione nella quale ciascuno opera isolatamente, salvo le facilitazioni e i sussidi che l'occasione potrà richiedere. [...] Nelle bande, al contrario, vi è ben altro apparato di forza fisica oggettiva. Si procede uniti in attitudine da soverchiare chiunque s'incontra, da soverchiare qualunque resistenza; ed è questa la forza fisica oggettiva del maleficio che lo denatura e lo rende enormemente più grave e più pauroso». Nell'opinione di Carrara, «il delitto di associazione a delinquere è un delitto di creazione toscana, e [...] quello che altrove (Francia, Parma, Sardegna) corre sotto il titolo di associazione di malfattori è un titolo sostanzialmente differente nelle forze che lo costituiscono; è un titolo di antichissima data, ma che non ha ragione d'esistere come titolo speciale bastando all'uopo i titoli di violenza pubblica, di furto violento, ed altri derivanti dalla specialità dei diritti aggrediti i quali vengono per tal guisa a rientrare tutti nelle rispettive nozioni scientifiche aggravabili per le circostanze tutte soggettive od oggettive che ricorrono nei singoli casi». In conclusione, secondo Carrara, «La società civile ha la sua ragione di essere nella necessità della difesa dei diritti di tutti. Una società che nel suo seno voglia costituirsi col fine determinato di offendere i diritti di tutti, è in perfetto antagonismo con la società civile, e legittimamente questa ne decreta la repressione, perché nel fatto solo della sua costituzione trova una forza fisica oggettiva sufficiente a renderne legittima la repressione. [...] Il codice toscano [...] in quegli atti preparatori non ha già punito un tentativo, ma ha punito un delitto consumato e perfetto».

In seno alla Commissione del 1876 per l'elaborazione del codice penale dell'Italia unita, Carrara contestò la costruzione del delitto autonomo (politico) di banda armata: «Non possiamo consentire nelle disposizioni che si riferiscono alle bande. Il codice penale francese, per quanto è a nostra memoria, fu il primo a farne una speciale figura di delitto politico, staccandola senza bisogno dal genere suo nel quale era naturalmente compresa. Ma l'Italia non è la Francia né ha la Vandea dalla quale guardarsi. E se per avventura si rivolta il pensiero alle provincie meridionali e sicule non fu esatto il giudizio. Il brigantaggio in quelle provincie si metta pure la maschera che crede possa più giovare all'equivoco. Non è un reato politico. Sotto la maschera del brigante vi è l'uomo, e l'uomo brigante è un volgare malfattore. Del resto anche le associazioni dei briganti in quanto volessero e potessero preordinarsi a scopo politico necessariamente rientrerebbero nella nozione generale dell'attentato e ne esaurirebbero gli estremi» (F. CARRARA, *Osservazioni e proposte delle sottocommissioni*, Roma, 1877, 9-10, riportato da G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, CEDAM, Padova, 1983, 22-23).

del numero dei membri dell'associazione.⁽¹⁷⁾ Secondo l'art. 265 come modificato, «Qualsiasi associazione formata, quali che ne siano la durata ed il numero dei membri, qualsiasi intesa stabilita allo scopo di preparare o di commettere crimini contro le persone o le proprietà, costituisce un crimine contro la pace pubblica». Fu stabilita inoltre, nell'art. 266, l'esclusione della pena per chi abbia rivelato alle autorità l'intesa stabilita ovvero l'esistenza dell'associazione.

Nel 1981 lo schema dell' *association de malfaiteurs* è stato ulteriormente modificato: con la specificazione dello scopo di commettere anche un solo crimine, contro le persone o i beni; con la necessità della materialità dell'attività preparatoria; con la qualificazione come delitto e il dimezzamento della pena. Secondo l'art. 265, come modificato, «Chiunque avrà partecipato a un'associazione formata o a un'intesa stabilita in vista della preparazione, concretizzata da uno o più fatti materiali, di uno o più crimini contro le persone o i beni, sarà punito con la prigione da cinque a dieci anni e ne potrà essere interdetto il soggiorno». Per l'esclusione della pena è stato richiesto specificamente che il soggetto abbia «permesso l'identificazione delle persone in questione».

Questa figura copre dunque lo spazio occupato nel nostro sistema dalla disciplina del tentativo, e fu concepita con riferimento al fatto che per la commissione dei grandi crimini i soggetti sono scelti dalle organizzazioni criminali di volta in volta.⁽¹⁸⁾

Nel nuovo codice francese, del 1994, è stato infine superato il riferimento napoleonico alle (sole) tipologie dei crimini contro le persone o le proprietà, con quello a qualsiasi crimine o delitto grave: punito cioè con il primo (più elevato) dei sette gradi di detenzione correzionale, fino ad un massimo di dieci anni. Con la stessa pena è punita la partecipazione all'associazione di malfattori. Secondo l'art. 450-1, «Costituisce un'associazione di malfattori qualsiasi gruppo formato o intesa stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, d'uno o più crimini o d'uno o più delitti puniti con la prigione fino a dieci anni». «La partecipazione a un'associazione di malfattori è punita fino a dieci anni di prigione e ad un milione di franchi d'ammenda».

⁽¹⁷⁾ V. il mio *Sistema penale e criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 1999, 85-86 e 132. V. anche A. BERNARDI, *La disciplina prevista dal nuovo codice francese in tema di criminalità organizzata*, cit., 1002.

⁽¹⁸⁾ V. il mio *Sistema penale*, cit., 134-135.

Nel nuovo codice penale francese, va sottolineato, non sono stati previsti né i minimi edittali, in generale, né di conseguenza le circostanze attenuanti. Di questa figura dell' *association de malfaiteurs*, meritano considerazione, da un punto di vista sistematico, e per le ragioni che vedremo, la funzione generale, la definizione in relazione all'entità dei delitti-scopo e la previsione della pena in misura corrispondente. Secondo lo stesso schema è punito, come vedremo subito appresso, il *complot*, relativo ai fatti contro lo stato.

Va fatto rilevare qui come la descrizione del «gruppo criminale organizzato» nella Convenzione di Palermo abbia molto di essenziale in comune con questa formulazione dell' *association de malfaiteurs* del nuovo codice francese. Il rinvio alla gravità e alla pena dei delitti-scopo come criterio generale definitorio dell'associazione dovrebbe poi comportare l'adozione della pena dei delitti-scopo come parametro sanzionatorio del delitto associativo; quale che sia la proporzione in concreto stabilita.

Secondo l'art. 450-2 del codice francese, «Qualsiasi persona che abbia partecipato al gruppo o all'intesa definiti nell'articolo 450-1 è esentata dalla pena se, prima dell'inizio del processo [*avant toute poursuite*], ha rivelato l'esistenza del gruppo o dell'intesa alle autorità competenti e permesso l'identificazione degli altri partecipanti».

L'art. 450-3 prevede le «pene complementari», interdittive: dei diritti civili, civili, familiari, di esercitare una funzione pubblica, un'attività professionale o sociale, del soggiorno in luoghi determinati.

Nel codice francese, sono previste circostanze aggravanti specifiche di singoli reati della «riunione» di più persone compari e della «banda organizzata». Per questo motivo, nell'art. 132-71 è definita in generale la banda organizzata («*bande organisée*»): «Ai sensi della legge costituisce una banda organizzata qualsiasi gruppo formato o qualsiasi intesa stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, di una o più infrazioni». Una definizione, dunque, perfettamente corrispondente a quella dell' *association de malfaiteurs*.

Va fatto rilevare come nel nuovo codice penale francese sia stato adottato il criterio generale dell'assorbimento fra le pene della stessa natura entro la misura del massimo edittale più elevato, per il «concorso d'infrazioni» commesse prima della condanna definitiva (artt. 132-2 ss.). Per le infrazioni commesse

dopo la condanna definitiva sono previsti invece criteri cospicui di recidiva. Così, la pena dell' *association de malfaiteurs* rimane assorbita in quella più elevata dei crimini e delitti realizzati.

Nel codice napoleonico, i principali crimini «contro la sicurezza dello Stato», puniti con la pena di morte e la confisca dei beni, erano (singolarmente) previsti nella forma alternativa penalmente equivalente de «*L'attentat ou le complot*» (questo tradotto «cospirazione» nell'edizione «pel Regno d'Italia»). Le figure dell'attentato e del complotto assunsero invece la dimensione generale d'incriminazione dei fatti «contro l'autorità dello Stato», secondo lo schema essenziale attuale, nel 1960.

Nel nuovo codice, nel libro IV «Dei crimini e delitti contro la nazione, lo stato e la pace pubblica», negli artt. 412-1 e 412-2 è la previsione «Dell'attentato e del complotto», negli artt. 450-1/3 è la previsione «Della partecipazione a un'associazione di malfattori», negli artt. 222-34/43 è la disciplina «Del traffico degli stupefacenti».

Secondo l'art. 412-1, «Costituisce un attentato il fatto di commettere uno o più atti di violenza di natura tale da mettere in pericolo le istituzioni della Repubblica o l'integrità del territorio nazionale». «L'attentato è punito fino a trent'anni di detenzione criminale e tre milioni di franchi d'ammenda». «Le pene sono portate fino alla detenzione criminale perpetua e a cinque milioni di franchi d'ammenda se l'attentato è commesso da una persona depositaria dell'autorità pubblica».

Secondo l'art. 412-2, «Costituisce un complotto la risoluzione stabilita fra più persone di commettere un attentato quando questa risoluzione è concretizzata da uno o più atti materiali». «Il complotto è punito fino a dieci anni di prigione e a un milione di franchi d'ammenda». «Le pene sono portate fino a vent'anni di detenzione criminale e a due milioni di franchi d'ammenda se l'infrazione è commessa da persona depositaria dell'autorità pubblica».

Negli artt. 414-2 e 414-3 è stabilita l'esclusione delle pene precedenti, rispettivamente, per chi, «avendo avvertito l'autorità amministrativa o giudiziaria, [...] ha permesso d'evitare che l'infrazione si realizzi e d'identificare, all'occorrenza, gli altri colpevoli»; per chi, «prima dell'inizio del processo [*avant toute poursuite*], ha rivelato il complotto alle autorità competenti e permesso l'identificazione degli altri partecipanti».

Nell'art. 222-34 è punito con la reclusione criminale fino a perpetuità e l'ammenda fino a cinquanta milioni di franchi «Il fatto di dirigere od organizzare un gruppo avente come ogget-

to la produzione, la fabbricazione, l'importazione, l'esportazione, il trasporto, la detenzione, l'offerta, la cessione, l'acquisizione o l'uso illeciti di stupefacenti».

Negli artt. 222-35 e 222-36, i fatti di produzione o fabbricazione, importazione o esportazione di stupefacenti, puniti rispettivamente fino a vent'anni di reclusione criminale e fino a dieci anni di prigione, sono puniti fino a trent'anni di reclusione criminale se «commessi in banda organizzata». In tali casi è prevista anche l'ammenda fino a cinquanta milioni di franchi. Nell'art. 222-40 è stabilito che il tentativo di questi delitti è punito con le stesse pene.

Nell'art. 222-42 è stabilita infine per questi fatti la responsabilità anche delle persone giuridiche (le «*personnes morales*»). Nell'art. 121-2 del nuovo codice penale francese è prevista appunto in generale la responsabilità penale delle *personnes morales*.

8. Sui diversi criteri di punibilità del tentativo. Il rapporto con la problematica dell'organizzazione

Rispetto alla formula di punibilità del tentativo dell'inizio di esecuzione (*commencement d'exécution*), adottata nel codice napoleonico e seguita poi negli altri codici, nel codice Zanardelli fu introdotto il criterio ulteriore dell'idoneità dei mezzi.

La formula di punibilità del tentativo adottata nel codice Rocco, in cui si è voluta superare la distinzione fra atti esecutivi ed atti preparatori, deve essere considerata anche in relazione all'attività preparatoria, organizzativa, del delitto ad opera di una pluralità di persone. L'attività del singolo individuo diventa apprezzabile nei termini dell'idoneità e non equivocità, per lo più, nella fase esecutiva: da non essere, dunque, in relazione a questa granché rilevante la differenza fra gli schemi di punibilità del tentativo del codice napoleonico, ancora del codice francese, e del codice Rocco. L'attività preparatoria, organizzativa, del delitto ad opera di una pluralità di persone può diventare apprezzabile, invece, nei termini dell'idoneità e non equivocità, in una fase anteriore rispetto all'inizio di esecuzione; a parte la valutazione di maggiore pericolosità in astratto di questa ipotesi. Occorre considerare inoltre che, in confronto al comportamento del singolo individuo, l'attività di una pluralità di persone è meno suscettibile del cambiamento di volontà, cioè della desistenza. Al contrario, può dirsi che la formula napoleonica - ancora francese - del tentativo sia prefigurata essenzialmente alla condotta individuale.

Questa lettura del nostro sistema trova conferma nella previsione, d'altro canto, dell'art. 115, di esclusione della punibilità per il solo fatto dell'accordo, salva la possibilità di applicare una misura di sicurezza nel caso di accordo per commettere un delitto. Con la previsione dell'art. 115, contenuta solo nel nostro codice, è definito infatti un limite formale rispetto al criterio di responsabilità a titolo di tentativo, dell'art. 56, di esclusione cioè del mero fatto intellettuale dell'accordo, che altrimenti avrebbe potuto esservi ricondotto.

Nell'art. 304 è stabilita una deroga rispetto al criterio generale definito nell'art. 115, in relazione ai delitti contro lo Stato.

Nel sistema anglosassone è seguito il criterio di punibilità a titolo di tentativo che gli atti siano «sufficientemente prossimi», ovvero «pericolosamente vicini», alla consumazione: la «*proximity rule*».⁽¹⁹⁾ La funzione di anticipazione per la dimensione organizzativa di una pluralità di persone è affidata, come si è detto, formalmente, al modello della *conspiracy*.

Nella riforma del codice tedesco del 1975 il criterio del «principio di esecuzione» è stato sostituito con quello della «immediatezza» dell'azione rispetto alla «realizzazione della fattispecie»: nel titolo de «Il tentativo», § 22, «Definizione del concetto. Commette il tentativo di un reato chi, secondo la sua rappresentazione del fatto, agisce in via immediata per la realizzazione della fattispecie». Nei §§ 30 e 31, sotto le rubriche «Tentativo di concorso» e «Recesso dal tentativo di concorso», è stata sostanzialmente riprodotta la disciplina del precedente § 49a («Istigazione infruttuosa», il cosiddetto «*Duchesne Paragraph*», dal nome del belga che si offerse all'arcivescovo di Parigi per uccidere il principe di Bismarck), per chi tenta di determinare altri a commettere un'azione sanzionata penalmente come crimine (cioè non altrettanto come delitto), nonché colui che concerta un'azione sanzionata penalmente come crimine, accetta l'offerta di altri a commettere una tale azione o si dichiara disposto ad un crimine; con la diminuzione della pena secondo il criterio generale del § 49 co. 1°, l'esclusione della pena per le forme di recesso operoso e l'applicabilità della disciplina di esclusione o diminuzione discrezionale della pena per il tentativo impossibile.

⁽¹⁹⁾ E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy*, cit., 210 ss., 256.

9. *L'organizzazione. La nozione di relazione funzionale. La problematica del concorso esterno e le circostanze aggravanti per la relazione del delitto con l'attività dell'associazione*

L'organizzazione è costituita dal coordinamento di una attività e può essere definita come la convenzione, meglio l'insieme delle convenzioni di carattere generale, che tengono luogo degli accordi caso per caso, nello svolgimento di una determinata attività. L'organizzazione è diversa dall'organismo, che «funziona da solo», perché costituita da «isole di potere cosciente»,⁽²⁰⁾ da soggetti che compiono scelte. L'organizzazione è costituita dall'effettività delle relazioni funzionali, che possono dipendere da accordi formalizzati e possono essere fondate anche sulla reiterazione e stabilizzazione dei comportamenti: quella così indicata, dell'effettività delle relazioni funzionali,⁽²¹⁾ è la ragione per cui il significato della convenzione appare più pregnante dello stesso significato dell'accordo, a esprimere il contenuto dell'organizzazione;⁽²²⁾ inoltre, questa non può essere assimilata all'organigramma, che è la rappresentazione formale dei ruoli.

⁽²⁰⁾ Queste espressioni sono di R. H. COASE, *La natura dell'impresa* (1937), trad. it. in *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna, 1995, 74-75. Ivi, 75-76, sulla differenza fra le transazioni del mercato e l'organizzazione dell'impresa: «Al di fuori dell'impresa, il movimento dei prezzi dirige l'attività produttiva, che è coordinata attraverso una serie di transazioni sul mercato. Dentro l'impresa queste transazioni vengono eliminate e alla complicata struttura delle transazioni sul mercato viene sostituito l'imprenditore-coordinatore che dirige l'attività produttiva».

⁽²¹⁾ Sul concetto di funzione v. in primo luogo A. R. RADCLIFFE-BROWN, *Concetto di funzione nelle scienze sociali* (1935), trad. it. in *Struttura e funzione nella società primitiva* (1967), Jaca Book, Milano, 1968. Ivi, 15: «Il concetto di funzione [...] implica [...] la nozione di una struttura costituita da una serie di rapporti tra singoli elementi, la continuità della struttura essendo assicurata da un processo vitale che è l'insieme delle attività delle unità costitutive». Ivi, 16: ««funzione» è il contributo che una attività parziale dà all'attività totale di cui fa parte».

V. altresì i due saggi di N. LUHMANN, *Funzione e causalità* (1962), e *Metodo funzionale e teoria dei sistemi* (1964), in *Illuminismo sociologico* (1970), trad. it., il Saggiatore, Milano, 1983, che «possono essere considerati il manifesto metodologico del «programma» luhmanniano» (Così D. ZOLO, *Introduzione a N. LUHMANN, op. cit., Funzione, senso, complessità. I presupposti epistemologici del funzionalismo sistemico*, XIV).

⁽²²⁾ Sembra estremamente interessante a questo proposito la considerazione di N. LUHMANN, *Metodo funzionale* cit., 51, che «La sociologia si colloca in un rapporto di rottura rispetto alla razionalità della vita quotidiana, poiché la categoria dello scopo ha ormai largamente perso il proprio credito quale concetto scientifico fondamentale»; sostituita appunto da quella di funzione.

Nell'organizzazione, i soggetti sono garanti delle loro prestazioni e gli altri soggetti hanno perciò una fondata aspettativa circa quelle prestazioni. Garanzia e aspettativa possono essere fondate su un accordo formale oppure anche sulla reiterazione avvenuta precedentemente dei comportamenti, sulla stabilizzazione del tipo di condotta e di relazione.

L'organizzazione del singolo episodio presuppone l'accordo circa le modalità di realizzazione e le prestazioni che ciascuno dovrà compiere. La responsabilità per concorso di persone nel reato realizzato riguarda anche il soggetto che ha garantito una prestazione poi non utilizzata per ragioni diverse dalla sua volontà, perché divenuta nel frattempo inutile o sostituita da un'altra, e salva quindi l'esclusione di tale responsabilità per la desistenza. In generale, la problematica del concorso di persone nel reato non può essere ridotta a quella dell'organizzazione,⁽²³⁾ perché il contributo concorsuale può essere rilevante anche in quanto non preventivato e proveniente da un soggetto estraneo alla dimensione organizzativa; perché il concorso può avvenire anche nel suo complesso del tutto occasionalmente.

L'associazione è una struttura organizzativa stabile per la realizzazione di una determinata attività, di natura complessa in confronto a un singolo delitto. La differenza fra le figure degli artt. 304 e 305 c.p., di cospirazione politica mediante accordo e mediante associazione, è data proprio dalla stabilità della struttura organizzativa costitutiva dell'associazione. L'associazione, di cui all'art. 305, è per commettere anche un solo delitto, contro lo stato, e la finalità di commettere due o più di questi delitti è costitutiva della circostanza aggravante di cui all'ultimo comma: un delitto a struttura complessa, che richiede la stabilità della struttura organizzativa. L'associazione per delinquere è per commettere una pluralità di delitti, anche determinata.

L'accordo per commettere un delitto contro la personalità dello stato può essere sostanzialmente privo di pericolosità, se intercorso fra soggetti comuni; oppure avere rilevante pericolosità, se intercorso fra soggetti portatori e garanti di autonome dimensioni organizzative. Questo è un esempio di come la problematica dell'organizzazione non sia senz'altro riducibile alla capacità predefinitoria della forma di legge, se non nel senso

⁽²³⁾ V. invece in tal senso G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1986.

dell'adozione di criteri di valutazione: così, dell'accordo, si può richiedere nella norma che costituisca o presupponga una consistente dimensione organizzativa, rispetto al delitto.

La relazione con una pluralità determinata di delitti, di cui il soggetto abbia consapevolezza, è costitutiva in linea di principio del concorso nei delitti. La relazione con una pluralità indeterminata di delitti, oggetto dell'associazione, è costitutiva nel nostro ordinamento del solo delitto associativo.

La partecipazione o l'appartenenza all'associazione è una relazione funzionale stabile con la struttura organizzativa e l'attività dell'associazione, considerata in generale. Il soggetto è garante delle prestazioni in favore dell'associazione e gli altri soggetti fanno affidamento sulle sue prestazioni sia in base ad accordi formali che sono intercorsi, sia in base all'avvenuta reiterazione e stabilizzazione di determinati comportamenti. L'accordo non seguito dalle prestazioni per una scelta volontaria del soggetto dovrebbe essere viceversa riconducibile al criterio generale della desistenza.

La funzionalità del contributo rispetto alla struttura organizzativa ed all'attività delittuosa dell'associazione, considerata in generale, può dipendere dal carattere di stabilità degli effetti, anziché della relazione personale: un soggetto realizza o consente il trasporto di un carico di armi in favore dell'organizzazione criminosa; un professionista viene assunto per commettere un delitto rilevante per il futuro dell'organizzazione; un professionista fornisce una consulenza relativa alla dimensione generale organizzativa dell'associazione. In tali casi è configurabile il concorso di persone nel delitto associativo.

La disciplina generale del concorso di persone nel reato è applicabile a tutti i delitti a concorso necessario, per i contributi diversi dalla partecipazione; quindi, anche ai delitti associativi.

Il riferimento alla disciplina generale del concorso di persone nel reato, per ciò che riguarda il delitto associativo, è stato formalizzato nel codice Zanardelli. Nell'attuale disciplina dei delitti di assistenza agli associati, di cui agli artt. 307 e 418 c.p., sono fatti salvi i casi di concorso di reato e di favoreggiamento. L'espressione «casi di concorso nel reato» è stata intesa ad un certo punto riferita alle ipotesi di concorso necessario costitutive dello stesso delitto associativo, cioè della partecipazione. Ed invece nelle norme appena indicate è riprodotto lo schema dei corrispondenti artt. 132 e 249 del codice Zanardelli, in cui il riferimento è formalmente ai «casi previsti nell'articolo 64», che erano fatti appunto salvi rispetto alla configurabilità del delitto

di assistenza agli associati. L'art. 64 del codice Zanardelli conteneva la disciplina generale del concorso di persone nel reato, come il nostro art. 110.

Nei codici precedenti erano puniti invece i tipi di contributi all'associazione. Nella disciplina dell'associazione di malfattori del codice napoleonico, dopo la previsione, nell'art. 267, dei lavori forzati a tempo (da cinque a vent'anni) per «gli autori, i direttori dell'associazione, ed i comandanti in capo o sottocomandanti di queste bande», nell'art. 268 era quella della reclusione (da cinque a dieci anni) «per tutte le altre persone incaricate di un servizio qualunque in queste bande, e quelle che avranno scientemente e volontariamente somministrato alle bande o alle loro divisioni delle armi, munizioni, istromenti atti al crimine, alloggio, ritirata o luogo di unione».⁽²⁴⁾

La differenza fra la partecipazione ed il concorso esterno nel delitto associativo può essere rappresentata nel senso che nel primo caso il soggetto è elemento dell'organizzazione, ovvero gli altri fanno affidamento sulle sue prestazioni in favore dell'esistenza e dell'attività dell'associazione; nel secondo, il soggetto non è elemento dell'organizzazione, i suoi contributi, pure rilevanti, sono negoziati di volta in volta, non sono preventivabili in termini almeno di affidamento.

La differenza fra il concorso esterno ed il favoreggiamento riguarda la rilevanza del primo in favore della struttura e dell'attività dell'associazione considerata in generale, non di un singolo fatto delittuoso o di un singolo individuo che fa parte dell'associazione.

La circostanza aggravante che il delitto è stato compiuto avvalendosi delle condizioni previste nell'art. 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo è stata introdotta in un momento in cui la configurabilità del concorso esterno era particolarmente controversa, addirittura esclusa dalla Cassazione. Per la prima parte («avvalendosi delle condizioni» ecc.), questa circostanza si aggiunge alla responsabilità, oltre che per il delitto che ne viene aggravato, per la partecipazione all'associazione; salva l'ipotesi davvero di scuola in cui sia il soggetto estraneo ad avvalersi per le sue proprie finalità del contributo dell'associazione. Per la seconda parte («ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni» ecc.), il contenuto di questa circostanza

⁽²⁴⁾ Il testo è quello dell'edizione «pel Regno d'Italia».

sembra proprio sovrapponibile all'ambito del concorso esterno, per l'ipotesi che questo sia costituito da un reato, e dunque non se ne giustifica l'autonomia: solo formale è ovviamente la differenza fra il fine di agevolare l'attività e l'oggettiva funzionalità del contributo.

Parimenti, la circostanza aggravante della finalità terroristica si aggiunge alla responsabilità, oltre del delitto che ne viene aggravato, del delitto associativo.

10. La definizione dell'organizzazione criminosa con riferimento alla teoria generale dell'organizzazione ed alle figure delittuose per cui è predisposta la dimensione organizzativa. La responsabilità per la relazione di funzionalità e di consapevolezza del singolo

La problematica dell'organizzazione può essere assunta come generale di tutte le forme di criminalità organizzata, riconducibili alle diverse figure delittuose associative. Queste figure sono specifiche del tipo di attività delittuosa che ne è oggetto. Può dirsi dunque che la tipologia dell'attività delittuosa sia definitoria dell'organizzazione criminale, ovvero della nozione di criminalità organizzata: sono definitorie le figure delittuose che possono essere considerate «tipiche» della struttura organizzativa, cioè verso cui questa è stabilmente, sistematicamente, predisposta. Questo passaggio sembra utile per costituire un approccio di tipo sistematico a questa problematica.

Attualmente, la responsabilità per i delitti associativi è costituita dalla consapevolezza di contribuire all'esistenza ed all'attività dell'associazione, come definita nella previsione normativa. Nella forma più generica dell'art. 416 c.p., un'associazione rivolta alla commissione di una pluralità di delitti. L'analisi della relazione del singolo con le tipologie delittuose caratteristiche della struttura generale organizzativa, cioè verso cui questa è predisposta stabilmente, sistematicamente, conferisce tipicità a questa forma di responsabilità. La correlazione funzionale con le tipologie delittuose oggetto della dimensione organizzativa stabile può essere assunta come presupposto sistematico di questa problematica penalistica.

La tecnica della previsione di una figura delittuosa associativa in relazione al tipo di organizzazione criminale, ed in realtà al tipo di attività che ne è oggetto, conduce fatalmente alla proliferazione di tali figure. Oltre alle figure previste nel nostro

sistema, si pensi alle attività criminoso organizzate di traffico di armi ed altri esplosivi, nonché di sostanze nucleari, di traffico di esseri umani, di traffico di organi, di sfruttamento sessuale e della prostituzione. Queste ipotesi vanno poi considerate nella dimensione attribuitavi nei diversi ordinamenti dei vari stati.

La definizione dell'organizzazione criminale con riferimento da un canto alle categorie generali dell'organizzazione e d'altro canto alle comuni tipologie delittuose, quindi con il riferimento della teoria generale dell'organizzazione alle normali nozioni delittuose, soddisfa esigenze importanti: consente di articolare la responsabilità per il contributo all'organizzazione in modo differenziato e sistematico secondo il tipo di attività delittuosa che ne è oggetto; contribuisce, come vedremo, all'argomentazione di questa responsabilità, costituendone appunto la «tipicità»; contribuisce a definire un terreno comune in funzione dell'omogeneizzazione internazionale dei diversi sistemi di repressione.

Va ricordato come nella Convenzione di Palermo il «gruppo criminale organizzato» sia definito dallo scopo di commettere uno o più reati gravi, intendendosi per gravi i reati puniti con una pena superiore nel massimo a quattro anni di detenzione. I reati sono definitori del gruppo criminale organizzato. Manca nella Convenzione l'indicazione del parametro della responsabilità. Questa non può che essere proporzionata alla gravità dei reati che sono oggetto sistematico dell'organizzazione, di cui il soggetto abbia consapevolezza. Non dei reati commessi occasionalmente, per iniziative meramente individuali. A mio avviso, la responsabilità per l'organizzazione stabile può essere definita dal riferimento, in termini di funzionalità del contributo e di consapevolezza del soggetto, alle figure delittuose che sono tipiche dell'organizzazione, cioè verso cui questa è predisposta in modo stabile e sistematico. Il soggetto ha una responsabilità indiretta - e di carattere generale - rispetto a queste figure delittuose, che si tratta di argomentare in concreto. La misura della pena per il contributo personale all'organizzazione stabile di un'attività delittuosa dovrebbe essere comunque parametrata alla gravità delle figure delittuose che sono tipiche dell'organizzazione, rispetto a cui la relazione del soggetto possa essere apprezzata nei termini della funzionalità e della consapevolezza.

La responsabilità per concorso di persone nel reato è costituita dal contributo funzionale alla realizzazione del (fatto previsto dalla legge come) reato, con la consapevolezza della causalità del medesimo. La qualificazione oggettiva in termini di «causalità» del singolo contributo è contraddittoria rispetto ai

significati tradizionali della causalità. Il singolo contributo può non essere *condicio sine qua non* dell'evento; può non essere accessorio rispetto a uno principale; a maggior ragione, non se ne può richiedere l'«adeguatezza», ovvero la «sufficienza», rispetto al verificarsi dell'evento. La qualificazione del singolo contributo come causale nel senso di contributo «alla causalità» non è definitoria, viceversa, del contributo dal punto di vista oggettivo, ma solo in ordine alla consapevolezza del soggetto. La qualificazione del contributo come «funzionale», dal punto di vista oggettivo, oltre cioè alla necessaria consapevolezza della causalità, mi sembra arricchisca l'argomentazione; meglio, conduca ad una maggiore argomentazione. Non è questo il luogo per rappresentare le differenze ed i contributi dell'analisi funzionalistica rispetto a quella causale, o causalistica, tradizionale.

La responsabilità per il contributo ad un'attività delittuosa complessa, di cui il soggetto non conosca le caratteristiche particolari (così da non essere configurabile la responsabilità per concorso in tutti i delitti che la costituiscono), è costituita dal contributo di carattere funzionale rispetto all'attività considerata in generale, e dalla consapevolezza della tipologia delittuosa dell'attività. In relazione alle caratteristiche delittuose dell'attività che può essere considerata «tipica» della dimensione organizzativa stabile può essere definita la responsabilità per il contributo a questa considerata in generale, con la consapevolezza di tali caratteristiche generali. L'attività che può essere considerata tipica della dimensione organizzativa stabile: che costituisce l'«oggetto sociale», può dirsi; a differenza, quindi, dai delitti che possono essere considerati occasionali, compiuti per iniziative meramente personali.

In confronto alla responsabilità dei singoli delitti, la responsabilità per la comune associazione per delinquere è costituita, nel minimo concettuale, teorico, dalla consapevolezza di contribuire ad un'attività che il soggetto sappia sicuramente delittuosa, di cui tuttavia egli non conosca le caratteristiche, neppure generali. L'ipotesi normale è comunque che il soggetto conosca le caratteristiche generali dell'attività delittuosa, le caratteristiche delittuose dell'attività considerata in generale. Questo è lo schema normale (che dovrebbe essere seguito per l'argomentazione) della responsabilità per il contributo personale ad un'organizzazione delittuosa, distinta da quella dei singoli delitti.

Così, un'ipotesi sistematica di definizione della responsabilità per il contributo personale alla dimensione generale organizzativa di un'attività delittuosa è costituita dalla relazione di

funzionalità e di consapevolezza con le figure delittuose che possono essere considerate tipiche della dimensione organizzativa, fra quelle effettivamente realizzate, con la pena comunque parametrata alle previsioni penali di queste figure. Per esempio, la pena per il contributo personale all'organizzazione può essere fissata nella misura massima corrispondente a quella stabilita per la figura tipica più grave, fra quelle effettivamente realizzate nel contesto dell'attività dell'organizzazione, di cui il soggetto abbia consapevolezza. Sono tipiche della dimensione organizzativa le figure delittuose verso cui questa è predisposta stabilmente, sistematicamente.

Il riferimento è alle figure delittuose effettivamente realizzate: abbiamo visto che la relazione di funzionalità ha come caratteristica essenziale la stabilità. La funzione di anticipazione può essere lasciata alle attuali forme dell'associazione per delinquere e del complotto o della cospirazione. Alla forma attuale dell'associazione per delinquere può essere lasciata pure la funzione di definizione della responsabilità per la relazione funzionale con un'attività - organizzata - genericamente delittuosa, in mancanza cioè della dimostrazione del nesso con l'attività di una determinata tipologia delittuosa.

Il massimo della pena può essere fatto corrispondere, dunque, con il massimo stabilito per la più grave figura delittuosa tipica della dimensione organizzativa stabile fra quelle effettivamente realizzate, di cui il soggetto abbia consapevolezza. Nell'ipotesi in cui la dimensione generale organizzativa abbia ad oggetto figure delittuose diverse, quelle meno gravi non assumerebbero in tal modo rilevanza per la determinazione della relativa responsabilità. Si tratta, appunto, della responsabilità per il contributo alla dimensione generale organizzativa, distinta dalla responsabilità dei singoli delitti.

Quello così indicato è però un criterio di maggiore determinazione, di maggiore contenuto argomentativo, e comporta anche una possibilità di maggior pena, in confronto alla dimensione attuale del delitto associativo: sostanzialmente intermedio, quanto a significatività, fra questo e la nozione di responsabilità per i singoli delitti. Il criterio, giova ripetere, è quello della funzionalità e della consapevolezza rispetto ad un'attività di una certa tipologia delittuosa, riconducibile ad una o a più figure delittuose comunque determinate.

Il criterio indicato costituisce, dunque, un maggior onere argomentativo e la possibilità di una maggior pena, in confronto alla dimensione attuale del delitto associativo; e può essere adottato

in rapporto di specialità con lo schema attuale dell'associazione per delinquere. Al soggetto per cui si abbia la prova della funzionalità e consapevolezza del suo contributo rispetto alla dimensione organizzativa dell'attività delittuosa di un certo tipo - riconducibile in generale ad una figura delittuosa - può essere attribuita una pena fino alla misura massima stabilita per quella figura delittuosa, che è caratteristica dell'attività e che quindi la qualifica.

L'attività delittuosa di riferimento, per i requisiti della funzionalità e della consapevolezza, può essere anche più circoscritta di quella generale dell'associazione criminosa: per es., l'attività organizzativa stabile di un gruppo di fuoco, che opera all'interno di un'organizzazione criminale. Il soggetto che contribuisce funzionalmente e consapevolmente all'attività del gruppo di fuoco, senza parteciparvi, ha una responsabilità che dev'essere comunque parametrata a quella dei delitti che costituiscono quell'attività: alla cui tipologia generale contribuisce appunto oggettivamente e consapevolmente.

Il riferimento della teoria generale e delle categorie dell'organizzazione alle normali nozioni delittuose sembra la base ideale per l'omogeneizzazione fra i sistemi normativi e istituzionali dei vari stati. Costituisce infatti un approccio, che può sembrare sofisticato, che tuttavia utilizza concetti di significato e percezione assolutamente comuni.

Con le figure delittuose associative si attribuisce una responsabilità di carattere generale per il contributo personale alla dimensione organizzativa di un'attività delittuosa complessa. La nozione di organizzazione costituisce, e consente di spiegare, la mediazione fra una pluralità di individui e una pluralità indeterminata di delitti, conferendo maggiore determinazione ad una responsabilità comunque indiretta. La responsabilità è indiretta per definizione: il riferimento delle nozioni di funzionalità e di consapevolezza alle figure delittuose caratteristiche dell'attività organizzata stabile costituisce un elemento non indifferente di argomentazione.

Va ricordato come negli Stati Uniti sia seguito il criterio che la commissione del delitto sia conseguenza ragionevolmente prevedibile dell'accordo realizzato. Il riferimento è ancora al singolo delitto, e il criterio è sostanzialmente quello, di argomentazione della colpa, adottato per il nostro art. 116. Il criterio suggerito in questa sede riguarda invece la consapevolezza del soggetto circa la stabilità (la «normalità») della realizzazione di delitti di un certo tipo, cui il suo contributo è dunque funzionale: che è nozione - dolosa - assolutamente diversa.

11. *Il problema della riforma del nostro codice penale. Riferimento ai lavori della Commissione Nordio*

Per ciò che riguarda il nostro ordinamento, le indicazioni che seguono costituiscono il nucleo di quelle che mi sono permesso di formulare nei lavori della Commissione ministeriale presieduta da Nordio, in sede di Sottocommissione per la riforma dei delitti contro lo stato e di criminalità organizzata; che hanno provocato un lungo e intenso dibattito, animato dall'interesse quanto dai dubbi per il carattere innovativo.

Va ricordato incidentalmente che alla precedente Commissione presieduta da Pagliaro «E' sembrato opportuno escludere dal codice la disciplina dell'associazione di stampo mafioso, perché più adatta ad un corpo legislativo autonomo e meglio plausibile secondo le mutevoli e particolari esigenze che si pongono per contrastare efficacemente questa specifica forma di criminalità organizzata».⁽²⁵⁾ Peraltro, alle figure delittuose associative di carattere politico è stato riservato in quella proposta un capo autonomo dei delitti contro la Repubblica.

Nei lavori della Commissione Nordio si è convenuto di affrontare in generale i delitti associativi insieme coi delitti contro lo Stato, che hanno in comune i dati sostanzialmente correlativi dell'offensività diffusa e della dimensione organizzativa. Secondo la mia proposta, il libro dei *Delitti contro la Repubblica e la sicurezza pubblica* potrebbe comprendere i titoli dei *Delitti contro l'ordine costituzionale*, *Delitti associativi*, *Delitti contro l'ordine pubblico* e *Delitti contro l'incolumità pubblica*.

Come si è detto, alla figura dell'associazione per delinquere può essere riservata la funzione di anticipazione, in relazione all'attività delittuosa non ancora realizzata dalla struttura organizzativa stabile, e anche la funzione di attribuzione della responsabilità per la relazione di funzionalità con un'attività che il soggetto sa essere delittuosa di cui tuttavia non conosca le caratteristiche (ovvero non si riesce ad argomentare la consapevolezza circa le caratteristiche delittuose dell'attività cui quegli contribuisce): Tizio sa di aver a che fare con delinquen-

(25) L'elaborato della Commissione, *La riforma del codice penale. Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, è pubblicato in *Documenti Giustizia*, n. 3, marzo 1992, 387 per il brano riportato.

ti, dà loro i suoi soldi da cui trae profitti assolutamente incompatibili con un'attività lecita, ma non conosce le caratteristiche delittuose dell'attività cui contribuisce, e da cui trae rilevante profitto.

Le figure dell'associazione terroristica e dell'associazione mafiosa, di cui agli artt. 270-*bis* e 416-*bis* dovrebbero essere mantenute, oltre alle ragioni simboliche, in quanto presupposti e baricentri di una articolata rete normativa differenziata, per la repressione di questi fenomeni. L'associazione terroristica va descritta come «diretta» al compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento costituzionale.

Va posto il problema della previsione generale e sistematica delle tecniche di premialità della collaborazione con la giustizia, in relazione a tutte le forme collettive ed organizzate di attività delittuose. Già, le misure di prevenzione patrimoniali riguardano, come si è visto, le attività delittuose organizzate che abbiano una dimensione e delle finalità apprezzabili sotto il profilo economico. Lo stesso problema della sistematizzazione e generalizzazione va posto per le strutture di coordinamento delle indagini, sulle forme ed i fenomeni di criminalità organizzata.

In modo speciale rispetto alle previsioni delle figure delittuose associative, il contributo alla dimensione generale organizzativa stabile di un'attività delittuosa potrebbe essere punito, come si è detto, fino alla misura massima della pena prevista per la più grave figura delittuosa tipica (caratteristica) della dimensione organizzativa stabile (cioè verso cui questa è predisposta stabilmente e sistematicamente), in quanto abbia le connotazioni della funzionalità e della consapevolezza in confronto alla tipologia così definita. Con l'argomentazione della funzionalità e consapevolezza rispetto alla tipologia definitoria dell'attività delittuosa dell'organizzazione, sia dunque possibile giungere fino al massimo della pena della figura delittuosa di cui si tratta; a prescindere dalla responsabilità dei singoli delitti.

Il minimo di questa pena non appare definibile in modo astratto e generale. Infatti, il contributo personale alla realizzazione di una dimensione collettiva pure ingente può essere anche piccolissimo, e tuttavia rilevante. Il contributo personale alla realizzazione di una dimensione collettiva assume rilevanza nella relazione con gli altri contributi, così per esempio nell'uso che ne vien fatto dagli altri soggetti della dimensione organizzativa.

Adottato lo schema precedente, potrebbero essere eliminate le figure delittuose associative speciali riguardanti le comuni attività delittuose: a mio avviso, anche l'associazione finalizzata al traffico degli stupefacenti. Infatti, le stesse pene previste nell'attuale art. 73 T.U. stupef. potrebbero essere adottate - e quindi eventualmente aggiunte - per l'associazione.

Potrebbe essere costruita viceversa una figura delittuosa autonoma per il traffico di esseri umani, in forma necessariamente associativa, data la non realizzabilità di questa attività in forma individuale.

Per ciò che riguarda le attività politiche, non può essere fatta rientrare nella libertà garantita di manifestazione del pensiero, e deve essere punita, l'attività di propaganda e di proselitismo attorno a idee che esaltano e propugnano il ricorso alla violenza, come mezzo di trasformazione sociale e istituzionale e comunque di lotta politica, ovvero l'odio e la discriminazione razziale. Alla struttura organizzativa stabile di questo tipo di attività dovrebbe essere riservata una figura delittuosa associativa, relativa appunto all'attività di tipo ideologico, ma intorno a queste idee, che sostituisca le attuali figure dell'art. 270 c.p. e dell'associazione razzistica.

Le figure di cui attualmente agli artt. 304 e 305 c.p. dovrebbero essere mantenute, la prima con la precisazione che l'accordo costituisca o presupponga una consistente dimensione organizzativa.

Le figure dell'associazione che persegua finalità politiche mediante organizzazione di carattere militare e dell'associazione segreta corrispondono a divieti costituzionali. L'associazione segreta può essere prevista tuttavia come figura speciale dell'associazione per delinquere comune: cioè comunque relativa al programma di commettere delitti.

Per le figure di associazione per delinquere comune, associazione di tipo mafioso, associazione sovversiva, associazione che persegua finalità politiche mediante organizzazione di carattere militare, cospirazione politica mediante associazione, può essere prevista una cospicua aggravante dell'essere l'associazione armata, cioè dell'avere i soggetti che vi partecipano la disponibilità generale di armi. Così, può essere eliminata la figura autonoma della banda armata.

In tutte le figure delittuose associative, la condotta di chi finanzia dovrebbe essere prevista accanto a chi promuove, costituisce, organizza, dirige.

L'attuale concorso esterno può essere previsto in forma peculiare all'interno della figura delittuosa, con la formula di chi altrimenti (rispetto alla partecipazione) sostiene la struttura o favorisce l'attività dell'associazione, e la pena pari nel massimo a quella della partecipazione e però non determinata nel minimo. In tale ultimo senso, le ragioni epistemologiche sopra indicate trovano riscontro nelle forme di contiguità alle organizzazioni criminali e terroristiche.

Per tutta la problematica della criminalità organizzata dovrebbe essere stabilita, a mio avviso, la competenza giurisdizionale sovranazionale, cioè degli stati a prescindere sia dal luogo dove i delitti sono stati commessi sia dalla nazionalità degli autori; integrando perciò in tal senso il contenuto dell'attuale art. 7 c.p.

12. *Il riferimento all'organizzazione come contributo alla definizione della categoria del delitto politico*

L'attraversamento della problematica dell'organizzazione consente di ridefinire la stessa categoria del delitto politico. I fatti di terrorismo possono essere considerati come fatti criminali riconducibili a organizzazioni. In generale, la peculiarità della categoria del delitto politico in confronto alle comuni nozioni delittuose può essere comunque collegata alla problematica dell'organizzazione. Appaiono dimensioni correlative, da una parte, la tutela e il pericolo riguardanti la stabilità sociale e istituzionale, dall'altra, l'organizzazione stabile. Il pericolo per la società e le istituzioni considerate in generale non è concepibile a prescindere da una consistente dimensione organizzativa. D'altronde, la consistente dimensione organizzativa di un'attività delittuosa costituisce un pericolo per la stabilità sociale.

Quest'idea ha spinto, come si è detto, i componenti della Commissione Nordio a costituire un'unica Sottocommissione per l'analisi delle problematiche dei delitti contro lo Stato e di criminalità organizzata.

In relazione ad alcune ipotesi può richiedersi formalmente la consistenza della dimensione generale organizzativa: per es., come si è detto, per la punibilità dell'accordo di commettere un delitto contro lo Stato.

Viceversa, in confronto alla complessità di talune figure delittuose di carattere politico (solo per es., atti diretti a sottoporre lo stato alla dipendenza di uno stato straniero), non costituisce un criterio di valutazione possibile della condotta del sin-

golo l'idoneità, cioè l'adeguatezza o sufficienza causale. La condotta del singolo assume infatti rilevanza nel contesto - necessariamente - plurisoggettivo e organizzato. La valutazione del singolo contributo nel modello collettivo non può essere appunto di tipo causale tradizionale.

13. Alcune considerazioni metodologiche conclusive

In conclusione, vanno svolte alcune considerazioni di carattere metodologico, concernenti l'adozione della teoria dell'organizzazione, relative al fatto che questa problematica corrisponde, in realtà, ad una forma della conoscenza (di tipo funzionalistico).

La prima considerazione riguarda la tendenziale caratteristica delle norme di non delimitare in modo formale modelli di comportamento, di non definire cioè una «soglia» semantica, bensì, sostanzialmente, di indicare criteri di valutazione. Questa caratteristica può essere considerata appunto una tendenza generale della legislazione nella fase attuale. Le norme costituiscono vieppiù criteri di orientamento ed esercizio di una discrezionalità di tipo «operativo».⁽²⁶⁾

Inoltre, si può dire, l'organizzazione è una categoria che riguarda, parimenti, l'oggetto della risposta istituzionale, la criminalità organizzata, e il soggetto di questa risposta, le strutture istituzionali. Tutta la problematica della risposta istituzionale deve essere valutata in termini di teoria dell'organizzazione, in termini funzionalistici, cioè di «alternative funzionalmente equivalenti»,⁽²⁷⁾ e di comparazione fra costi e benefici. Si tratta proprio di conferire a questa problematica - della risposta istituzionale alle forme ed ai fenomeni di criminalità organizzata - la dimensione «sistemica».⁽²⁸⁾

⁽²⁶⁾ V. a tal proposito G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, sulla rilevanza giuridica dei «principi» di fronte alle «regole».

⁽²⁷⁾ La terminologia è di N. LUHMANN, *Metodo funzionale*, cit., 49.

⁽²⁸⁾ N. LUHMANN, *ibid.*: «Un insieme di azioni costituisce dunque un sistema nella misura in cui di fronte ai mutamenti dell'ambiente dispone di più di un'alternativa per reagirvi, alternative che sono funzionalmente equivalenti sotto determinati punti di vista astratti, propri del sistema. L'invarianza relativa non è dovuta allora all'abbinamento rigido di determinati mutamenti sistemici a determinati mutamenti ambientali, ma si deve all'esistenza d'istituzioni selettive entro il sistema la cui funzione non dipende dalla possibilità o meno di prevederne il funzionamento. Siccome le singole alternative sono funzionalmente equivalenti entro una determinata prospettiva, il sistema può, a un livello adeguato di astrazione, restare indifferente rispetto alla scelta».

Alle considerazioni precedenti sembra connessa, peraltro, la necessità di una concezione sostanziale, proprio funzionalistica, delle stesse garanzie del cittadino; anche diversa ed ulteriore da quella marcatamente formale della storia dello stato di diritto. Garanzie, quindi, di collegialità dei giudizi, di varietà e multidisciplinarietà delle competenze, di professionalità, di responsabilità.

La difformità essenziale della problematica della criminalità organizzata rispetto alla concezione classica del diritto è costituita dalla sostanziale flessibilità dello strumento legale, per la complessità sia del dato oggetto della considerazione che dell'approccio. Ma questo problema è di carattere generale nella società contemporanea, solo particolarmente evidente nella problematica della criminalità organizzata.

In questa problematica è appunto particolarmente evidente la difficoltà - generale, invero - di tener ferma la distinzione del diritto dalla morale e dalla politica. In questa problematica, infine, sono particolarmente evidenti sia la necessità che la difficoltà di superare le differenze, e le distanze, fra i sistemi giuridici e istituzionali dei vari stati, la necessità e la difficoltà di costruire strutture e strumenti giuridici sovranazionali: rispetto a cui, ovviamente, sono essenziali l'approccio sistematico e la teoria generale.

RIASSUNTO

Il problema della definizione della criminalità organizzata, che è stato posto fra l'altro nella *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000, appare essenziale per un approccio sia di carattere generale e sistematico che sopranazionale a questo tipo di problemi.

Il riferimento della teoria dei sistemi e delle nozioni generali dell'organizzazione alle comuni categorie delittuose, secondo il criterio fondamentale della relazione funzionale, costituisce una possibilità metodologica nel senso precedente; mostra, nell'analisi della complessità e della dimensione collettiva, sia l'insufficienza della categoria causale tradizionale (binaria), sia le carenze definitorie delle nozioni formali; perciò, contribuisce a indicare la direzione per superare, sul terreno dell'argomentazione e dei contenuti, i problemi storicamente risalenti delle carenze di tassatività e determinatezza delle categorie tanto dei delitti associativi quanto dei delitti politici, come le difformità dei medesimi dai criteri definiti generali - e considerati classici - del diritto e della responsabilità penale.

SUMMARY

The problem concerning the definition of organised crime, that has been put in evidence, together with other matters, during the *Convention of United Nations against transnational organised crime* signed in Palermo in December 2000, 12th-15th, seems essential for a general, systematic and supranational approach to this kind of questions.

The reference of systems theory and of general notions about organization to the common criminal categories, according to the fundamental criterion of functional relationship, represents a possible method to face that problem; besides, in analysing complexity and collective dimension of criminality, that reference shows the insufficiency of traditional category of (binary) cause and of the definition of formal notions; for these reasons, it is useful to show how to overcome the old problems of lack of definiteness of penal categories such as organised crime and political crime and the difference between these ones from the general classical criteria of penal law and liability.

RÉSUMÉ

Le problème relatif à la définition de la criminalité organisée, qui a été mis en évidence, avec autres questions, pendant la *Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale* signée à Palermo le 12-15 décembre 2000, paraît essentiel pour une approche générale, systématique et supra-national à ce type des problèmes.

Le référence de la théorie des systèmes et des notions générales sur l'organisation aux catégories criminelles communes, selon le critère fondamental de la relation fonctionnel, constitue une possibilité méthodologique pour affronter le problème; montre, dans l'analyse de la complexité e de la dimension collective, l'insuffisance de la catégorie causale traditionnelle (binaire) et la carence définitoire des notions formelles; aussi, contribue à indiquer la direction pour surmonter les problèmes de la carence de détermination des catégories des délits associatives et des délits politiques, ainsi que leurs difformités des critères générales – et considérés classiques – du droit et de la responsabilité pénale.