

Considerazioni introduttive

In origine, le mafie storiche riuscivano ad ottenere il massimo guadagno da economie scarsamente produttive¹, mediante un atteggiamento esplicitamente violento. Nel tempo, tuttavia, da fenomeno esclusivamente rurale e confinato alle zone interne del Sud Italia, le mafie si sono evolute in un fenomeno prima urbano, poi nazionale e da ultimo anche internazionale: questo cambiamento si è verificato parallelamente alle oscillazioni dell'economia legale e all'alternarsi delle possibili fonti di ricchezza; e, tenendo in considerazione che tali aspetti sono mutevoli e che ciò che rimane invece immutato è il fine delle organizzazioni criminali, vale a dire l'arricchimento, le mafie hanno mostrato e manterranno un <<carattere particolarmente cangiante>>², che allo stato ha connotati mercatisti. È così che si è passati dallo sfruttamento agricolo al contrabbando di sigarette; dalla speculazione edilizia degli anni '60 e '80 allo spaccio di droga e armi; fino alla speculazione sulle opere pubbliche e al controllo finanziario dell'economia. Gli investimenti in attività legali degli ingenti capitali

¹ Le organizzazioni criminali tradizionali affondano le proprie radici in epoca preunitaria. La mafia siciliana risale all'inizio dell'800, quando i nobili siciliani concedevano in parte o interamente i propri terreni ai "gabellotti", i quali riuscivano a trarne profitto gestendoli mediante l'utilizzo della violenza e dell'intimidazione verso i contadini. Quanto alla camorra, la sua fondazione è avvolta nel mito: essa risalirebbe a una presunta riunione avvenuta nel 1820 nella Chiesa di Santa Caterina a Formello (Napoli); anche se, secondo alcune fonti, l'embrione dell'organizzazione fu creato subito dopo la fallita rivoluzione partenopea del 1799, e precisamente tra il 1810 e il 1820. La 'ndrangheta ha origine nel periodo del Regno delle Due Sicilie, quando la Calabria era una regione povera e arretrata, le cui attività economiche erano basate principalmente sull'agricoltura e la pastorizia. In questo contesto, i gruppi criminali locali si occupavano di attività illegali come il contrabbando, il furto di bestiame e la rapina. Quando, con l'Unità d'Italia, la Calabria visse una fase di cambiamento e di trasformazione – con la costruzione di infrastrutture e la creazione di nuove attività economiche –, la 'ndrangheta si evolse e si organizzò in modo più articolato, allargando la sua influenza e le sue attività illegali.

² Espressione di BARTOLI R., *I delitti contro la sicurezza dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, Torino 2021, p. 792.

accumulati illegalmente dai gruppi criminali hanno contaminato l'economia di intere nazioni, al punto che, ad oggi, la possibilità per le forze dell'ordine di individuare i percorsi del denaro sporco esige talvolta un coordinamento internazionale.

Attualmente le organizzazioni mafiose, intenzionate a non attirare su di sé l'attenzione delle forze dell'ordine per perseguire indisturbate il proprio fine di arricchimento, tendono ad agire con modalità <<silenti>> e non clamorose, limitandosi a sfruttare il proprio consolidato prestigio criminale senza ricorrere ad atti violenti o minatori. La diffusività di questa nuova forma espressiva del metodo mafioso, segnalata anche dai più recenti rapporti della DIA³, ha portato nel recente passato alla coniazione dell'espressione "mafia silente". La presente tesi analizza la complessità dell'argomento dal punto di vista giuridico, e in particolare sotto il profilo della tortuosa conciliazione tra l'attuale art. 416-*bis* c.p., invariato dalla propria introduzione avvenuta nel 1982, e l'innegabile evoluzione delle caratteristiche fenotipiche delle organizzazioni di stampo mafioso. Verranno vagliate, in particolare, le dispute ermeneutiche che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza negli ultimi anni: queste ultime infatti si sono concentrate sul fornire una soluzione interpretativa adeguata, da un lato, a non tradire la *ratio* repressiva dell'art. 416-*bis*

³ Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, gennaio-giugno 2020; Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, luglio-dicembre 2020; Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, gennaio-giugno 2021; Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento, *Attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, luglio-dicembre 2021. Va sottolineato che, nell'*abstract* dell'ultima relazione disponibile, vale a dire quella riferibile al II semestre del 2021, si legge testualmente: <<L'analisi sui fenomeni delittuosi condotta dalla DIA nel secondo semestre 2021 sulla base delle evidenze investigative, giudiziarie e di prevenzione conferma ancora una volta che il modello ispiratore delle diverse organizzazioni criminali di tipo mafioso appare sempre meno legato a eclatanti manifestazioni di violenza ed è, invece, rivolto verso l'infiltrazione economico-finanziaria>>.

c.p., ideato per far fronte all'emergenza criminale che le organizzazioni di stampo mafioso propongono; ma altresì, dall'altro, a rispettare i principi cardine del diritto penale, che impongono un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie.

CAPITOLO I

LA FATTISPECIE DI ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO

1.1. *Elementi della fattispecie*

Il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, la cui incriminazione è contemplata all'art. 416-*bis* c.p. tra quelle poste a presidio dell'ordine pubblico, è stato introdotto nel codice penale dalla legge Rognoni – La Torre del 1982.

Quanto all'elemento oggettivo della fattispecie, va anzitutto rilevato che trattasi di un reato associativo e di tipo comune: ai fini della sua integrazione è necessario, e al contempo sufficiente, che almeno tre persone pongano in essere la condotta incriminata, vale a dire la partecipazione ad un gruppo che abbia gli scopi previsti dal comma terzo della suddetta disposizione. Per prendere parte al sodalizio non serve una specifica qualifica, potendo il reato essere commesso da “chiunque”; e tuttavia, nell'ambito interno dell'associazione stessa, possono individuarsi diversi ruoli ricoperti dai singoli, corrispondenti ad <<*autonome condotte criminose e ad altrettante fattispecie penali distinte e alternative*>>⁴, cui corrispondono pene più severe in relazione all'offensività inerente alla funzione rivestita. In particolare, secondo quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 416-*bis* c.p., i promotori, gli organizzatori e coloro che dirigono il sodalizio soggiacciono ad una più grave risposta sanzionatoria rispetto al mero partecipe. Quest'ultimo è, più specificatamente, definito in negativo e in positivo:

⁴ CARINGELLA F., SALERNO A., TRINCI A., *Manuale ragionato di diritto penale. Parte speciale*, DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2020, p. 144.

da un lato, infatti, è colui che non ha svolto funzioni di promozione, organizzazione e dirigenza (l'alternatività di tali condotte fa sì che se si risponde di queste non si risponderà anche di partecipazione); e, dall'altro, è colui che assume un ruolo dinamico e funzionale in base al quale rimane a disposizione del sodalizio per l'attuazione dei fini associativi. La partecipazione è una condotta bilaterale: a fronte della volontà di un soggetto di entrare nell'associazione serve anche la volontà di quest'ultima di reclutare nuovi soggetti.

Inoltre, la giurisprudenza ha individuato due componenti necessarie della partecipazione: la prima è quella soggettiva, che consiste nella consapevolezza della persona di partecipare, cioè di entrare in un sodalizio che si avvale dell'intimidazione, dell'assoggettamento e dell'omertà; la seconda è quella oggettiva, che richiede che il soggetto offra al gruppo criminale un contributo vero e proprio.

Alla luce di quanto detto, è stata ritenuta insufficiente ad integrare il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. la mera adesione al sodalizio mediante un rito di inizializzazione: quest'ultimo, infatti, è idoneo a provare soltanto la volontà del soggetto di partecipare all'associazione (componente soggettiva), ma non anche la componente oggettiva. Chiamate a valutare questo profilo, le Sezioni Unite della Cassazione⁵ hanno affermato quanto segue: *«nel rispetto del principio di materialità ed offensività della condotta, l'affiliazione rituale può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio, ove risulti – sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza – alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un*

⁵ Cass. pen., Sez. Un., sent. 27 maggio 2021, n. 36958.

patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione». Il mero rituale di affiliazione è dunque di per sé solo insufficiente a provare la condotta di partecipazione, potendo costituirne indizio grave soltanto laddove emergano ulteriori elementi concreti – “di contesto” – in base ai quali è possibile affermare che il soggetto si sia posto a servizio dei fini dell'associazione, che egli condivide, col nullaosta dell'associazione stessa.

La delineazione dei confini della condotta di partecipazione è stata il punto di partenza, per dottrina e giurisprudenza, nell'individuazione delle caratteristiche di chi, pur non entrando a fare parte del sodalizio, ne è comunque un concorrente esterno in applicazione della disciplina concorsuale prevista dagli artt. 110 ss. c.p. Il concorrente esterno viene anzitutto definito in negativo, e cioè come colui che non è partecipe: egli manca dell'*affectio societatis*, in quanto non è né stabilmente né organicamente inserito nell'associazione; e tuttavia è colui che, sulla base di una valutazione *ex post*, fornisce comunque un contributo che incide effettivamente e significativamente sulla conservazione o il rafforzamento del sodalizio criminale, rappresentandosi e volendo – senza che sia sufficiente a tal fine il mero dolo eventuale – l'utilità della propria condotta per l'associazione⁶.

⁶ Com'è noto, le pronunce principali che hanno contribuito a perimetrare la figura del concorrente esterno in associazione mafiosa sono state le sentenze delle Sezioni Unite nell'ambito dei casi Demitry, Carnevale e Mannino (rispettivamente: Cass. pen., Sez. Un., sent. 5 ottobre 1994, n. 16; Cass. pen., Sez. Un., 21 maggio 2003, ud. 30 ottobre 2002, n. 22327; Cass. pen., Sez. Un., sent. 12 luglio 2005, n. 33748), ma sul tema hanno avuto occasione di pronunciarsi altresì la Corte costituzionale (Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48) e la Corte EDU. Quest'ultima, nel caso Contrada (Corte Edu, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia), ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU in relazione alla punizione di condotte di concorso esterno antecedenti alla sentenza Demitry del 1994, poiché è solo a partire da tale pronuncia che sono state rese prevedibili le condizioni di responsabilità del concorrente ex art. 110 ss. c.p. nel reato di associazione a delinquere di stampo mafioso. Per una ricostruzione sul tema e le caratteristiche che distinguono il concorrente esterno dal partecipe si vedano ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte*

Componente indefettibile dell'elemento oggettivo dell'art. 416-*bis* c.p. è il metodo mafioso, cioè il peculiare *modus operandi* dei partecipi: questi devono avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere una o più delle finalità previste dal comma terzo dell'art. 416-*bis* c.p.

Il reato ivi previsto è una specificazione dell'art. 416 c.p.: infatti, se nel caso dell'associazione a delinquere semplice il reato si configura con la mera nascita dell'associazione, nel caso dei sodalizi di stampo mafioso ciò non è sufficiente, in quanto deve essere utilizzato il metodo mafioso. Più nel dettaglio, si avvale della forza di intimidazione chi utilizza la capacità di incutere timore; e questa deve derivare non dal singolo soggetto, bensì dal gruppo considerato nel suo insieme.

Altresì il vincolo associativo deve produrre, in quanti operano nel medesimo contesto del sodalizio mafioso, uno stato di sottomissione declinato nell'assoggettamento e nell'omertà.

È proprio da questi due eventi del reato che si desume che la scelta politica di incriminare le associazioni di stampo mafioso si giustifica in ragione della lesione di più beni: su tutti, l'ordine pubblico; ma la tutela si indirizza altresì all'autodeterminazione dei soggetti, nonché, ad esempio, alla libertà di concorrenza economica.

Nel senso della plurioffensività del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. si è espressa la dottrina⁷, annoverando tra i beni giuridici lesi l'ordine pubblico in senso materiale, la libertà di concorrenza e la legalità dell'agire economico, nonché la tutela della legalità e della trasparenza

speciale – II, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 129 ss. e SIMEONE L., *I reati associativi*, Maggioli S.p.A., Santarcangelo di Romagna (RN), 2015, pp.132 ss.

⁷ LATTANZI G. e LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 396-397.

e l'ordine democratico. E di recente, ciò ha trovato conferma in giurisprudenza: *«l'associazione di stampo mafioso [...] ineluttabilmente "incrocia", compromettendoli, i diritti di libertà di un numero indeterminato di soggetti, dando ragione a quanti considerano, ormai, strutturalmente angusta la qualificazione del reato come delitto "semplicemente" contro l'ordine pubblico, arricchendosi il bene giuridico tutelato di altri interessi meritevoli di tutela, quali l'ordine pubblico economico e l'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente garantiti»*⁸.

La complessità del fenomeno, il metodo utilizzato e il numero di beni giuridici che vengono messi in crisi da simili sodalizi concorrono a giustificare la cornice edittale severa prevista dall'art. 416-*bis* c.p.

Quanto all'elemento soggettivo, ai fini dell'integrazione del reato è richiesto il dolo specifico, cioè la coscienza e volontà di partecipare all'associazione – o di assumere uno degli altri ruoli alternativamente previsti al comma secondo – al fine di perseguire uno o più degli scopi contemplati dal comma terzo. Ciascun associato deve avere la permanente consapevolezza di partecipare al sodalizio criminale e di prestare la propria disponibilità a porre in essere qualsiasi condotta idonea a conservare ovvero rafforzare l'associazione per l'attuazione degli scopi prefissati.

Deve però rientrare nell'oggetto del dolo specifico degli associati anche lo stesso metodo mafioso: i sodali devono aderire all'organizzazione con il proposito di avvalersene per realizzare il programma criminoso. Quest'ultimo, pur dovendo avere come contenuto uno o più degli scopi del sodalizio fissati nella fattispecie, ha il carattere

⁸ Cass. pen., Sez. II, sent. 16 marzo 2020, n. 10255, par. 2, 2.1, pp. 71-72.

dell'indeterminatezza, tratto che distingue i reati associativi dal concorso di persone nel reato, ove il dolo riguarda invece la commissione di uno o più reati determinati.

Quanto agli scopi previsti dalla fattispecie, va aggiunto che ne sono previsti anche di leciti; e quando l'associazione di stampo mafioso persegue esclusivamente fini leciti, la compatibilità dell'art. 416-*bis* c.p. con la libertà di associazione prevista dall'art. 18 Cost. è garantita proprio dal requisito del dolo specifico che ha ad oggetto lo scopo di avvalersi della forza di intimidazione⁹.

⁹ CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Omnia. Trattati giuridici. Diritto penale. Tomo secondo*, UTET GIURIDICA, 2022, p. 3200.

1.2. *Questioni interpretative e problemi applicativi*

La natura del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. è stata a lungo controversa, al punto che al riguardo si sono formate tre linee interpretative.

Secondo una prima opinione di tipo estensivo, l'associazione a delinquere di stampo mafioso costituirebbe una *species* dell'associazione a delinquere semplice prevista dall'art. 416 c.p., e condividerebbe con la stessa la natura di reato associativo puro o "a struttura semplice": l'elemento specializzante costituito dal metodo mafioso, infatti, atterrebbe esclusivamente all'area dell'elemento soggettivo, in quanto l'espressione "si avvalgono" presente nella disposizione dovrebbe essere interpretata come "intendono avvalersi". Rimanendo la forza intimidatrice oggetto del mero dolo specifico e non parte integrante della condotta, il reato sarebbe da considerarsi integrato già con la sopravvenuta esistenza dell'associazione, e avrebbe natura di reato di pericolo presunto.

Secondo una seconda opinione di tipo restrittivo, quello di associazione a delinquere di stampo mafioso sarebbe, all'opposto, un reato "a struttura complessa" o "mista": la lettera della norma, che vede il verbo "si avvalgono" al presente indicativo, non può che intendersi come "devono avvalersi", con la conseguenza che la forza di intimidazione e gli effetti che derivano dal vincolo associativo sono parti integranti dell'elemento strutturale ed oggettivo dell'art. 416-*bis* c.p. Pertanto, ai fini dell'integrazione del reato, il metodo mafioso non può rimanere ad uno stadio meramente potenziale, ma deve essere attuale ed obiettivamente riscontrabile. Risolto di tale impostazione è che il delitto di cui trattasi, pur mantenendo natura di reato di pericolo

concreto quanto a ordine democratico ed economico nonché a imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, sarebbe anche parzialmente di danno, poiché con la necessaria presenza di una situazione di soggezione in un numero indeterminato di consociati verrebbero immediatamente lesi la loro libertà morale e l'ordine pubblico.

A questi due orientamenti se ne affianca uno intermedio, che costituisce una versione temperata¹⁰ della seconda delle opinioni illustrate: il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso ha sì struttura mista, ma non è necessario accertare che i sodali pongano attualmente in essere atti di violenza o minaccia ovvero che la consorteria abbia realizzato i propri scopi, potendo dare rilevanza al requisito strutturale del metodo mafioso nel senso di c.d. carica intimidatoria, cioè di capacità delle “mafie” di intimorire grazie alla fama derivante dalla loro pregressa attività criminale. Secondo tale opinione la carica intimidatoria rileva sia sotto il profilo dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo, rispettivamente in una dimensione statica e dinamica: quanto al versante statico-oggettivo, si dovrà accertare come attuale e non meramente potenziale una capacità intimidatrice, cui è correlato uno stato di sopraffazione dei consociati, che origina direttamente dal sodalizio nel suo complesso (componente di danno). Ma vi è anche un versante dinamico-soggettivo: la carica intimidatoria, infatti, è da considerarsi anche oggetto del dolo specifico dei singoli sodali, che dovranno avere il proposito di avvalersene pur potendo di fatto il relativo ricorso rimanere ad uno stadio meramente potenziale (componente di pericolo concreto).

¹⁰ Così DAMANTE E., *Quando manca l'intimidazione; a proposito della c.d. “mafia silente” o “mercatista”*, in *Discrimen*, 2020, p. 11.