

# Studi in onore di Lucio Monaco

a cura di

Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher,  
Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk

[u]rbino  
[u]niversity  
[p]ress

2020

**Urbino University Press 2020**

**Illustrazione di Luciano Bacchiocchi**

**Carattere tipografico interni  
Noto Sans e Serif, Google Font, 2013  
Noto Mono, Google Font, 2019**

**ISBN 9788831205054**

# INDICE

<b>La festa di un Maestro, la festa di una Comunità</b> Alessandro Bondi .....	p. 11
<b>PARTE PRIMA</b> .....	p. 13
<b>Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale ex art. 322 Bis co. 2 C.P.</b> Ali Abukar Hayo .....	p. 15
<b>Il fatto, la legge e le nozioni dell'organizzazione nella teoria della responsabilità</b> Salvatore Aleo .....	p. 43
<b>L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza <i>Contrada</i></b> Giuseppe Amarelli .....	p. 59
<b><i>Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario</i></b> Silvina Bacigalupo .....	p. 77
<b>Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente</b> Giuliano Balbi .....	p. 97
<b>La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco</b> Roberto Bartoli .....	p. 111
<b>Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un Codice penale</b> Alessandro Bondi.....	p. 131
<b>Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario</b> Stefano Canestrari.....	p. 155

<b>For whom the bell tolls (a proposito di autori e lettori)</b>	
Andrea R. Castaldo .....	p. 175
<b>Alcune osservazioni in tema di 'norme tecniche'</b>	
Mauro Catenacci .....	p. 187
<b>Verso un diritto penale 'inumano'</b>	
Mario Caterini .....	p. 199
<b>Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme</b>	
Antonio Cavaliere.....	p. 221
<b>La storia (e i protagonisti) di una giurisprudenza creativa. Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice</b>	
Giovanni Cocco.....	p. 241
<b>Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole</b>	
Federico Consulich .....	p. 277
<b>Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato</b>	
Giovannangelo De Francesco .....	p. 301
<b>Particolare tenuità del fatto e responsabilità da reato negli enti collettivi</b>	
Giancarlo de Vero .....	p. 313
<b>Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee guida e 'buone prassi'. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 C.P. in materia di infortuni sul lavoro</b>	
Alberto De Vita .....	p. 333
<b>Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)</b>	
Alberto di Martino .....	p. 357
<b>L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo'</b>	
Emilio Dolcini .....	p. 375

<b>Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato</b> Massimo Donini .....	p. 389
<b>Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale</b> Luciano Eusebi .....	p. 425
<b>Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi</b> Giovanni Fiandaca .....	p. 471
<b>Prassi e sistema. Una introduzione</b> Stefano Fiore .....	p. 499
<b>La saga di Oeyuke</b> George P. Fletcher .....	p. 517
<b>"Non avrai altro creditore all'infuori di me!". Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA</b> Giovanni Flora .....	p. 525
<b>I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea</b> Luigi Foffani .....	p. 541
<b>Aspettando i barbari (un piccolo esercizio di <i>Law and Literature</i>)</b> Gabriele Fornasari .....	p. 553
<b>Illiceità securitaria e criminalizzazione della <i>sine cura</i>: il penale dell'allarme sociale oltre la ragione punitiva</b> Francesco Forzati .....	p. 569
<b>Il carcere e l'idea dello scopo</b> Gianluca Gentile .....	p. 591
<b>Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia</b> Fausto Giunta .....	p. 617
<b>Rechtfertigung und Schuld als Beurteilungsebenen für die Triage im Angesicht der Coronapandemie</b> Christian Jäger .....	p. 637
<b>Rewriting Human Rights: Lyotard and the Other's Rights</b> Peter Langford .....	p. 659

<b>Irragionevolezza della sanzione penale e crisi dei modelli economici: l'abuso del diritto penale come antidoto ai problemi sociali</b>	
Elio Lo Monte .....	p. 687
<b>Pene accessorie e delitti contro la Pubblica Amministrazione</b>	
Carlo Longobardo .....	p. 707
<b>A proposito del concetto penalistico di libero volere tra neuroscienze e naturalismo filosofico</b>	
Maria Beatrice Magro .....	p. 723
<b>Legge e interpretazione nel 'sistema' di <i>Dei delitti e delle pene</i></b>	
Vincenzo Maiello .....	p. 747
<b>L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia</b>	
Vittorio Manes .....	p. 777
<b>Esiste un diritto a morire?</b>	
<b>Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"</b>	
Adelmo Manna .....	p. 801
<b>La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee</b>	
Anna Maria Maugeri .....	p. 829
<b>Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale').</b>	
Nicola Mazzacuva .....	p. 857
<b>Quel che resta di «Mafia capitale»</b>	
Enrico Mezzetti .....	p. 871
<b>Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette</b>	
Sergio Moccia .....	p. 889
<b>Sicurezza del lavoro e diritto penale alla prova del COVID-19</b>	
Vincenzo Mongillo .....	p. 901

<b>Cattivi pensieri e diritto penale la catarsi dei reati di opinioni discriminatrici di identità individuali socio-definite</b>	
Domenico Notaro .....	p. 925
<b>La tipicità e l'antigiuridicità nella riprogettazione del Codice Penale</b>	
Francesco Palazzo .....	p. 949
<b>La riparazione dell'offesa a carico di beni collettivi: spunti dai reati ambientali</b>	
Chiara Perini.....	p. 959
<b>Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria</b>	
Mauro Ronco.....	p. 971
<b>Zur Abwehr von Schweigegelderpressungen</b>	
Claus Roxin .....	p. 989
<b>Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?</b>	
Helmut Satzger .....	p. 1001
<b>Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale</b>	
Francesco Schiaffo .....	p. 1021
<b>Una «cambiale in bianco alla politica criminale di 'scopo'»? Il finanziamento 'autonomo' del terrorismo 'alla luce dei principi'</b>	
Nicola Selvaggi .....	p. 1037
<b>La riforma del traffico di influenze illecite</b>	
Pietro Semeraro .....	p. 1059
<b>Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale del reato</b>	
Andrea Sereni .....	p. 1073
<b>Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica.</b>	
Antonino Sessa .....	p. 1095

<b>La Corte e il carcere. Un <i>podcast</i> sui limiti costituzionali allo <i>ius puniendi</i></b>	
Francesco Viganò .....	p. 1115
<b>Corona und das deutsche Strafverfahren</b>	
Klaus Volk .....	p. 1129
<b>PARTE SECONDA</b> .....	p. 1135
<b>Il metodo Monaco</b>	
Alessandro Bondi .....	p. 1137
<b>Lieve o non lieve è questa colpa? La riforma Gelli-Bianco alla lente delle Sezioni Unite.</b>	
Cecilia Ascani .....	p. 1143
<b>Considerazioni sui reati di pericolo</b>	
Giuseppe Basile .....	p. 1153
<b>Gli effetti della "<i>euforia preventiva</i>" alla luce della riflessione sull'idea di 'scopo'</b>	
Chiara Bigotti .....	p. 1165
<b>Confisca allargata e reati tributari nel prisma dell'idea di scopo</b>	
Luca Della Ragione .....	p. 1191
<b>Ricordo di un'allieva</b>	
Monica Garulli .....	p. 1209
<b>The UN Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition - Implementation Challenges and Responses</b>	
Simonetta Grassi .....	p. 1211
<b>Il peculato nel prisma del principio di offensività: appropriazione su beni di irrilevante valore</b>	
Alessio Infantino .....	p. 1235
<b>Problemi attuali in tema di qualifiche pubblicistiche nel diritto penale</b>	
Massimiliano Masucci .....	p. 1245



<b>Il diritto dei magistrati di partecipare alla politica attiva e i suoi limiti</b>	
Piergiorgio Morosini .....	p. 1255
<b>Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione</b>	
Daniele Piva .....	p. 1275
<b>Libera autodeterminazione su fine vita e punibilità del suicidio assistito. Alla ricerca di un delicato equilibrio</b>	
Fabio Antonio Siena.....	p. 1283
<b>Il ‘daspo’: una misura costituzionalmente problematica. Osservazioni sul «divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento» [(art. 11 co. 1 lett. b) d.l. n. 130/2020].</b>	
Mariangela Telesca .....	p. 1295
<b>Die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan - Der Internationale Strafgerichtshof im Ringen um Recht und Politisierung</b>	
Nicolai von Maltitz .....	p. 1305
<b>GLI AUTORI</b> .....	p. 1319

## IL FATTO, LA LEGGE E LE NOZIONI DELL'ORGANIZZAZIONE NELLA TEORIA DELLA RESPONSABILITÀ

Salvatore Aleo

Ha costituito una conquista cruciale della cultura illuministica e un fondamento dello Stato di diritto l'affermazione dei principi di determinatezza e frammentarietà del fatto costitutivo della responsabilità penale e di tassatività della relativa previsione legislativa, dopo i lunghi secoli bui dell'Inquisizione. La centralità, essenzialità, del fatto nella definizione della responsabilità penale è sancita nell'art. 1 del nostro codice penale fascista e nell'art. 25 della nostra Costituzione repubblicana.

Ai principi di determinatezza e frammentarietà del fatto costitutivo della responsabilità penale ha corrisposto, nella giurisprudenza americana, l'affermazione della regola BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*) di accertamento processuale del fatto medesimo, recepita nei vari ordinamenti e sancita formalmente come «al di là di ogni ragionevole dubbio» nell'art. 533 c.p.p. per come riformato nel 2006.

L'essenzialità del fatto per costituire la responsabilità penale subisce una contraddizione, storicamente, nella determinazione della responsabilità penale per i reati politici, attualmente, in quella dei delitti associativi e nella repressione delle forme di criminalità organizzata. Secondo l'analisi di Ferrajoli,

Il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di *status*, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente anti-giuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di anti-giuridicità sostanziale anziché formale o convenzionale, che sollecita indagini sui rei anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria: la concezione ontologica – etica o naturalistica – del reato come male *quia peccatum* e non solo *quia prohibitum*, e l'idea che si debba punire non per *quel che si è fatto* ma per *quel che si è*.<sup>1</sup>

---

1 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, 859.

Corrisponde a un indirizzo consolidato della Corte suprema statunitense ritenere incompatibile con i principi costituzionali la nozione di responsabilità penale per la partecipazione ovvero appartenenza a una associazione od organizzazione criminale, per la genericità, indeterminatezza, di una simile nozione (*unclair*). Va aggiunto che nel sistema anglosassone la discrezionalità dell'azione penale, le prassi deflative e la giuria popolare inducono processi veloci con pochi imputati. In quel sistema sarebbe assolutamente impossibile il fenomeno del maxiprocesso.

Nel nostro sistema, l'esperienza dei processi, prima, antiterrorismo, e poi, soprattutto, antimafia ha indotto prassi investigative basate su teoremi e vicende processuali fondate su ipotesi e letture complottistiche dei fenomeni criminali e soprattutto degli ambiti circostanti e contigui a queste forme che attraversano gli ambienti sociali e istituzionali. Queste letture hanno riguardato i rapporti fra mafia e politica, fra politica, amministrazione e imprenditoria. Lo stesso è avvenuto con le indagini e i processi di Tangentopoli. Si è innescata una tendenza ad allargare l'incidenza e gli effetti dello strumento penale, pure giustificata dalle caratteristiche reali dell'illiceità, dall'ampiezza e diffusione di questa, pure sostenuta dal consenso popolare, sorretta tuttavia dalla valutazione, eccessiva ed errata, del diritto penale come adatto a risolvere i problemi sociali. Al contrario, l'eccesso penalistico e l'ipertrofia investigativa hanno alterato i rapporti sociali in modo che si può definire squilibrato e soprattutto arbitrario, non democratico. Tutte le valutazioni sono soggettive e opinabili, ma la forza significativa del diritto penale minimo, del diritto penale come assoluta *extrema ratio*, è sufficientemente e validamente legittimata dalla cultura occidentale.

Complessivamente, l'allargamento progressivo del ricorso allo strumento penale ha compromesso in modo consistente la determinatezza e frammentarietà della responsabilità penale e quindi la certezza del diritto penale e ha pure ridotto l'efficienza del sistema penale: che dovrebbe essere veloce e concentrato sui fatti di maggiore gravità, di rilevanza criminale.

La nozione di criminalità organizzata ha cominciato a essere usata in Italia intorno alla metà degli anni settanta del secolo passato, nel linguaggio comune e dei *mass media*, con riferimento ai fenomeni dei sequestri di persona e dei primi gruppi terroristici, nonché di diffusione

degli stupefacenti. Poi è stata recepita nel linguaggio dei giuristi. Non altrettanto, mi sembra di poter dire, è stata recepita la teoria dell'organizzazione, dalla importante dimensione culturale nel frattempo assunta in generale: nozione espressa per lo più dai penalisti nei termini essenzialmente delle formule normative delle figure delittuose associative.

Non è un'esagerazione affermare che quella dell'art. 416 bis c.p. sia una figura, una previsione, delittuosa priva di 'fattispecie': definitoria di una relazione del soggetto con la struttura (dei soggetti) dell'associazione e per tramite di questa con l'attività delittuosa realizzata nel contesto e a sua volta definitoria del carattere delittuoso dell'associazione. Questa figura è stata pure intesa come una ipotesi di semplificazione probatoria, rispetto alla comune associazione per delinquere; e ad essa sono pure collegate nozioni, come le misure patrimoniali, fondate su una dimensione puramente indiziaria; invece, la straordinaria rilevanza delle conseguenze che vi sono connesse richiede una proporzionale consistenza della prova e dell'argomentazione degli elementi di fatto costitutivi di questa forma di responsabilità, così come dei suoi corollari.

In generale la cultura penalistica definisce la partecipazione formalmente costitutiva della responsabilità dei delitti associativi con riferimento all'atto intellettuale dell'accordo, e assegna a queste figure delittuose una funzione di anticipazione, ovvero retrocessione, della soglia della responsabilità e quindi della risposta penale, in confronto a quella ordinaria dei delitti, giustificata dalla particolare pericolosità costituita dalla forma associativa, diretta alla realizzazione di un'attività delittuosa<sup>2</sup>. Anche nella considerazione generale, con riferimento precipuo alla mafia, si tende a enfatizzare il dato e momento dell'affiliazione.

In effetti, la funzione così definita di anticipazione è contraddetta, in pratica, dal punto di vista processuale, dal fatto che sia l'associazione che l'appartenenza a questa del soggetto vengono dedotte *ex post* dall'attività delittuosa realizzata, dalla ricostruzione e dal collegamento di questa con un insieme di persone che ne è definito struttura organizzativa e dal collegamento con questa struttura della persona considerata;

---

2 Può essere ricordato, innanzitutto, il saggio di F. CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in «EGI» (1884) 1. V. poi i due saggi di G. A. DE FRANCESCO, *Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in «RIDPP» (1982), 888 ss. e *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in «RIDPP» (1992), 54 ss.

è contraddetta, in concreto, già dal punto di vista criminologico, dal fatto che l'associazione e la partecipazione del singolo nascono (emergono – e quindi vengono dimostrati) dalla stessa realizzazione di delitti e dalla relazione fra gli autori di questi, dall'attività delittuosa sia del gruppo che del singolo.

In linea di principio, l'adesione formale a un'associazione, che non fosse seguita da attività rilevanti sul piano delittuoso, sarebbe suscettibile del criterio generale di non punibilità della desistenza. Al contrario, l'attività realizzata in favore dell'associazione, corrispondente alle finalità di questa, è costitutiva della responsabilità penale a titolo associativo (sia di partecipazione che di concorso esterno), pure in mancanza del dato formale dell'adesione, del fatto formale dell'accordo, ovvero della prova di questo. Il contenuto della responsabilità penale a titolo associativo può essere definito nella effettività della relazione funzionale del soggetto, stabile (per la partecipazione e le figure qualificate di questa), ovvero anche con effetti di stabilità (per il concorso eventuale o esterno nel delitto associativo), con la struttura e attività dell'associazione. Relazione, che, difatti, è oggetto di ricostruzione *ex post* dalla sinergia delle varie condotte.

La funzione così definita, tradizionalmente, di anticipazione appare maggiormente concepibile, in concreto, con riferimento alle associazioni di carattere politico, relativamente, infatti, al loro contenuto ideologico, di propaganda e di proselitismo, per cui però appare proprio maggiormente discutibile la rilevanza penale, ovvero l'efficacia e la ragionevolezza della repressione penale. La dimensione criminale (anche) delle associazioni di carattere politico viene colta nei fatti nella realizzazione di delitti comuni (rivolta nelle intenzioni degli autori al perseguimento di finalità di carattere politico).

Le figure delittuose associative sono adatte, per la loro indeterminatezza almeno empirica, a svolgere una funzione di supplenza probatoria, rispetto alla maggiore difficoltà di prova delle responsabilità per i singoli concreti delitti comuni; ma questa è ritenuta contraria ai principi più elementari del diritto e del processo penale<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Ha posto questi problemi S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 1995.

La funzione peculiare delle figure delittuose associative può essere definita di *generalizzazione*: di definizione della responsabilità per la relazione personale con la struttura e quindi con l'attività dell'associazione, diretta alla realizzazione di attività delittuose, considerate in generale, in modo distinto e autonomo rispetto alle singole responsabilità di queste. Può essere definita altresì come funzione d'*interdizione*, concreta e dinamica, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione, considerate nella loro dimensione sociale e storica concreta, nella fase stessa del loro svolgimento. Questa funzione è certamente peculiare rispetto alla funzione ordinaria del diritto penale, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto mediante la predefinizione e applicazione della pena. Di questa funzione, concreta e dinamica, sono strumentali, ed essenziali, le misure di premialità della dissociazione e collaborazione con la giustizia e quelle patrimoniali di sequestro e confisca dei beni, che accompagnano la storia dei delitti politici e associativi: queste misure tendono, infatti, a disarticolare la dimensione organizzativa negli aspetti che ne sono essenziali della solidarietà interpersonale e delle risorse materiali. Di questa funzione sono sinonimi le nozioni di *lotta* e di *contrasto*, della criminalità mafiosa e poi in generale della criminalità organizzata, che inizialmente sono state ritenute, largamente, difformi rispetto ai principi definiti generali del diritto e della funzione penale, dello Stato di diritto, e poi sono state ordinariamente adottate dal linguaggio dei penalisti e della stessa legislazione. Questa funzione, concreta e dinamica, presuppone nei fatti la consistenza, specificamente criminale, del fenomeno organizzativo: che costituisce un processo, una dinamica, secondo una lettura precipuamente sociologica.

La storia moderna della forma delittuosa dell'associazione per delinquere ha origine nella figura della *association de malfaiteurs*, concepita e formulata dopo la rivoluzione francese e nel codice penale napoleonico con riferimento alle bande armate e violente (degli *chauffeurs*) che aggredivano e depredavano i passanti, i passeggeri: definita come «associazione di malfattori, diretta contro le persone e le proprietà», configurata come crimine autonomo «contro la pace pubblica» (art. 265 cod. pen. napoleonico). Malfattori, in quanto soggetti dotati di storie criminali pregresse. Un'origine, che possiamo definire di tipo criminologico: come quella di molte altre figure delittuose associative, definite con riferimento diretto a fenomeni organizzativi di varia rilevanza crimi-

nosa; più di tutte, più evidentemente, la figura dell'associazione di tipo mafioso.

Nel successivo art. 266 del codice penale napoleonico troviamo già la nozione (e la dimensione) dell'organizzazione: «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».

Queste disposizioni del codice napoleonico sono state sostanzialmente riprodotte nel codice penale sardo, nel capo I «*Dell'associazione di malfattori*» del titolo «*Dei reati contro la pubblica tranquillità*».

La figura dell'associazione per commettere delitti comuni è stata poi oggetto di un processo di progressiva astrazione e generalizzazione, d'impronta spiccatamente tecnico-giuridica. Nel codice penale toscano del 1853 è stata prevista, fra le disposizioni comuni al titolo «*Dei delitti contro gli averi altrui*», la società di «tre o più persone [...] per commettere delitti di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima, o di frode, benchè non ne abbiano ancora determinata la specie, od incominciata l'esecuzione», punita col carcere da tre mesi a tre anni per «gl'instigatori e i direttori» e da un mese a un anno per «gli altri partecipanti» (art. 421). Nello stesso codice è comparso il titolo «*Dei delitti contro l'ordine pubblico*», comprendente i delitti «*contro la pubblica tranquillità*» e le «*associazioni illecite*»: «Qualunque associazione organizzata, ancorchè senza vincolo di segreto, è illecita, ognorachè si sia formata senza la permission del Governo, o non osservi le condizioni, dal medesimo imposte» (art. 207). Anche lì va rilevata la nozione di organizzazione.

Nel codice Zanardelli, nel titolo «*Dei delitti contro l'ordine pubblico*», il delitto divenuto di «*associazione per delinquere*» fu costituito da «cinque o più persone [che] si associano per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà», punito «per il solo fatto dell'associazione» con pene consistenti (la reclusione da uno a cinque anni, da tre o otto anni per i promotori o capi, da tre a dieci anni per la scorreria e le armi, da cinque a quindici anni per i promotori o capi in tale precedente ipotesi, cui era «sempre

aggiunta la sottoposizione alla vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza») (art. 248). I delitti cosiddetti scopo erano tutti quelli indicati nei titoli del codice, nello stesso ordine, tranne quelli contro la sicurezza dello Stato, per i quali erano previste le figure associative precipue; tranne i delitti contro la pubblica amministrazione, per i quali verosimilmente quel legislatore non riteneva ipotizzabile, ovvero opportuna, la configurazione della forma delittuosa associativa; tranne gli stessi delitti contro l'ordine pubblico, ovviamente per evitare il circolo vizioso.

Il processo di astrazione e generalizzazione è giunto a compimento con la figura dell'associazione per delinquere dell'art. 416 del codice Rocco, di tre o più persone «allo scopo di commettere più delitti», con previsioni di pene assai simili a quelle del codice Zanardelli.

Il processo di astrazione e generalizzazione è avvenuto parallelamente nel titolo dei delitti contro la sicurezza dello Stato, con la previsione delle disposizioni generali e comuni a questi delitti: il *complot* del codice napoleonico fu tradotto *cospirazione* nell'edizione «pel Regno d'Italia» e così è rimasto nella nostra cultura; l'istigazione, il concerto, l'accordo, l'associazione, la banda armata, per commettere uno o più dei delitti ivi previsti.

Le figure dell'*attentat* e del *complot*, che nel codice napoleonico costituivano le forme secondo cui erano previsti i più gravi (singoli) crimini contro la sicurezza dello Stato, assunsero la dimensione autonoma e di carattere generale d'incriminazione dei fatti «contro l'autorità dello Stato» con l'ord. n. 60-529 del 4.6.1960. Nel nuovo codice penale francese, entrato in vigore il 1° marzo 1994, nel medesimo libro quarto, «*Des crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique*», sono le previsioni «*De l'attentat et du complot*», rispettivamente negli artt. 412-1 e 412-2, e «*De la participation à une association de malfaiteurs*», negli artt. 450-1/3. In queste norme è sottolineata la necessità di una attività materiale, a corroborare la dimensione penalistica del complotto e dell'associazione: l'intesa stabilita... concretizzata da uno o più fatti materiali<sup>4</sup>.

Marcatamente sociologica, come si è detto, è la matrice della nostra figu-

---

<sup>4</sup> Per l'analisi di queste figure può vedersi il mio volume *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, 1999, 2009.



ra di associazione di tipo mafioso.

Questa figura è stata definita come il risultato della evoluzione di fatto della comune associazione per delinquere<sup>5</sup>: presuppone, infatti, l'attività delittuosa dell'associazione, nonché le stesse carriere e dimensioni criminali dei singoli, con caratteristiche e diffusione tali, da aver determinato la situazione di condizionamento e controllo ambientali, di cui appunto gli associati («coloro che ne fanno parte») «si avvalgono». Per ciò che concerne la posizione dei singoli nell'associazione, tale definizione prescinde pure, nella pratica, dalla prova specifica dell'affiliazione. Proprio questa qui, in effetti, ha una rilevanza affatto peculiare, perché in concreto appare oltremodo difficile e quindi improbabile che chi sia affiliato si astenga dal contribuire alle attività dell'associazione.

L'altra nozione, categoria, usata per definire e argomentare la rilevanza penalistica dei singoli contributi, alla vita e all'attività dell'associazione delittuosa, è la causalità. Mentre, invece, la teoria dell'organizzazione equivale, culturalmente, in generale, alla consapevolezza dei limiti della causalità e al superamento di questo significato nella rappresentazione e spiegazione dei fenomeni complessi<sup>6</sup>.

Nei termini così sinteticamente indicati, la prova e l'argomentazione del contenuto (ovvero delle ragioni) della responsabilità penale personale a titolo associativo (quindi di elevata rilevanza criminale) hanno complessivamente fondamenti concreti deboli e ambigui. La 'prova' riguarda i fatti, e qui la nozione di responsabilità appare invece risultato della ri-costruzione di un complesso di fatti, di un insieme assai complesso di fatti, neppure tutti sempre singolarmente definiti: un insieme complesso di elementi di fatto, di indizi, di indicatori, legati insieme da ipotesi e congetture. Allora, dev'essere corposa l'argomentazione. E la coppia delle nozioni di accordo e causalità, come il complesso dei significati che ne sono ricompresi, appare straordinariamente insufficiente.

Non è difficile convenire, teoricamente, sul fatto che l'elevata rilevanza criminale non giustifichi l'abbassamento del coefficiente probatorio e

---

5 G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 1995, 2008.

6 Mi sono occupato di questi problemi, prima, nel volume *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, 2003, 2009, poi, nel volume *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini, 2020.

argomentativo della responsabilità penale. È difficile, invece, risolvere in pratica il problema così definito.

Una strada può essere quella indicata dalle riflessioni di Ferrajoli e soprattutto consolidata nella prassi giudiziaria e nella cultura anglosassone. Un diritto penale poco tecnico, gestito da giurie popolari, processi con pochi imputati, prove definite da prassi formalizzate, relative a fatti determinati. Mi permetto di aggiungere la discrezionalità dell'azione penale, come criterio generale di efficienza e ragionevolezza del sistema della giustizia. Una strada, la riflessione sulla quale è imposta dalla crisi reale e culturale attraversata dal primato della forma della legge e dalla centralità della forma del codice nei sistemi continentali, dalla crisi strutturale, soprattutto di efficienza, di questi sistemi giudiziari.

Una strada da approfondire, necessariamente, per la rilevanza della dimensione organizzativa di tutte le attività umane e la parallela, significativa, insufficienza della cultura giuridica e penalistica in questa specifica materia, è quella che riguarda la teoria dell'organizzazione e l'analisi funzionalistica: nel senso precipuo della rilevanza di nessi non propriamente causali, ovvero della intermediazione (delle nozioni) della struttura organizzativa nel rapporto fra la molteplicità degli *input* e la molteplicità degli *output* di una dinamica complessa, collettiva, organizzata, dotata di stabilità, che interseca variamente ambiti sociali e istituzionali.

Nella (analisi della) struttura organizzativa complessa, nella complessità dell'organizzazione, sbiadiscono, sfumano, le relazioni causali, tra ciascuno dei singoli comportamenti di ciascuno dei singoli soggetti e gli eventi prodotti; assumono rilevanza relazioni diverse: *funzionali*, che implicano il riferimento alla complessività della struttura organizzativa, della sua attività, e al suo contesto. La lettura dei fenomeni organizzativi non è possibile in termini eminentemente causali, ma in generale funzionali: di ogni elemento considerato in relazione con tutti gli altri, secondo la dinamica organizzativa, alla stregua di un determinato contesto.

Possiamo considerare la funzione, in tal senso sociologico, come nozione anche intermedia fra i significati di causa e di scopo: esprime un significato più debole di quello di causa, ma è espressione di un'analisi

molto più ricca di quella causale, multifattoriale e contestuale, in senso sia spaziale che temporale, quindi dinamica: l'epistemologia della complessità; è proiettata verso il futuro, riguarda il rapporto tra mezzi e fini, ma è nozione oggettiva, valutativa dal punto di vista del soggetto del giudizio; esprime una relazione di contemporaneità, tra grandezze, non una successione fra eventi<sup>7</sup>.

In tale quadro, in tale senso sociologico, possiamo definire l'organizzazione come l'insieme delle convenzioni di carattere generale, di coordinazione delle attività dirette alla realizzazione di determinate finalità, che tengono luogo degli accordi caso per caso. L'organizzazione è costituita da soggetti che scelgono: individui, «isole di potere cosciente»<sup>8</sup>; la teoria dell'organizzazione è, in fondo, analisi, rappresentazione, delle scelte. L'organizzazione è costituita dalla effettività delle relazioni funzionali: va tenuta appunto distinta dall'organigramma, ovvero la rappresentazione formale dei ruoli attribuiti nell'organizzazione. Convenzioni non sono solo gli accordi, ma anche la ripetizione, ricorsività, delle prassi: che a un certo punto diventano, sono diventate, nei fatti, normative.

Nella struttura del delitto associativo, la partecipazione o appartenenza è costituita dalla relazione funzionale stabile della persona con la struttura e attività dell'associazione, tale che le relative, corrispettive, prestazioni sono garantite in generale e oggetto di reciproche aspettative. Le garanzie generano aspettative e le aspettative corrispondono alle garanzie.

Il concorso eventuale o esterno nel delitto associativo è costituito dal contributo, anche singolo, con effetti di stabilità sulla struttura e attività dell'associazione, considerate in generale: contributo che, a differenza del precedente, deve essere concretamente di volta in volta negoziato;

---

<sup>7</sup> Per la crisi ovvero l'insufficienza dell'analisi causale nella nostra cultura possono vedersi inizialmente N. LUHMANN, *Funzione e causalità* (1962) e *Metodo funzionale e teoria dei sistemi*, (1964), in R. SCHMIDT (Ed.), *Illuminismo sociologico* (1970), trad. it., il Saggiatore, 1983; L. VON BERTALANFFY, *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno* (1967), trad. it., ISEDI, 1971.

<sup>8</sup> R. H. COASE, *La natura dell'impresa* (1937), trad. it., in M. GRILLO (Ed.), *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, 2006. Secondo questo A., premio Nobel per l'economia nel 1991, l'organizzazione equivale al trasferimento nella struttura dell'impresa delle transazioni tipiche del mercato, essenzialmente per la riduzione dei costi, ed è diversa dall'organismo, che «funziona da solo», perché costituita appunto da «isole di potere cosciente», soggetti liberi che scelgono. *Ivi*, 74-75 e 80.

perché il soggetto, appunto, non fa parte dell'associazione, ma il suo contributo è utile alla dimensione organizzativa ovvero alla struttura generale dell'associazione. Questo contributo può essere apprezzato (valutato e commisurato) nei termini generali della funzionalità, rispetto alla struttura e attività dell'associazione, considerate in generale e distintamente dai singoli delitti che qualificano in senso penalistico quell'attività.

La teoria dell'organizzazione, che contribuisce all'argomentazione, ovvero alla rappresentazione dei significati, in relazione alle condotte collettive, è analisi della (delle scelte in ordine alla) convenienza, del (al) guadagno, dei (ai) vantaggi; analisi del rapporto costi-benefici; probabilità di conseguimento del risultato, del maggior risultato, massimizzazione dei profitti, minimizzazione dei costi. Analisi assolutamente diversa da quella causale, volta alla determinazione (in termini di regolarità, quindi di necessità e sufficienza per la spiegazione) delle condizioni di produzione e riproduzione, eminentemente per evitarne il verificarsi: condizioni, cioè, la cui riproduzione può riprodurre il fenomeno, la cui inibizione può evitare il verificarsi del fenomeno. L'organizzazione è legata invece alla fantasia (alle scelte) di chi organizza, di chi fornisce il contributo, di chi lo riceve e lo riutilizza: che l'analisi deve ricostruire. Il problema così posto riguarda già i significati costitutivi del concorso di persone nel reato.

L'attraversamento scientifico di questa problematica evidenzia l'uso di nozioni poco determinate (la logica *fuzzy*), il superamento della stessa semplice alternativa vero/falso, come della logica binaria, l'uso di criteri di valutazione, in aggiunta e anche in luogo dei modelli di fatto (fatti-specie) descrittivi di condotte, il riferimento a nozioni prive di soglia semantica, di limite: appunto criteri di valutazione, di misura: in relazione a cui tutto è misurabile, l'infinitamente piccolo, come l'infinitamente grande. Questa logica non può essere deduttiva; la sussunzione dei fatti nelle norme è il risultato di procedimenti valutativi, orientati da criteri generalissimi, pochissimo condizionati da premesse formalizzate, istituzionalmente adottate e socialmente condivise.

In contesti sociali attraversati dalle formazioni associative definite illecite, tanto quelle eversive e terroristiche, quanto quelle mafiose, la demarcazione della rilevanza penale, rispetto alla irrilevanza, finisce

in concreto per essere 'arbitraria', ovvero frutto di opinione personale, di opportunità storica. Nella lunga linea di collegamento fra individui e pezzi di società, tra la sicura evidente illiceità e la sicura evidente liceità le possibilità concrete intermedie sono praticamente infinite; e questa deve riguardare, dal punto di vista penalistico, i 'fatti', non le collocazioni ambientali.

Per avere una immagine corposa di questo tipo di problema si pensi anche alla definizione della responsabilità personale dei crimini nazisti in confronto all'argomento che persone normali (anche banali, secondo l'immagine di Hannah Arendt<sup>9</sup>) avessero obbedito a ordini. Questione drammatica, in linea di principio, ragionevolmente, insolubile, a mio avviso.

Il problema così posto va considerato, però, generale e progressivo della nostra cultura. Le nozioni di dolo, colpa, causa, concorso, contributo, partecipazione sono, diventano, appaiono, vieppiù, tutte sostanzialmente prive di soglia. La nozione di garanzia è priva di soglia, anche per il deficit ordinario e progressivo della predefinizione legislativa rispetto alla complessità e concretezza dei problemi. È cambiata la nostra cultura: la consapevolezza della complessità dei fenomeni, delle scelte, dei giudizi. La cultura giuridica classica è formalistica in un senso più profondo che le regole sono scritte: si avvale di nozioni (qualitative, tipologie) predefinite in modo astratto e generale. Questo grande presupposto culturale è venuto meno complessivamente. Oggi adottiamo una logica tendenziale che richiede la validità, l'efficacia e la condivisione di criteri e metodi di valutazione, nonché di controllabilità empirica delle valutazioni.

Vale ricordare, e va posto a confronto con l'analisi della complessità, con l'idea che in questo modello non sono concepibili i limiti, che nel nuovo codice francese sono stati eliminati tutti i minimi edittali (anche l'ergastolo è previsto *jusqu'à perpétuité*) e parallelamente sono state eliminate le circostanze attenuanti. Nel nostro sistema il processo è avvenuto anche nella direzione opposta, cioè nel senso di dilatare gli spazi di discrezionalità giurisdizionale per la definizione della responsabilità e l'applicazione di misure afflittive.

---

<sup>9</sup> H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1963), trad. it., Feltrinelli, 1964, 2012.

A parte il merito di ogni singola tecnica (di cui di volta in volta si discute), deve essere fatto oggetto di necessaria indispensabile riflessione che in tal modo si modificano le condizioni dei rapporti strutturali dello Stato di diritto. L'assetto dello Stato di diritto subisce la pressione della complessità (delle attività umane, della società, della cultura) e della prassi. La magistratura ottiene un potere assolutamente ulteriore rispetto a tutte le possibilità di predeterminazione astratta e generale dei criteri e quindi di previsione delle soluzioni dei problemi, di controllo e quindi di condivisione delle condizioni logiche e sostanziali delle decisioni. Queste sono decisioni in concreto di opportunità, di volta in volta, soggette all'unica forma di controllo della magistratura medesima. Ma l'assetto istituzionale e costituzionale è concepito invece attorno all'idea che il giudice applica la legge, è la bocca che pronuncia le parole della legge (il principio di stretta legalità formale, l'obbligatorietà dell'azione penale). Questa contraddizione costituisce un limite essenziale di funzionalità dello Stato sociale di diritto.

La materia della repressione delle forme di criminalità organizzata, segnatamente prima terroristica e poi, soprattutto, mafiosa, ha costituito un'occasione e un terreno, assolutamente peculiari, di tale spostamento, quindi un laboratorio della problematica così evidenziata. Ma il problema e il fenomeno indicati sono di carattere generale. Da un canto, può anche convenirsi che le prassi utilizzate sul terreno della lotta contro le forme criminali organizzate hanno indotto lo smottamento più generale. D'altro canto, questo processo corrisponde a condizioni generali della nostra vita sociale, ne dipende e le influenza. Di fatto, è avvenuto in tutti i settori della giurisprudenza e del diritto, a partire dalla metà degli anni settanta e poi via via in modo progressivo, nel campo del diritto del lavoro, del diritto di famiglia, del diritto minorile, del diritto societario, nel campo penale e soprattutto dei rapporti fra magistratura, politica e altre istituzioni. Le reazioni sono state timide e deboli, il fenomeno ha ricevuto addirittura adesione prevalente presso il sentire comune e i *mass media*, perfino avvantaggiato esplicitamente dai successivi interventi legislativi. Ciò è motivo di grandissima preoccupazione. È uno dei profili di riflessione sul modello attuale della democrazia.

Sono venute meno, sono mutate radicalmente, le condizioni principali a contorno della edificazione del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto e della codificazione. La nostra è una società estrema-

mente mobile, le attività umane sono sempre più complesse, la nostra cultura non è semplificatoria, né formalistica, ma caratterizzata dalla tendenza alla complessificazione, alla contestualizzazione. Le condizioni, come si vede, contrarie all'assetto teorizzato del diritto penale. Questo assetto, per la verità, ha corrisposto a una società, e a una giustizia, che non è irragionevole definire classiste, e ha costituito una condizione, un *corpus*, culturale, tendenzialmente condivisi, fundamentalmente dal ceto borghese produttivo, per un periodo non lungo, meno di duecento anni. Mi permetto di ricordare che Beccaria considerava addirittura in termini di disvalore l'attività del giudice penale di «Interpretazione delle leggi», cui dedicò pure un capitolo della sua opera:

[...] né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori. [...]

In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando un giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. [...]

Un disordine, che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale, non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione.<sup>10</sup>

Questo modello, culturale e istituzionale, quale che ne sia il relativo giudizio, è finito. Non c'è più. Allora, bisogna trarne le conseguenze sotto il profilo dell'assetto politico e istituzionale complessivo, della società democratica: della rappresentatività democratica, oltre che dell'efficacia, del sistema della giustizia.

In generale, nelle condizioni attuali (economiche, sociali, politiche, culturali, tecnologiche, produttive), lo strumento della legge diventa insufficiente, perde tassatività e attitudine predefinitoria, quindi sotto entrambi i profili dell'efficienza e delle garanzie, delle funzioni dello Stato e della garanzia del cittadino. Il diritto appare affidato vieppiù alle prassi,

---

10 C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Giuffrè, 1964, 17-19.

anche nei sistemi di *civil law*<sup>11</sup>; senza, però, i contrappesi, istituzionali e culturali, dei sistemi di *common law*: perché il sistema è pensato e realizzato alla stregua del primato della forma di legge e della centralità della forma di codice.

L'assetto della codificazione è travolto dalla proliferazione della legislazione speciale. L'assetto della legislazione tende a formalizzare l'attività amministrativa (burocrazia) mentre deformalizza le condizioni delle decisioni giudiziarie. Tutte le attività umane sfuggono alla dimensione nazionale, anche dei controlli. Molte precondizioni legislative sono presto superate dalle prassi. Il diritto diventa incalcolabile<sup>12</sup>. Tutte le funzioni di segno positivo e propulsivo dello Stato sociale sfuggono alla possibilità di predefinizione astratta e generale, non sono sussumibili, nella forma della legge e sono affidate direttamente agli operatori<sup>13</sup>. Tutti questi fenomeni e meccanismi sono soggetti al controllo della magistratura, che è soggetta solo al controllo (pressoché solo disciplinare) di sé medesima: controllo solo teorico, perché le diverse componenti si annullano nel confronto fra le correnti.

L'epistemologia della complessità e la teoria dell'organizzazione possono fornire contributi alla ridefinizione delle regole del gioco, e dello stesso tavolo del gioco<sup>14</sup>. La problematica e la teoria delle garanzie, affidate alla forma della legge, vanno sviluppate in senso funzionalistico: garanzie di prova e argomentazione dei giudizi, di ragionevolezza e condivisibilità dei giudizi, quindi di controllabilità empirica delle valutazioni e dei criteri di valutazione; garanzie di professionalità, e quindi di formazione, dei giuristi; di collegialità dei giudici; di controlli e responsabilità, in

---

11 È interessante la riflessione di A. CORBINO, *Rigore è quando arbitro fischia. Il mito della legalità*, Jovene, 2018.

12 V. le riflessioni di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979, 1999; Id., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.

13 M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo* (1986), trad. it., Giuffrè, 1992. Questo titolo dell'edizione italiana corrisponde al sottotitolo dell'edizione originale, il cui titolo è *Le flou du droit*, che può validamente tradursi *La vaghezza del diritto*. Il filtro *flou* in fotografia è quello che può essere anche definito diffusore, che sbiadisce e sfuoca i contorni delle immagini.

14 M. VAN DE KERCHOVE – F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco* (1992), trad. it., Giuffrè, 1994.

Di M. van de Kerchove v. altresì *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005; *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009.



senso alto, nonché giuridico, innanzitutto del senso di responsabilità.

È difficile non convenire sul fatto che la criminalità organizzata non costituisca un'emergenza, e che richieda un approccio di carattere generale e sistematico: per esigenze e ragioni tanto di efficacia quanto di garanzia. Questo problema è stato posto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata (Palermo, 2000) ratificata nel nostro Paese nel 2006.

Si faccia riferimento, d'altro canto, alla generalizzazione, e sistematizzazione, avvenute con la codificazione ottocentesca, delle problematiche e delle discipline del delitto tentato e del concorso di persone nel reato; anche, delle figure associative relative ai delitti contro lo Stato e poi, progressivamente, dell'associazione per delinquere.

Non è irragionevole immaginare uno sviluppo sistematico della problematica e della disciplina della criminalità organizzata: secondo, da una parte, la teoria generale dell'organizzazione, ovvero la teoria dell'organizzazione come dottrina di carattere generale, anche del diritto penale, d'altra parte, le normali categorie delittuose, che costituiscono l'oggetto tipico e la definizione penalistica dell'organizzazione criminale.

Questo approccio potrebbe costituire, fra l'altro, la risoluzione del problema di sempre della categoria del delitto politico. La dimensione meramente propagandistica sta proprio ai margini esterni del diritto penale. La dimensione penalistica dipende dalla realizzazione di delitti comuni in un contesto organizzativo stabile di una pluralità di persone. La pericolosità sociale e quindi il bisogno di repressione sono crescenti in relazione alle dimensioni della struttura e dell'attività delittuosa.

Completamente diverso, invece, è l'approccio del codice antimafia. Rimane vittima della sua matrice sociologica, non metabolizzata dalla cultura giuridica. Rimane nel senso della legislazione speciale e della frammentazione verticale dell'ordinamento penale. Frammentazione verticale nel senso della differenziazione di tutte le tecniche penali, di tutte le fasi e i settori della risposta penale: chi entra nel girone non esce più.