

INTRODUZIONE

Questa dissertazione è volta ad evidenziare i tratti peculiari del processo nei confronti dei reati di criminalità organizzata, alla luce delle continue evoluzioni normative che necessitano di una valutazione onnicomprensiva con la loro interpretazione giurisprudenziale, in ragione del fatto che, al riguardo, vi è da sempre disomogeneità delle disposizioni e, di conseguenza, una frammentazione del sistema.

L'esigenza di creare un «binario» differenziato nell'ambito dell'ordinamento penale, nasce per garantire alla società una maggior tutela rispetto a quelli che possono essere definiti i reati di «maggiore allarme sociale», ossia quei reati che determinano una maggiore pericolosità per l'integrità psicofisica del cittadino.

Sebbene lo scopo del processo penale sia quello di tutelare la collettività attraverso l'azione della pubblica accusa, da subito il legislatore si è reso conto di come, in attuazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., *«situazioni uguali vadano trattate in modo uguale, mentre situazioni diverse in modo diverso»*, ergo si è reso necessario individuare degli strumenti diversi che meglio potessero fronteggiare tali delitti.

È stata l'introduzione del reato di *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, con l'art. 416 bis c.p., l'inizio di quello che successivamente sarebbe stato definito come «doppio binario procedimentale».

L'esistenza di un doppio procedimento, differenziato e derogatorio rispetto a quello ordinario, ha determinato la nascita di un sempre maggiore interesse nei confronti di particolari fattispecie di reato e soprattutto l'esigenza di modificare il sistema in concomitanza con l'evoluzione del fenomeno associativo.

Benché si parli di «mafia» per identificare la criminalità organizzata, esistono diverse sfumature del fenomeno che si caratterizzano non solo per

l'ambito territoriale nel quale queste prendono forma, ma anche per gli interessi sottesi all'azione dei loro partecipanti.

È proprio per questo motivo che ho deciso di affrontare una tematica così affascinante quanto complessa, per risaltarne i tratti distintivi e concentrare l'attenzione su fatti da sempre alla ribalta delle cronache.

La nozione di criminalità organizzata ha subito, nel corso degli anni, una evoluzione concettuale estensiva, allargandosi sempre di più a settori che prima risultavano essere al di fuori dell'attività intimidatoria mafiosa, ma che ha dovuto scontrarsi con una realtà diversa nel corso dei decenni. Da ultimo, difatti, vi è stato il riconoscimento ufficiale, da parte della Corte d'Appello di Roma, dell'esistenza di Mafia capitale, sconfessando l'idea per la quale il fenomeno associativo fosse relegato al territorio italiano meridionale.

L'attività delle associazioni mafiose, malgrado abbia la loro matrice culturale nei territori che hanno maggiormente sofferto la povertà e la mancanza di istruzione, non è prerogativa della sola malavita campana, calabrese o siciliana. Si è sviluppata e radicata in territori considerati immuni alla delinquenza locale, allargandosi ad occupazioni istituzionali, confondendosi con l'attività politica, con conseguente condanna di uomini di Stato.

Gli ideali di onestà, integrità intellettuale e giustizia non sono valori ormai in disuso e appartenenti alle grandi figure di spicco del passato, ma possono essere insegnati anche ai futuri giuristi, anche se, prima di tutto, andrebbero fatti vivere nei cittadini.

I processi di mafia, le normative, le regole, le leggi, non possono nulla se non attraverso l'ausilio che il cittadino onesto può contribuire a dare, anche solo attraverso la denuncia di attività illecite o comportamenti intimidatori.

Bisognerebbe educare la collettività alla cultura «della parola» ad abbandonare qualsiasi forma di individualismo, a favore del senso comune.

È questo il motivo che mi ha portato a scegliere, con una certa sicurezza, l'argomento che andrò a trattare: dal primo momento del procedimento penale

a quando la sentenza prende vita nella sua fase esecutiva, con un ultimo richiamo, ma non per importanza, alla categoria delle misure di prevenzione.

Ho strutturato il mio lavoro in modo da presentare e descrivere la genesi del fenomeno mafioso, la sua evoluzione nel tempo e le prospettive future, focalizzando il lavoro nel bilanciamento tra interessi e diritti, laddove è sempre necessario muovere una critica costruttiva alla nascita di disposizioni che, in molti casi, sono considerate contrastanti con i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione.

Il primo capitolo tratterà della nascita ed evoluzione storica del fenomeno mafioso, con la forte esigenza di collegarlo agli eventi terroristici degli anni Settanta, che hanno dato il via ad una stagione di intimidazioni, rapimenti e stragi, alla luce del Maxiprocesso, celebrato alla fine degli stessi anni e che ha causato una svolta sia nel sistema giudiziario che nella stessa società.

È stato il primo e vero segnale dell'esigenza di sconfiggere un fenomeno di cui in precedenza si negava addirittura l'esistenza.

Nella parte finale del capitolo I, mi concentrerò sulla tanto discussa figura del concorrente esterno in associazione mafiosa e sulla svolta storica apportata dalla sentenza Contrada del 2015.

Nel capitolo II si parlerà, facendo riferimento alle disposizioni vigenti, dello svolgimento del processo ordinario nei confronti di coloro i quali sono accusati di essere parte di un'associazione di stampo mafioso: dall'organizzazione delle procure distrettuali, alle indagini preliminari, alla diversa modalità attraverso cui la prova entra a far parte del processo, della necessità di trovare un bilanciamento fra diritto alla riservatezza della indagini e quello di conoscenza dell'accusa da parte dell'indagato.

La fase dibattimentale rappresenta il perno del processo, espressione della formazione della prova, indispensabile per l'accertamento della colpevolezza dell'imputato «*al di là di ogni ragionevole dubbio*». In questa sede mi concentrerò sullo svolgimento dell'istruttoria nei confronti di imputati che

non possono essere fisicamente presenti in aula, mediante il regime dell'esame a distanza, nonché delle regole derogatorie applicabili in tema di diritto alla prova.

Con il capitolo III affronterò la fase esecutiva, vale a dire il momento nel quale la pena deve essere attuata, con riferimento al regime del «carcere duro», disciplinato dall'art 41 *bis* ord. penit., ai benefici che possono essere concessi ai mafiosi e le continue modifiche che colpiscono l'ordinamento penitenziario, il trattamento da riservare ai condannati *speciali* e gli eventuali ostacoli che il sistema pone per i reati richiamati dall'art. 4 *bis* ord. pen.

Una particolare attenzione verrà poi riservata al collaboratore di giustizia, figura alquanto peculiare e complessa, che però ha fornito un importante, se non cruciale, contributo all'attività della magistratura, determinando lo smantellamento del sistema mafioso dal suo interno, aiutando lo sradicamento di molte famiglie e la cattura di numerosi boss, da tempo latitanti. Il rapporto esistente fra l'autorità inquirente e i c.d. pentiti si fonda su un *do ut des*, poiché le confessioni del collaboratore mirano ad ottenere benefici.

Nel quarto ed ultimo capitolo tratterò di un tema a parte, ma fondamentale per questo tipo di reati, ossia le misure di prevenzione, strumenti non espressamente previsti dalla Costituzione, dunque numerose volte tacciati di illegittimità costituzionale, ma che si configurano come espedienti e deterrenti alla futura commissione di un reato da parte dell'individuo. Oltre a ciò, mi concentrerò, altresì, sulla critica alle condizioni che comportano l'applicazione delle stesse con una recente pronuncia della Corte EDU, in seguito recepita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella quale si è messa in discussione l'operatività delle sanzioni qualora il proposto violi una disposizione caratterizzata da vaghezza e genericità, laddove il giudice sarebbe dovuto intervenire per specificare quali condotte avrebbero integrato l'illecito, conformemente al principio di legalità.

Ho cercato di portare avanti un lavoro sistematico, il più aggiornato possibile, e che trova la sua ragion d'essere nella dicotomia fra ordinario e speciale, seguendo il filo conduttore che mi ha spinto ad interessarmi all'argomento: le differenti regole processuali sono utili e soprattutto legittime? In che modo il legislatore ha deciso di rendere compatibile la disciplina che, in molti casi, sacrifica il diritto del singolo, a favore della sicurezza della collettività? E, in ultima analisi, vi è compatibilità del «doppio binario» con il principio di uguaglianza?

Questi sono i quesiti a cui cercherò di rispondere attraverso la descrizione del diverso sistema esistente, della sua evoluzione normativa, senza tralasciare gli importanti contributi della giurisprudenza nazionale ed europea in materia.

Nel presente lavoro utilizzerò il termine «mafia» per designare i vari tipi di organizzazione operanti nel territorio nazionale e non.

CAPITOLO I

Nascita ed evoluzione storica del concetto di «criminalità organizzata»

1.1. La criminalità organizzata

La parola «criminalità» deriva dalla radice latina *crimen, criminis*, derivante a sua volta dal verbo latino irregolare *cerno, cernis, crevi, cretum, cernere* che significa «scegliere», «decidere», «dare un giudizio». Con il tempo, il termine latino «*crimen*» mutò il suo significato in «accusa» e, infine, metonimicamente, «*criminale*», ossia il soggetto autore della violazione di cui è accusato. A oggi potremmo definire il concetto di criminalità organizzata come quelle «*attività criminose di particolari tipi di organizzazioni, definite organizzazioni criminali, non costituite in maniera fortuita per la commissione estemporanea di reati, ma organizzate in maniera relativamente stabile con uno schema gerarchico e con un obiettivo comune*»¹.

Tale concetto è nato per rispondere ad un'esigenza fondamentale, ossia quella di identificare tutte quelle organizzazioni presenti in modo stabile in un determinato ambito territoriale contrariamente a ciò che si individua come «criminalità comune», che identifica una criminalità individuale, la quale non presenta quei caratteri di comunanza e organizzazione proprie delle associazioni per delinquere.

Sebbene si possa ritenere che tale locuzione sia abbastanza recente perché risalente al XVIII secolo, in realtà incontriamo forme di organizzazione criminale già durante il periodo medievale finalizzate ai saccheggi, agli attacchi alle vie commerciali, in altre parole a minacce, furti e violenza, caratteri propri del fenomeno del banditismo. Questi fenomeni non presentavano le stesse

¹GRASSO G., SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007, p. 377.

caratteristiche delle odierne organizzazioni, perché non accomunate da una medesima base ideologica né dotate di un vero e proprio codice da seguire, benché presentassero notevoli sfumature comuni.

Le attività di banditi e briganti segnarono l'inizio di una rivolta da parte della classe rurale nei confronti del ceto borghese, medio - alto, quindi una forma di opposizione a tutto ciò che poteva essere definito come schiavismo e sfruttamento. Ciò ha da sempre caratterizzato il fenomeno associativo dato che, in passato, le organizzazioni criminali nascevano e si alimentavano grazie alla classe rurale, ai contadini, alle persone più semplici che, per poter fronteggiare una situazione di miseria e carestia, usavano aggregarsi per poter ottenere fortuna e riscattarsi dalla loro situazione; Totò Riina, uno dei maggiori esponenti di Cosa Nostra, era figlio di contadini e, dopo la morte del padre e del fratello, si avvicinò a Luciano Liggio, il capo della mafia corleonese del tempo, per riscattare la propria posizione sociale.

La forma di organizzazione criminale che maggiormente si avvicina a quelle ora esistenti è la pirateria che, rappresentando la principale forma di criminalità organizzata del XV secolo, aveva concentrato i propri interessi in diversi settori, quali quello del contrabbando, dei furti, della corruzione.

Non mancava, peraltro chi, come il criminologo americano James O. Finckenauer, riteneva che la prima e vera espressione di organizzazione criminale fosse da ricondurre al periodo dei Romani, all'opposizione fra Clodio e Milone che si erano candidati, nel 52 a. c., rispettivamente alla pretura e al consolato romani e che si fronteggiavano in un'atmosfera di totale anarchia in quanto Cesare era impegnato ad affrontare una rivolta sulle Gallie, per cui Roma si trovava senza guida. Lo scontro fra i due si ebbe all'inizio del 52 a. c. sulla via Appia, dove le loro bande si scontrarono e Clodio fu ferito, per poi essere ucciso nel proprio nascondiglio, dallo stesso Milone².

La nascita di un'organizzazione più stabile e strutturata si ebbe nel XVIII secolo, in Sicilia, dove nacque il fenomeno mafioso, caratterizzato da un

²ZAPALA-KRAJ M., *Mafia - the History with Mario Puzo's Godfather in Background*, GRIN Verlag, 2010, pp. 4-5.

sistema gerarchicamente ordinato e fondato sulla «famiglia», centro di interessi e di scontri di potere.

La nascita della Mafia proprio nel territorio siciliano non si deve a una casualità, bensì alla posizione strategica di questa isola, circondata dal mar Mediterraneo e dalle terre balcaniche, nonché africane, quindi punto di incontro di ceppi culturali con interessi diversi, che trovavano *in loco* la base dei loro affari.

Sebbene oggi, quando si parla di criminalità organizzata, ci si riferisca prevalentemente ad associazioni di stampo mafioso, in realtà si può estendere questo concetto anche ad altre forme di organizzazione, sia nazionali che straniere, in quanto il fenomeno associativo è ravvisabile in numerose parti del mondo, quali Cosa Nostra negli Stati Uniti, la Yakuza in Giappone, l'Irish Mob irlandese o le Triadi cinesi con base ad Hong Kong. Infine, almeno nel senso comune, il medesimo sintagma sussume pure la criminalità eversiva e quella terroristica, organizzate per definizione³.

Le stesse strutture organizzative hanno subito una progressiva mutazione grazie all'apporto fornito dalle indagini delle autorità giudiziarie e dei cosiddetti «collaboratori di giustizia», ossia membri di associazioni criminali che nel tempo hanno contribuito a ricostruire struttura e gerarchia delle organizzazioni. Essa, tuttavia, si è avuta anche grazie alla modalità attraverso cui il mercato stesso è cambiato, non richiedendo più un sistema accentrato e gerarchico, bensì una flessibilità tale da avvicinare le consorterie criminali a reti, dove non esiste un sistema con a capo un unico individuo, ma vere e proprie famiglie che rappresentano il punto di riferimento degli affari illeciti.

Malgrado sia innegabile affermare che la criminalità organizzata sia esistita nelle sue diverse forme sia a livello nazionale che internazionale, vi è stata una forte evoluzione del fenomeno mafioso: innanzitutto a livello di struttura, che, come prima affermato, non è più organizzata solamente a livello gerarchico, bensì come se fosse una rete in cui un ruolo predominante è quello

³ZARAFFARONI E. R., *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA S. (a cura di) *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali: una categorizzazione fallita*, Napoli, 1999, p. 67.

svolto dal mercato che ha determinato un ampliamento delle attività e dei settori in cui la stessa criminalità si è inserita, quali la pubblica amministrazione, la gestione degli appalti, degli affari pubblici, della droga, della prostituzione, della immigrazione clandestina - al contrario di quello che accadeva nel passato - laddove le tradizionali attività della mafia risultavano essere concentrate su fenomeni diversi, come sequestri di persona, estorsioni e simili.

A causa dell'allarme sociale causato da questa tipologia di reati, il legislatore italiano ha sentito l'esigenza di dare una sistematicità alla disciplina normativa, nonostante questo processo sia stato molto difficile, poiché tuttora persiste una forte disorganicità delle fonti. Alla luce di questa evoluzione del concetto di criminalità organizzata, ancor'oggi non si è giunti a una definizione univoca, sebbene ci sia stata una forte spinta e un forte impegno da parte di dottrina e giurisprudenza.

1.2. Il «doppio binario» e sue ragioni storiche: Maxiprocesso e contrasto al terrorismo degli anni '70

Malgrado si sia negata per molti anni l'esistenza della mafia, la prima vera reazione dello Stato all'organizzazione siciliana si ebbe con la celebrazione del Maxiprocesso dal febbraio 1986 al dicembre 1987, chiamato così giacché coinvolse un numero esorbitante di imputati, 475, accusati della commissione di diversi reati, la maggior parte dei quali vennero poi condannati.

L'esigenza di contrastare il fenomeno mafioso, modificando l'attività stessa dei magistrati, si ebbe dapprima con il giudice istruttore Rocco Chinnici prima del quale ogni singolo magistrato portava avanti la propria indagine indipendentemente dagli altri, senza che vi fosse un coordinamento e di conseguenza uno scambio di informazioni e poi, successivamente, con Giovanni Falcone.

Chinnici intuì la necessità di coordinare e collegare le indagini dei magistrati per soddisfare le seguenti esigenze:

- 1) Attribuire le indagini a professionisti che avessero una conoscenza più approfondita del fenomeno mafioso;
- 2) Evitare che le indagini potessero essere dispersive e quindi non raggiungere un risultato soddisfacente;
- 3) Garantire una maggiore certezza dei risultati raggiunti, mediante una maggiore riservatezza circa la gestione di informazioni particolarmente sensibili che avrebbero potuto determinare danni agli scopi dell'Autorità giudiziaria, se conosciute al di fuori dell'ambito investigativo.

Così, da un'idea di Chinnici, nel 1982, nacque il «*pool antimafia*», ossia un gruppo operativo di magistrati dediti alle indagini relative al fenomeno mafioso, costituito ufficialmente il 16 novembre 1983 e composto dai giudici Giovanni Falcone, Paolo Borsellino, Leonardo Guarnotta e Giuseppe di Lello. Come affermava il giudice Borsellino, infatti: «*Il pool nacque per risolvere il problema dei giudici istruttori che lavoravano individualmente, separatamente, ognuno "per i fatti suoi", senza che uno scambio di informazioni fra quelli che si occupavano di materie contigue potesse consentire, nell'interazione, una maggiore efficacia con un'azione penale coordinata capace di fronteggiare il fenomeno mafioso nella sua globalità*»⁴.

La linea seguita da Chinnici fu poi confermata dal suo successore, Antonino Caponnetto. Il punto di forza del *pool* fu la quotidiana condivisione delle informazioni che portò in pochi anni alla celebrazione di un processo mai concepito prima.

La chiave di svolta delle indagini, oltre alla costituzione del *pool* antimafia, fu la collaborazione di quelli che al tempo erano definiti «pentiti», il più famoso dei quali fu Tommaso Buscetta, il *boss dei due mondi*, che, con la sua collaborazione, nel 1984, confermò le iniziali intuizioni del *pool* e indirizzò l'attività della magistratura.

Il contributo più importante di Buscetta, infatti, «è consistito nell'aver

⁴Pool antimafia di Palermo, in www.wikimafia.it [29 luglio 2018]

offerto una chiave di lettura dei fatti di mafia, nell'aver consentito di guardare dall'interno le vicende dell'organizzazione»⁵. Questi, durante la testimonianza resa nel corso del Maxiprocesso, affermò: «Ero entrato e rimango con lo spirito di quando io ero entrato. [...] Cosa Nostra, ha sovvertito l'ideale [...] con delle violenze che non appartenevano più a quegli ideali. Io non condivido più quella struttura cui io appartenevo. Quindi non sono un pentito», ammettendo dunque l'esistenza della Mafia. Le sue dichiarazioni aprirono un nuovo scenario per la configurazione del reato di associazione mafiosa perché egli descrisse ai giudici l'organizzazione di quella che gli stessi componenti chiamavano «Cosa Nostra»: una struttura verticistica, il cui centro di potere era la città di Palermo, sebbene si fosse espansa anche nelle altre province.

Cosa Nostra era dotata di un proprio regolamento orale che disciplinava l'attività all'interno dei vari mandamenti. I mandamenti erano le zone sottoposte al potere di una singola famiglia mafiosa, la quale acquisiva il nome della zona su cui esercitava il potere; per ciò che riguarda la provincia di Palermo, le famiglie prendevano il nome del paese in cui operavano. Inoltre, ogni tre famiglie contigue vi era la nomina di un loro rappresentante, mentre ogni mandamento aveva un proprio capo. L'insieme dei rappresentanti e dei capi degli altri mandamenti componevano la cosiddetta «Commissione».

La Commissione rappresentava il centro di potere, dove si controllava l'attività e il rispetto delle regole da parte dei membri Cosa Nostra, perché coloro che avessero trasgredito a tali disposizioni avrebbero potuto incorrere in conseguenze particolarmente gravi. Il ruolo di base, ma fondamentale, era quello delle famiglie, le quali costituivano lo scheletro del sistema mafioso, gerarchicamente organizzate, con a capo un rappresentante coadiuvato da un vicecapo e da vari consiglieri⁶.

Il processo si svolse nella famosa aula bunker, costruita nel carcere dell'Ucciardone, per garantire maggiore sicurezza a giudici e imputati, un facile

⁵ Tribunale di Palermo, Ufficio istruzione, Ordinanza-sentenza contro Abbate Giovanni + 706

⁶ Sportello Scuola e Università della Commissione Parlamentare Antimafia/Documentazione tematica/Mafie italiane/Cosa Nostra.

spostamento dei detenuti ed evitare eventuali attacchi esterni. Fu celebrato in un'atmosfera particolarmente tesa, dovuta anche al fatto che molti dei testimoni, chiamati a riferire dei fatti, non trovarono il coraggio di parlare. Anche molti parenti di vittime tacquero o negarono addirittura le dichiarazioni fatte in istruttoria. Il processo terminò con una sentenza storica nella quale furono inflitte: 346 condanne (74 in contumacia), tra cui 19 ergastoli, per un totale di 2665 anni di carcere e 11,5 miliardi di lire di multe, mentre le assoluzioni furono 114.

La vera portata storica di questo processo non la si deve tanto al numero di imputati che vennero condannati, ma a ciò che ha rappresentato, vale a dire la prima conferma dell'esistenza di Cosa Nostra e quindi la necessità, da parte del sistema giudiziario italiano, di porre in essere tutti gli strumenti utili alla sua definitiva sconfitta.

Il Maxiprocesso fu la testimonianza concreta della presenza di uno Stato finalmente deciso con ogni mezzo a interrompere il rapporto di convivenza e dipendenza nei confronti della mafia.

Il *pool* fu soppresso nel 1988, tuttavia la sua esperienza fu di impulso alla creazione della Direzione Nazionale Antimafia e delle relative Direzioni Distrettuali, creature di Giovanni Falcone.

Si ritiene che la celebrazione di un processo dalle dimensioni mastodontiche abbia risposto più a un'esigenza di sicurezza psicologica e difesa sociale, piuttosto che al rispetto di regole procedurali imposte dalla prassi. Furono mosse plurime critiche alle regole del Maxiprocesso che fu definito «*teatro delle ragioni dello Stato*»⁷ con il rischio per il giudice di rinunciare alla sua naturale posizione *super partes*⁸.

I «Processi da Colosseo»⁹ affondano le loro radici nella lotta alla criminalità organizzata di stampo terroristico, propria degli anni settanta, gli «anni di piombo», il cui formale inizio si ebbe con la strage di piazza Fontana a

⁷FERRUA P., *I maxiprocessi* e la L. 17 febbraio 1987, n° 29, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1662.

⁸SIRACUSANO D., *Se il processo rompe gli argini*, in *La previdenza forense*, 1987, 2, p. 11.

⁹BOCCA G., *Caso Tortora, Un processo da Colosseo*, in *l'Espresso*, 17 marzo 1985.

Milano, nel 1969.

Gli anni settanta videro da un lato una sostanziale evoluzione economica e tecnologica, con conseguente forte riduzione della mortalità infantile e la sensibile riduzione dell'analfabetismo; d'altro canto, in quegli anni venne scritta una delle pagine più conflittuali della storia italiana per le rivolte delle classi operaie - che portarono anche all'emanazione dello Statuto dei lavoratori, con l. 300/1970 - e degli stessi studenti. Tutti questi eventi furono racchiusi nella definizione di «*autunno caldo*».

Le tensioni sociali di quegli anni furono il brodo di cultura dei primi gruppi terroristici, inizialmente protagonisti di continui episodi di guerriglie urbane che, pian piano, portarono alla strutturazione di gruppi eversivi resisi responsabili di reati di stragi, per cui è possibile parlare di un passaggio dall'estremismo politico al terrorismo.

Gli anni settanta rappresentarono l'entrata in scena delle Brigate Rosse, un'organizzazione terroristica di estrema sinistra, la quale abbracciava idee marxiste-leniniste, volte al raggiungimento del comunismo, quindi della messa in discussione dell'economia capitalista, attraverso lo sviluppo del socialismo. Tali idee potevano essere realizzate solamente attraverso una rivoluzione «dal basso», che avrebbe visto la contrapposizione tra lavoratori e ceto borghese, affinché potesse essere abolito il potere «dell'uomo sull'uomo». Le Brigate Rosse volevano, in questo modo, agire *contro lo Stato per combattere lo Stato*, organizzandosi attraverso cellule e attaccando chi poteva essere considerato espressione del potere politico ed economico. Per questo rifiutavano di essere considerati un'organizzazione terroristica, poiché si identificavano con il termine «organizzazione guerrigliera». La loro azione si affievolì nel giro di circa dieci anni, toccando il culmine massimo con l'agguato di via Fani, con il rapimento e la successiva uccisione di Aldo Moro.

Questo evento rappresentò il segnale attraverso il quale le formazioni terroristiche dimostrarono non solo la loro capacità di mettere in pericolo la collettività, ma anche quella di avere un ruolo fondamentale nelle scelte

politiche.

La formale conclusione dell'attività eversiva delle Brigate Rosse si ebbe nel 1987 quando Renato Curcio e Mario Moretti firmarono un documento in cui dichiaravano conclusa l'esperienza delle B.R.

Terrorismo e Mafia rappresentano due fenomeni di gruppo, intrecciati fra loro, che trovano la loro ragion d'essere nella volontà di ottenere il controllo su e contro lo Stato. Proprio per questo, la stagione stragista dei primi anni '90 terminò con una serie di processi volti a punire coloro che si erano macchiati di crimini efferati. Lo Stato, però, non avrebbe mai potuto affrontare simili situazioni attraverso la celebrazione di processi seguendo le regole «ordinarie» per cui si sentì l'esigenza di introdurre un corpo di norme volte a disciplinare il processo nei confronti di chi era accusato di aver commesso reati di maggiore allarme sociale, nonostante da subito ci si interrogò sulla legittimità della previsione di diverse regole in rapporto alla diversa natura del reato.

Verificata la fallibilità della legislazione di emergenza, come strumento di repressione immediata del fenomeno, seppur non duratura, il legislatore ha intrapreso un processo di legiferazione dal 1990 fino al 2000, volto a restringere le garanzie individuali e al corrispondente intensificarsi della previsione di una disciplina orientata a una forte esigenza di difesa sociale.

Nonostante il sistema del «doppio binario» sia stato introdotto in modo specifico per i reati di criminalità organizzata, l'applicazione di queste norme è stata allargata, attraverso un'interpretazione estensiva delle disposizioni, anche ai reati in materia di pedofilia e violenza sessuale. La crescente espansione del fenomeno mafioso, anche a livello internazionale, ha comportato una forte e celere introduzione di numerose misure volte a contrastare il crimine organizzato, norme provenienti anche da paesi di Common Law, così da determinare un principio globalizzante del sistema penale per i reati di criminalità organizzata.

La legittimazione costituzionale del regime del doppio binario è ancorata al dogma giustificatorio del «*non irragionevole bilanciamento operato*

discrezionalmente dal legislatore tra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono» (sent. 63/1994 Corte Costituzionale)¹⁰.

1.3. Il reato associativo ex art. 416 bis c.p.

Per delineare al meglio quali siano i caratteri peculiari del reato di cui all'art. 416 bis c.p., è necessaria una disamina dell'art. 416 c.p. rubricato «Associazione per delinquere».

Gli artt. 416 e 416 bis c.p. sono ricompresi nell'ambito dei «reati contro l'ordine pubblico», punitivi delle condotte che minano la sicurezza e la pace tra i cittadini.

Il codice Rocco, nella sua stesura iniziale, disciplinava unicamente il reato di cui all'art. 416, mentre l'art. 416 bis venne introdotto successivamente con l. 646/1982, altrimenti nota come «Rognoni-La Torre». La norma disciplina il reato associativo semplice, non facendo alcun tipo di riferimento a fattispecie particolari: *«Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni»* (comma 1).

Il reato di associazione per delinquere è un reato comune a pericolo concreto e i suoi elementi qualificanti sono:

- a) l'esistenza di un numero minimo di soggetti, pari a tre;
- b) l'esistenza di una struttura stabile e idonea a supportare i membri nell'attuazione dei reati;
- c) l'indeterminatezza del programma delittuoso (questo elemento distingue il reato di cui si parla rispetto al cosiddetto «reato continuato» ex art. 81 c.p. che, al contrario, prevede l'esistenza di un numero determinato di reati che sono espressione di un unico disegno

¹⁰ C. cost., 25 gennaio 1994, n. 63, in *Consulta online*.

criminoso).

Non sono necessarie una gerarchia interna e la distribuzione di specifiche cariche, essendo sufficiente *l'affectio societatis scelerum*, ossia l'esistenza di un vincolo associativo non circoscritto ad uno o più delitti determinati, ma consapevolmente esteso ad un generico programma delittuoso¹¹;

d) la necessità che i reati commessi siano delitti;

e) la sua natura permanente. Ciò vuol dire che l'associazione si protrae nel tempo sino al suo scioglimento o finché non venga arrestato un numero di consociati tale da ridurne i soggetti rimasti al di sotto di quelli che la legge richiede per la sussistenza del reato stesso¹².

Il bene giuridico tutelato è l'ordine pubblico, ma esistono diverse teorie al riguardo perché vi è parte della dottrina che abbraccia la teoria dell'ordine pubblico «materiale», inteso come condizione di pacifica convivenza, immune da disordini e violenza e chi, invece, supporta la teoria dell'ordine pubblico «formale», inteso come il complesso di quei principi e di istituzioni fondamentali per la continuità e la sopravvivenza dell'ordinamento.

L'elemento soggettivo del reato è rappresentato dal dolo specifico, perché è necessaria la coscienza e volontà dell'individuo di partecipare al sodalizio criminoso per la commissione di più delitti.

I compartecipi rivestono diverse posizioni e, in base ad essa, il legislatore ha previsto diverse pene. Infatti, possiamo distinguere diversi tipi di condotte:

a) più gravi commesse dai soggetti apicali in quanto promotori, costitutori, organizzatori, capi: per queste ipotesi la pena prevista è la reclusione da 3 a 7 anni (commi 1 e 3).

I *promotori* sono coloro danno avvio al sodalizio criminoso e, a volte, si identificano con i «*costitutori*», vale a dire coloro che materialmente dispongono dei mezzi per la nascita dell'associazione stessa. Per quanto

¹¹ Cass. pen. n° 2894/1985

¹² Cass. pen. n° 1799/1986

concerne l'*organizzatore* dell'associazione, questa è una figura controversa perché rappresentata da chi, nell'ambito di un'associazione, ha un autonomo potere decisionale e quindi fornisce una struttura operativa al sodalizio. Il *capo*, invece, è chi dirige e gestisce l'associazione per il perseguimento di obiettivi comuni. Tutte queste figure di rilievo potrebbero identificarsi o meno nello stesso individuo.

b) meno gravi, commesse da soggetti partecipanti per i quali la pena prevista è la reclusione da 1 a 5 anni (comma 2).

I *partecipanti* sono figure di minore rilievo poiché si trovano in una posizione subordinata e meramente esecutiva rispetto a chi prende l'iniziativa per la costituzione e la gestione dell'associazione. Affinché si possa parlare di «partecipe», è necessario che l'apporto di attività sia stabile e non occasionale, perché, in questo ultimo caso, il soggetto risponderà per il singolo reato commesso e non per quello in esame.

I successivi commi dell'art. 416 c.p. prevedono una serie di circostanze aggravanti, tali da determinare un aumento di pena:

I. comma 4: «*Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni*»;

II. comma 5: la pena è aumentata fino ad un terzo qualora i membri dell'associazione siano più di dieci;

III. comma 6: «*Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma*».

IV. comma 7: «*Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore*

di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma».

L'esigenza di punire le ipotesi di associazione per delinquere di stampo mafioso fu fortemente avvertita quando ci si rese conto che l'art. 416 c.p. non rappresentava un proficuo contrasto nei confronti di sodalizi che risultavano essere più complessi di una *societas sceleris* semplice; questa necessità portò, nel 1982, all'introduzione dell'art. 416 *bis* rubricato «Associazioni di tipo mafioso anche straniera», soprattutto a seguito dei delitti di Pio La Torre e del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa.

La legge nacque da una proposta dall'on. Pio La Torre per il quale «*Occorre(va) spezzare il legame esistente tra il bene posseduto ed i gruppi mafiosi, intaccandone il potere economico e marcando il confine tra l'economia legale e quella illegale*»¹³. La norma rispondeva all'esigenza di affrontare queste peculiari forme di associazionismo, attraverso la previsione di diverse pene: l'archetipo è quello dell'art. 416, poiché strutturalmente l'associazione per delinquere di stampo mafioso presenta gli stessi caratteri di una tradizionale organizzazione criminale.

Il bene giuridico tutelato è, anche in questo caso, l'ordine pubblico in senso materiale, anche se parte della dottrina ritiene che ci siano altri beni giuridici, richiamati dalla stessa norma: la libertà di mercato, la libertà di iniziativa economica, il libero esercizio di voto.

Ciò che però rappresenta il tratto distintivo dell'associazione per delinquere di stampo mafioso, è la condotta, specificata dal comma 3: «*l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per*

¹³ROMANI. P., *Perché puntare al patrimonio mafioso*, in www.altreconomia.it [13 agosto 2018]

acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

Per *assoggettamento* si intende una situazione di subordinazione psicologica, privativa di ogni libertà; può parlarsi di *omertà* se vi è, da parte della cittadinanza stessa, un rifiuto generalizzato di collaborare con la giustizia (c.d. omertà esterna) o nel comportamento di coloro che sono parte del sodalizio criminoso, una mera esecutività dei compiti assegnati senza chiedere spiegazioni sull'attività svolta dall'associazione (c.d. omertà interna).

Anche l'art. 416 *bis* prevede una distinzione fra soggetti partecipi, puniti con reclusione da 10 a 15 anni (comma 1), e soggetti apicali, puniti con la reclusione da 12 a 18 anni (comma 2).

Le ipotesi aggravate previste dalla norma sono:

- I. commi 4 e 5: *«Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da dodici a venti anni nei casi previsti dal primo comma e da quindici a ventisei anni nei casi previsti dal secondo comma...L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito».*
- II. comma 6: *«Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà».* In questo caso è previsto un aumento della pena da 1/3 alla metà.
- III. comma 7: *«Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servono o furono destinate a*

commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego».

L'ultimo comma ne estende l'applicabilità ai casi di sodalizi diversi da quelli mafiosi, ossia alla *«camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».*

Nell'attualità, i tratti essenziali delle mafie italiane vengono comunemente individuati: nell'esistenza di un vincolo associativo forte e stabile, segreto e risalente nel tempo; nel controllo totale del territorio in cui sono saldamente radicate, e su cui esercitano una vera e propria sovranità; nella ingente accumulazione di capitali e nella connessa, raffinata capacità di infiltrarsi nei mercati leciti dell'economia e della finanza; nella consolidata attitudine a influenzare i processi decisionali politico - amministrativi, sia a livello locale che a livello nazionale; nella ricorrenza di un elevato consenso sociale¹⁴.

Benché si utilizzi il termine «mafia» con riferimento alle varie espressioni di organizzazione criminale nazionale, è necessario cogliere le peculiarità delle tre maggiori associazioni storiche esistenti: mafia, 'ndrangheta e camorra.

1.3.1. La mafia

La mafia siciliana rappresenta la prima forma di associazione per delinquere ramificata in tutto il territorio nazionale, diffusasi prevalentemente nel periodo postbellico.

Malgrado ciò, potevano individuarsi delle forme di associazionismo proto-mafioso già nell'ottocento, quando la classe rurale, composta per la maggior parte da contadini analfabeti e poveri, sentiva l'esigenza di opporsi a

¹⁴BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 4.

leggi e comportamenti vessatori dello Stato. La mafia ha saputo integrarsi e insinuarsi laddove lo Stato era assente o peggio. Il termine stesso *mafia* ha un'etimologia incerta, così secondo Diego Gambetta il vocabolo originario potrebbe provenire dall'arabo مهياص (*mahyas* = spavalderia, vanto aggressivo)¹⁵ o come propone Claudio Lo Monaco, مرفوض (*marfud* = rifiutato)¹⁶ da cui proverrebbe il termine *mafiusu*, che nel XIX secolo indicava una persona arrogante, prepotente, ma anche intrepida e fiera.

Nelle situazioni di incertezza, la presenza di «uomini d'onore» garantiva il rispetto delle regole e ciò determinò l'espansione della stessa non solo nel territorio siciliano, ma in tutta l'Italia, grazie soprattutto all'unificazione della penisola italiana che, da un lato, determinò una forte emigrazione verso paesi stranieri, come ad es. gli Stati Uniti, ma, dall'altro, garantì una maggiore penetrazione della mafia negli affari statali attraverso la vendita delle terre ecclesiastiche e demaniali.

Secondo Giuseppe Pitrè¹⁷ il termine mafioso indicava una persona, un oggetto o un ambiente «*di spicco*» che «*nell'insieme abbia un non so che di superiore ed elevato [...] Una casetta di popolani ben messa, pulita, ordinata, e che piaccia, è una casa mafiusedda e solo dopo l'inchiesta del procuratore palermitano è obbligata a rappresentare cose cattive*». Tuttavia Pitrè non ne chiariva l'origine.

Fino agli anni '60 del Novecento, la mafia si era concentrata su attività di tipo tradizionale, come spaccio di droga, riciclaggio, affari illeciti, dopodiché s'impegnò in settori prettamente pubblici quali quello della gestione degli appalti pubblici, o genericamente, delle attività delle persone giuridiche e del traffico illecito di rifiuti.

Nella definizione di Antonino Caponnetto, Cosa Nostra rappresentava «*un'associazione segreta per atto costitutivo, verticistica, unitaria e su base*

¹⁵GAMBETTA D., *The Sicilian Mafia: the business of private protection*, Harvard University Press, 1996, p. 136.

¹⁶LO MONACO C., *A proposito della etimologia di mafia e mafioso*, in *LN*, Livorno 1990, pp. 1-8.

¹⁷PITRÈ G., *Usi e costumi credenze e pregiudizi del popolo siciliano*, Palermo, 1889.

familiistica»¹⁸. L'organizzazione di Cosa Nostra è di tipo gerarchico-piramidale, fondata sul consenso sociale e circoscritta ad un determinato ambito territoriale.

Oggi i termini «mafia» e «mafioso» sono ormai impiegati consuetudinariamente per qualificare situazioni alquanto eterogenee, e comunque ben lontane da quelle avute di mira dal legislatore quando introdusse, nel 1982, la norma incriminatrice dell'art. 416 *bis* c.p.¹⁹.

1.3.2. La 'ndrangheta

La 'ndrangheta rappresenta l'organizzazione criminale propria del territorio calabrese. Essa si presenta come un modello federativo a rete, che si occupa di molteplici attività illecite sia sul piano locale che internazionale²⁰.

L'ipotesi etimologica più convincente della parola «'ndrangheta» fa riferimento al vocabolo greco *andragatia* il cui significato allude alle virtù virili, al coraggio, alla rettitudine²¹.

Da sempre, la 'ndrangheta è stata considerata la forma di associazione più primitiva esistente, poiché operava maggiormente attraverso sequestri di persona, ma in realtà l'utilizzo di questi espedienti era necessario per l'accumulo di capitali da reinvestire nel traffico internazionale di stupefacenti, soprattutto con il continente africano e quello sud americano, in particolar modo con la Colombia.

A prescindere dall'esistenza di un sistema federativo che la caratterizza e di conseguenza determina l'insorgere di numerose faide familiari, dal 1991 al 1994 si è assistito a un processo di emulazione della struttura mafiosa in quanto il territorio calabrese è stato diviso in mandamenti ed è stata istituita una cupola, denominata *Crimine* o *Provincia*.

¹⁸Tratto da un'intervista ad Antonino Caponnetto, rilasciata a Gianni Minà nel corso della trasmissione televisiva *Storie*, Rai 2, 23 maggio 1996.

¹⁹BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, pp. 4 e 5.

²⁰*Ibidem*.

²¹LA VOLPE A., *Per non morire di Mafia*, Trento, 2009, pp. 164 e 165.

La riproduzione della struttura criminale tradizionale è stata affermata anche nel maxiprocesso svoltosi in Lombardia (*Operazione Crimine - Infinito*) in quanto si scoprì l'esistenza di una struttura fortemente radicata, tanto che al suo vertice vi era un altro organo denominato *Lombardia*, indipendente rispetto alla casa madre calabrese.

Si può affermare che la 'ndrangheta sia l'unica organizzazione mafiosa ad avere due sedi: quella principale in Calabria, l'altra nei comuni del Centro-Nord dell'Italia e nei principali Paesi stranieri che sono cruciali per i traffici internazionali di stupefacenti²².

Nonostante il forte attaccamento alla propria terra, è innegabile che vi sia stato un «trapianto mafioso»²³ in altre realtà, come il Piemonte e la Lombardia che, secondo Sciarrone, sono il frutto di colonizzazione e imitazione del fenomeno mafioso in contesti differenti da quelli storici²⁴.

La 'ndrangheta è considerata la forma di criminalità organizzata più ricca a livello europeo, grazie ai capitali di cui dispone e che le hanno permesso lo svolgimento delle attività e le relazioni con altre mafie straniere.

1.3.3. La camorra

La camorra è un'associazione per delinquere di stampo mafioso nata nel territorio napoletano. Si mostra come una costellazione di associazioni, spesso in lotta fra loro, con interessi in vari settori dell'agire illecito, in ambito prevalentemente locale²⁵.

Roberto Saviano, nel suo libro «*Gomorra*»²⁶, sostiene che la «camorra» sia addirittura una «*parola inesistente, da sbirro, usata dai magistrati e giornalisti. E' una parola che fa sorridere gli affiliati, è un'indicazione generica, un termine da studiosi, relegato alla dimensione storica. Il termine con cui si*

²²LA VOLPE A., *Per non morire di Mafia*, cit., p. 168.

²³BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., p. 6.

²⁴SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove*, Roma, 2009.

²⁵BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., p. 4.

²⁶SAVIANO R., *Gomorra*, Milano, Mondadori, 2006.

definiscono gli appartenenti a un clan è 'Sistema'»²⁷.

Quest'organizzazione trovò la sua vera fonte economica nella periferia di Napoli, in particolar modo attraverso la creazione di una rete - soprattutto nel settore tessile - finalizzata alla contraffazione di merci, che ha determinato un aumento dei rapporti commerciali con la Cina: il 90% delle merci che vi transitano, difatti, provengono dal paese del Sol Levante²⁸.

Ci sono varie tesi rispetto all'etimologia della parola «camorra», tuttavia quella più accreditata sostiene che il concetto derivi dalla voce mediterranea «*morra*», intesa come «*confusione*», «*riッサ*», «*gioco*» molto popolare a Napoli. Camorra dunque, come ricorda lo studioso Isaia Sales²⁹, indicava un gioco e una specie di tassa per coloro che lo controllavano impedendo risse e violenze. Secondo altri studiosi, il termine deriverebbe dalla giacca indossata da banditi spagnoli denominati «*gamurri*» o dal nome di una organizzazione armata di mercanti pisani sorta a Cagliari nel XIII secolo e denominata «*gamurra*»³⁰.

Una vera e propria associazione si costituì nel 1820 con la «*Bella Società Riformata*», nella chiesa di Santa Caterina a Formiello a Porta Capuana; i camorristi napoletani definivano la loro organizzazione anche come «Società della Umirtà» o «Annurata Suggità» (Onorata Società) per alludere alla difesa del loro onore, che consisteva «*nell'omertà*» (Umirtà), cioè il codice malavitoso del silenzio e dell'obbligo a non parlare degli affari interni all'organizzazione con la polizia³¹.

Nel corso della storia della Camorra, vi sono stati due tentativi di dare all'organizzazione una struttura gerarchica: nella seconda metà degli anni settanta il boss Raffaele Cutolo fondò la *Nuova Camorra Organizzata (NCO)* e, negli stessi anni, i boss dei clan Bardellino-Nuvoletta-Alfieri, collegati a Cosa Nostra siciliana, per eliminare Cutolo e la sua struttura, fondarono la *Nuova Famiglia*.

²⁷LA VOLPE A., *Per non morire di mafia*, cit., p. 186.

²⁸LA VOLPE A., *Per non morire di mafia*, cit., p. 187.

²⁹SALES I., *La camorra, le camorre*, Roma, 1993.

³⁰Sportello Scuola e Università della Commissione Parlamentare Antimafia/Documentazione tematica/Mafie italiane/Camorra in www.camera.it [23 marzo 2018]

³¹CONSIGLIO A., *La camorra a Napoli*, 2005.

Infine, nel 1992, il boss Carmine Alfieri fondò la *Nuova Mafia Campana*. Tutti questi tentativi di gerarchizzare la Camorra, tuttavia, fallirono³².

Le principali attività di interesse camorristico sono distinguibili in tre filoni: produzione di merci contraffatte, traffico di droga ed eco-business, termine che definisce il traffico di rifiuti.

La camorra, inoltre, si distingue per un'elevata infiltrazione nel settore della pubblica amministrazione e negli enti locali. La provincia di Napoli è quella nella quale si registra il maggior numero di casi di scioglimento di consigli comunali per sospetto di infiltrazione mafiosa (44 casi dal 1991 ad oggi)³³.

La vita amministrativa dei comuni e degli altri enti pubblici in Campania è fortemente condizionata dalla Camorra che stabilisce, in maniera continuativa, rapporti illeciti con l'ambiente delle istituzioni e della imprenditoria locale³⁴.

La Direzione Investigativa Antimafia aveva attestato che a Napoli il potere criminale era suddiviso in quattro territori: quello dei clan appartenenti alla cosiddetta «Alleanza di Secondigliano» (i boss Vincenzo Licciardi e Edoardo Contini), quello del clan Misso (alleato con la famiglia Mozzarella) e il clan Di Lauro³⁵. In seguito alla cattura del boss Paolo di Lauro, nel settembre 2005, il figlio Cosimo tentò di mantenere in vita il clan, sebbene avesse modificato alcune delle regole vigenti, ma alcuni degli esponenti di tale clan si unirono ad un altro camorrista, Raffaele Amato, con il quale costituirono il «clan degli scissionisti». Cosimo Di Lauro, al fine di mantenere il controllo del territorio dei quartieri di Secondigliano e Scampia, ha innescato una feroce guerra contro il gruppo avversario, potendo contare su nuovi adepti tra le centinaia di giovani del degradato rione cosiddetto «Terzo mondo».

Dopo il cruento conflitto, le due organizzazioni camorristiche hanno

³²Sportello Scuola e Università della Commissione Parlamentare Antimafia/ Documentazione tematica/Mafie italiane/Camorra, in www.camera.it [23 marzo 2018]

³³*Ibidem*.

³⁴LA VOLPE A., *Per non morire di Mafia*, cit., p. 189.

³⁵Direzione Investigativa Antimafia, Relazione del Ministro dell'Interno al Parlamento sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia, Secondo semestre 2006, p. 53.

fermato le ostilità, raggiungendo un accordo secondo il quale alcune piazze di spaccio sono gestite, in via esclusiva, dal clan Di Lauro e altre dal clan degli scissionisti³⁶.

Come per la 'ndrangheta e Cosa Nostra, anche la Camorra fu interessata da un maxiprocesso, detto «*Spartacus*», svoltosi fra il 1998 e il 2010 nei confronti di alcuni membri del clan dei Casalesi e operante in un distinto ambito territoriale, comunemente noto come “agro aversano”. Il nome del processo – Spartaco - non è scelto a caso, scriveva Roberto Saviano: «*E' un omaggio [...] al gladiatore tracio che nel 73 a. c. insorse contro Roma. Partendo dalla scuola gladiatoria di Capua con un pugno di uomini, riuscì a raccogliere schiavi, liberti, gladiatore d'ogni parte del meridione. Che il processo prenda il nome di un ribelle, di uno schiavo fuorilegge che sfidò Roma - la culla del diritto - è qualcosa di unico per la storia della giustizia. Questo processo è stato chiamato Spartacus con l'idea che il diritto potesse liberare queste terre schiave dal potere dei clan e dell'imprenditoria criminale. Con il sogno che un processo potesse innescare la sollevazione di un territorio, credendo che la vera rivoluzione consista qui nella possibilità di agire legalmente: senza sotterfugi, alleanze, raccomandazioni, appalti truccati, aziende dopate dal mercato illegale*»³⁷.

Fra i soggetti imputati ricordiamo i boss Antonio Iovine, Michele Zagaria, Francesco Schiavone, Walter Schiavone, Raffaele Diana, i quali furono condannati all'ergastolo nei tre gradi di giudizio. Il processo è terminato il 15 gennaio 2010 con la sentenza della Cassazione, che ha «azzerato» i vertici dei casalesi: Francesco Schiavone, detto Sandokan, il capo indiscusso, il suo (ormai ex) braccio destro Francesco Bidognetti, soprannominato Cicciotto, e i due boss latitanti che avrebbero acquisito in questi anni il ruolo di reggenti dell'organizzazione, ovvero Antonio Iovine e Michele Zagaria³⁸.

³⁶Sportello Scuola e Università della Commissione Parlamentare Antimafia/Documentazione tematica/Mafie italiane/Camorra, in www.camera.it [23 marzo 2018]

³⁷LA VOLPE A., *Per non morire di mafia*, cit., p. 196.

³⁸*La Cassazione conferma la sentenza Sedici ergastoli contro i Casalesi*, *La Repubblica*, 15 gennaio 2010.

1.3.4. Le nuove mafie: associazioni per delinquere straniere

Inquadrare l'associazionismo mafioso come un fenomeno di matrice unicamente italiana, comporterebbe la negazione dell'esistenza di un vasto numero di sodalizi a carattere transnazionale che, negli anni, si è diffuso e radicato nelle terre madri e, di conseguenza, attraverso l'economia globalizzata, nel territorio italiano.

Se, da un lato, la globalizzazione ha rappresentato un'evoluzione dell'attività degli Stati, tale da garantire l'abolizione di barriere e la facilitazione degli spostamenti dei cittadini, delle merci e dei capitali, dall'altro, un mondo globalizzato comporta la necessità di pensare a misure di sicurezza ancor più forti ed efficaci perché i diversi Paesi si trovano a fronteggiare non più problematiche a livello territoriale, ma a livello mondiale.

Non vi è dubbio che una delle manifestazioni più tangibili e immediate dello sviluppo della modernità penalistica sia rappresentata proprio dalla globalizzazione della criminalità – e in particolare di quell'associativa terroristica e mafiosa – certamente agevolata dal processo di liberalizzazione delle frontiere politiche ed economiche³⁹.

Una serie di fattori concatenati hanno determinato il sorgere di queste associazioni *delocalizzate (o transnazionali)*, tra questi la liberalizzazione del commercio, la nascita di nuovi e più veloci collegamenti e mezzi di comunicazione, l'esistenza di una ricchezza su scala internazionale che ha comportato una crisi del principio di territorialità del sistema penale⁴⁰.

Si parla di «gruppo criminale organizzato» e, di conseguenza, nasce il nuovo concetto di «reato transnazionale» grazie alla l. 146/2006, con cui il legislatore italiano ha ratificato la Convenzione e i Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea Generale nel 2000 e 2001. La Convenzione afferma che: «"Gruppo criminale organizzato" indica un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da

³⁹BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., p. 129.

⁴⁰CENTOZE A., *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008.

tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale; [...] "Gruppo strutturato" indica un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata» (art. 2, lett. a) e c)).

Il successivo art. 3 chiarisce, poi, il significato di reato transnazionale, «*Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:*

- a) sia commesso in più di uno Stato;*
- b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;*
- c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;*
- d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato».*

La magistratura italiana aveva intuito da tempo l'esistenza di una globalizzazione delle attività criminali, capaci di evolversi e modificarsi alla luce dei nuovi sistemi e delle nuove frontiere dell'economia e del commercio.

Giovanni Falcone, nel corso di una conferenza al *Bundeskriminalamt* di Wiesbaden, aveva affermato «*Organizzazioni come le Triadi cinesi, la Yakuza giapponese, la mafia russa, sono tutte dotate, al pari della mafia, di loro strutture formali – gerarchicamente organizzate -, di grande flessibilità, intesa come capacità di convertirsi, in tempi straordinariamente brevi, a qualsiasi tipo di attività illecita. Queste organizzazioni godono di larghe disponibilità finanziarie, fanno ricorso alla violenza e tentano, in tutti i modi, di garantirsi il*

controllo della polizia e della magistratura, oltre che la connivenza del potere politico»⁴¹.

Il punto d'incontro della mafie straniere è stata la Germania e in particolare Berlino, all'indomani della caduta del Muro, «*per il garantismo della legislazione e per la mancanza di un'azione antiriciclaggio tedeschi*»⁴², come affermato allo stesso Buscetta, e perché erano presenti numerosi lavoratori appartenenti a diverse etnie: russi, cinesi, italiani, turchi.

Il settore nell'ambito del quale le diverse mafie avevano concentrato i loro interessi era quello della droga, laddove la mafia siciliana, già negli anni Ottanta, aveva stretto accordi con quella colombiana, al fine di scambiare eroina europea con cocaina colombiana; rapporti analoghi si sono instaurati con la mafia turca per la fornitura della morfina da parte della prima e la successiva raffinazione da parte della seconda.

Nei Paesi dell'est Europa, in particolare nell'ex Urss, si affermò l'esistenza di un vero e proprio accordo fra Cosa Nostra e gruppi criminali russi per la commercializzazione di componenti nucleari e il traffico internazionale di armi. In tempi più recenti le mafie russe (così chiamate perché racchiudono un insieme di gruppi appartenenti a culture ed etnie diverse) hanno aperto la loro attività al traffico di stupefacenti, soprattutto di ecstasy, eva, eroina e hashish⁴³.

Nel presente si suole parlare anche di un nuovo fenomeno, ovvero quello delle «*nuove mafie*»⁴⁴ caratterizzate sempre da un struttura verticistica o federalistica, sebbene la loro estensione si sia avuta soprattutto nelle regioni nelle quali dovrebbe essere minore la presenza della mafie tradizionali e che risultano essere restie ad alleanze, se non per specifici affari illeciti.

La maggior parte dei membri di queste organizzazioni, inoltre, sarebbero clandestini.

⁴¹LA VOLPE A., *Per non morire di mafia*, cit., pp. 205-206.

⁴²*Ibidem*, pp. 210-211.

⁴³*Ibidem*, p. 238-239.

⁴⁴*Ibidem*, p. 213.

L'ex Procuratore nazionale antimafia Pietro Grasso ha individuato alcuni elementi che distinguerebbero le organizzazioni mafiose tradizionali da quelle straniere, ossia:

- a) le mafie straniere non hanno un controllo assoluto del territorio e delle attività economiche che ivi si svolgono;
- b) le relazioni esterne volte all'infiltrazione nella pubblica amministrazione, nella politica, nell'economia e nella giustizia;
- c) un equilibrato e alternato uso dell'intimidazione, della protezione e della convenienza per l'acquisizione del consenso sociale ed elettorale, anche attraverso una distorta funzione regolatrice dell'ordine pubblico⁴⁵.

Possiamo così individuare le maggiori associazioni per delinquere di stampo mafioso straniere: la criminalità transnazionale cinese, nigeriana, albanese, russe, indiana.

I settori in cui la mafia cinese è presente in modo massiccio sono: la ristorazione, il settore tessile e di pelletteria, nonostante si possa riconoscere che l'attività illecita cinese si sia consolidata anche nel settore della contraffazione e dell'immigrazione clandestina.

A differenza dell'associazionismo cinese, la criminalità organizzata nigeriana concentrerebbe la propria attività nello sfruttamento della prostituzione e nel traffico di droga: per quanto attiene al primo fenomeno, la riduzione a schiavitù delle donne sarebbe conseguenza, non solo dello stato di soggezione cui le stesse sono sottoposte per essere aiutate a entrare clandestinamente in territori stranieri, ma anche di vere e proprie credenze religiose giacché tali organizzazioni affidano queste donne a delle *'madame'* che le sottopongono a dei riti woodoo (juju) per far sì che le stesse possano prostituirsi. Il traffico di droga rappresenta un altro settore attraverso il quale l'organizzazione criminale nigeriana accumula capitali e questo non perché sia produttore di droga, ma perché si pone come principale crocevia della droga in

⁴⁵LA VOLPE A., *Per non morire di mafia*, cit., p. 214.

Africa. Le investigazioni e il successivo smantellamento di alcune associazioni segrete, come *Black Axe*, *Eiye*, *Ascia nera* e *Uccelli* hanno dimostrato come la loro organizzazione sia molto vicina alla struttura verticistica siciliana, dove i membri, chiamati *Lords*, si sottopongono al potere di un capo e ad un vero e proprio rito di iniziazione.

È presente, inoltre, uno stretto legame fra mafia nigeriana e quelle colombiana e turca, considerate le più potenti per ciò che attiene alla produzione, esportazione e distribuzione della cocaina. La mafia colombiana ha subito una forte modifica a livello strutturale, in seguito all'uccisione di Pablo Escobar negli anni Novanta e, da struttura gerarchica, si è evoluta in un sistema di tipo orizzontale, composto di gruppi autonomi tra loro, ma controllate da organizzazioni terroristiche come *Farc* e *Auc*. I narcotrafficienti colombiani hanno costituito delle vere e proprie basi al di fuori della loro terra madre, come Spagna, Olanda, o la stessa Italia, stringendo veri e propri rapporti commerciali con la 'ndrangheta calabrese⁴⁶.

Diverso è il ruolo svolto dalla cosiddetta «*criminalità albanese*», definizione spesso utilizzata per forme delittuose che, invece, riguardano aggregazioni e soggetti criminali originari non soltanto dell'Albania ma di altri Stati vicini, quali il Kosovo, la Macedonia e il Montenegro⁴⁷.

Tali forme di associazionismo rilevano soprattutto per il loro ruolo mediatore nei rapporti con il mercato occidentale perché si occupano della gestione, smistamento e commercializzazione di merci illegali di varia natura (droga, minori, armi, donne). I gruppi familiari albanesi, di norma, sono formati da persone provenienti dalla stessa città, dallo stesso quartiere e, addirittura, dallo stesso nucleo familiare. Hanno una struttura generalmente orizzontale, all'interno della quale è riconoscibile soltanto il capo⁴⁸.

È difficile poter affermare se le nuove famiglie criminali possano essere contrastate e, altresì, combattute. La legislazione italiana ha introdotto nuove

⁴⁶LA VOLPE A., *Per non morire di mafia*, cit., pp. 219-222.

⁴⁷*Ibidem*, pp. 232-233.

⁴⁸*Ibidem*, p. 234.

normative idonee ad aggravare le pene esistenti nei confronti di questo tipo di reati, a garantire benefici e programmi di protezione a favore di chi collabora con la giustizia, a garantire un regime detentivo più duro e a confiscare i beni, il prezzo e il prodotto delle attività illecite.

1.4. Concorso esterno in associazione mafiosa

Il tema del concorso esterno in associazione mafiosa è stato da sempre dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza a causa della sua ambiguità.

Si è da subito sentita l'esigenza di garantire la punibilità di chi fosse membro dell'associazione, distinguendone il ruolo, mentre non ci si è occupati di definire la posizione di coloro che, pur non facendo parte del sodalizio criminoso, avessero comunque un ruolo rilevante ai fini dello svolgimento delle attività criminali e della sussistenza dell'associazione stessa. Tale posizione presenta sottili confini con la partecipazione al reato e il favoreggiamento.

Sebbene ci siano state tendenze volte a equiparare la figura del partecipante a quella del concorrente esterno (equiparazione fra *extraneus* e *intraneus*), è indiscutibile che non sia possibile sottoporli alla medesima pena, perché questo potrebbe confliggere con il principio di uguaglianza che si fa portatore di una verità incontestabile in quanto situazioni uguali vanno trattate in modo uguale, mentre situazioni diverse vanno trattate in modo differente.

Per poter qualificare il concorrente esterno, si è fatto riferimento al combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. L'art. 110, rubricato «*Pena per coloro che concorrono nel reato*» dispone che «*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti*» e conferma che, se lo si applicasse alla disciplina di cui all'art. 416 *bis*, si condannerebbe il concorrente esterno alla stessa pena del membro effettivo, così da determinare un ingiusto trattamento sanzionatorio per individui che assumono una rilevanza differente nell'attuazione delle attività illecite.

Estendere la portata applicativa di una norma a una fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, confliggerebbe con altri principi cardine del processo penale, vale a dire il principio di tipicità (definito, a contrario, divieto di analogia) e il principio di tassatività della norma penale, «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» ex art. 25 Cost. e 1 c.p.

Il diritto penale si fa portatore di alcuni valori che lo differenziano rispetto alle altre branche del diritto, tutelando una libertà fondamentale, quella personale (c.d. *habeas corpus*) e garantendo l'irrogazione della pena a coloro che siano considerati, al di là di ogni ragionevole dubbio, autori della condotta criminosa. Vi è la necessità che il giudice punisca solamente quelle fattispecie concrete che siano sussumibili nella norma astratta e, di conseguenza, solo quelle che la legge configura come reati, in attuazione del principio secondo il quale non è punibile una condotta se la stessa non è prevista dalla legge come reato.

In tempi recentissimi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza dell'ottobre 2016 (sentenza Ciancio) hanno negato la genesi pretoria della figura in esame, a favore di quella normativa (artt. 110 e 416 *bis* c.p.), evidenziando con forza non solo la piena configurabilità dell'istituto, ma anche il suo legame con il principio di legalità (e, conseguentemente, di tipicità penale) ex artt. 25, comma 2, Cost. e 1 c.p., sbarrando una volta per tutto il campo a chi intendeva intravedere nel combinato disposto *de quo* profili di illegittimità costituzionale e di violazione di principi cardine del sistema penale⁴⁹.

Il concorso esterno in associazione mafiosa fu per la prima volta ipotizzato dal compianto giudice Giovanni Falcone il quale, nel c.d. *terzo Maxiprocesso* di Palermo, si pose per primo "*il problema di ipotizzare il delitto di associazione mafiosa anche nei confronti di coloro che non sono uomini d'onore, sulla base delle regole disciplinanti il concorso di persone nel*

⁴⁹LO PRETE G. A., *Concorso esterno in associazione mafiosa e principio di tipicità penale*, in www.filodiritto.com [8 aprile 2018]

*reato*⁵⁰. Occorreva stabilire, quindi, chi fosse e che ruolo avesse chi operava nella «zona grigia» in cui si muovono professionisti, politici, funzionari pubblici, imprenditori privati e loro agenti, prestanome e serventi vari che, pur non partecipando all'associazione criminosa nelle forme richieste per integrare il tipo plurisoggettivo necessario, rendono tuttavia prestazioni e servizi utili all'attività del sodalizio o al perseguimento dei suoi scopi⁵¹. Il dibattito, oltretutto, si è concentrato sulla configurabilità del concorso esterno nelle ipotesi di reato plurisoggettivo, ossia quella fattispecie illecita che, per configurarsi, ha bisogno della presenza necessaria di più individui, come si ravvisa nell'art 416 *bis* per il quale, affinché sussista il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, è necessario che vi siano tre o più individui.

Sebbene non si possa negare l'istituto con riferimento ai reati monosoggettivi – per la cui configurabilità non si richiede l'intervento di più soggetti, discussa è la possibilità di prevedere un «concorso nel concorso».

La figura del concorso esterno, difatti, è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di cassazione, poiché, nonostante gli studi e le discussioni in ordine a questo tema, non è stata raggiunta, e secondo alcuni autori, non si raggiungerà mai, l'elaborazione di una disposizione *ad hoc* volta a disciplinare la fattispecie in modo specifico.

Di seguito saranno trattate alcune delle sentenze considerate fondamentali per il processo evolutivo giurisprudenziale e dottrinale in tema di concorso esterno che, tuttavia, non hanno chiarito i dubbi in concreto esistenti.

⁵⁰*Concorso esterno in associazione mafiosa. Che cos'è e perché è difficile provarlo*, di CAMPESE C. E PERROTTA L., pubblicato il 30 marzo 2012: "[...] Prima degli anni '80 la mafia non esiste, nemmeno nelle aule dei tribunali. E' il sangue, soprattutto dopo l'omicidio del prefetto di Palermo Carlo Alberto Dalla Chiesa, a portare i legislatori a inserire nel codice penale italiano l'articolo 416 bis: associazione a delinquere di stampo mafioso nei confronti di capi, promotori e associati. Ma non basta. Lo intuiscono presto i magistrati del pool antimafia di Palermo e lo sa bene Giovanni Falcone, davanti al silenzio del collaboratore di giustizia Tommaso Buscetta sulla cosiddetta zona grigia: politici e imprenditori soprattutto, più in generale qualunque professionista favorisca la criminalità organizzata pur non essendone associato. «C'è poi, signor giudice, un terzo livello. Ma di cui non parlerò e non intendo parlare. Altrimenti finiremmo entrambi in manicomio», spiega il pentito, in www.ctzen.it

⁵¹PADOVANI T., *Note sul c.d. concorso esterno*, in www.archiviopenale.it [15 aprile 2018]

1.4.1. Il concorso esterno nei codici penali ottocenteschi e le ipotesi tipizzate dal legislatore del 1930

La controversa figura del concorrente esterno è stata da sempre oggetto di attenzione critica, dottrinale e giurisprudenziale, sia da parte di studiosi italiani che di esperti stranieri, soprattutto grazie alle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia che hanno scoperchiato «il vaso di Pandora» e quindi mostrato l'esistenza di un mondo in precedenza sconosciuto. Con riferimento alla materia, esiste un'ampia bibliografia, dalla quale è possibile stabilire che l'emersione del concetto di concorrente esterno si ha nell'Ottocento, già in epoca napoleonica con i cosiddetti *malfaiteurs*.

Rilevanti erano gli artt. 99 e 268 del codice penale francese i quali, in ordine, affermavano: «*quelli che conoscendo lo scopo ed il carattere delle dette bande avranno loro somministrato, senza esservi costretti, alloggio, luogo di ritirata o di unione, saranno condannati alla pena dei lavori forzati a tempo*»⁵² e «*saranno punite con la reclusione 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*».

L'influenza del Code Pénal francese si sentì fortemente nel Regno di Sardegna e nel Regno delle due Sicilie, e, conseguentemente, sui codici Zanardelli e Rocco⁵³. Quest'ultimo prevede l'assistenza ai partecipi della

⁵²ALEO S., intervento, in CERAMI R. (a cura di), *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, Milano, 2011, pp. 15 ss., nonché, più ampiamente, già VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, (2003), pp. 1 ss. e, spec., pp. 11 ss..

⁵³*Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, cit., pag. 2: «[...] I codici penali preunitari, cioè a dire in particolare il codice sardo del 1839 nonché il codice del Regno delle due Sicilie del 1819, riproducono sul punto l'impalcatura del codice napoleonico. Ciò che, invece, più rileva sono le disposizioni del codice Zanardelli del 1889, anche perché diretto antecedente del codice Rocco, attualmente vigente: a questo proposito va, in primo luogo, citato l'art. 131, nell'ambito dei delitti contro lo Stato. Quest'ultima norma prevedeva il delitto di banda armata, rientrante, appunto, tra i delitti contro lo Stato. Il successivo art. 132, che è invece quello che più rileva ai nostri fini, prevedeva: "Chiunque, fuori dei casi previsti dall'art. 64, dà rifugio o assistenza o somministra vettovaglie alla banda menzionata nell'articolo precedente, o in qualsiasi modo ne favorisce le operazioni, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni". L'art. 249, assai simile al precedente, riguardava, però,

conspirazione o della banda armata (art. 307 c.p.): la condotta tipica di *assistenza* è rappresentata dal «dare rifugio» o «fornire vitto e ospitalità», però è stata ampliata dall'art. 1 comma 5 bis, del d. l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni nella l. 15 dicembre 2001, n. 438, che ha aggiunto al concetto di assistenza quello di fornire *mezzi di trasporto e strumenti di comunicazione*⁵⁴.

Oggi hanno una forte rilevanza, gli artt. 416 *ter* e 418 c.p. rubricati, rispettivamente, «scambio elettorale politico-mafioso» e «assistenza agli associati» considerati delle vere e proprie ipotesi di concorso esterno.

L'art. 416 *ter* punisce con una pena da sei a dodici anni chiunque prometta di procurare voti attraverso comportamenti di cui al 3 comma dell'art. 416 bis e chiunque accetti tale promessa, mentre l'art. 418 è l'esatto *pendant* dell'art. 307⁵⁵, sebbene non si riferisca alle bande armate. Attraverso questa norma vengono in rilievo una serie di figure apicali, i cosiddetti «colletti bianchi», ossia figure economicamente, politicamente e giuridicamente di spicco, come avvocati, magistrati, politici, notai, imprenditori.

Nell'ambito della categoria degli imprenditori si suole distinguere tra complicità *compiacente*, punibile per concorso esterno, e complicità *soggiacente* non punibile⁵⁶. Tuttavia, nonostante le disposizioni richiamate possano essere ritenute delle fattispecie tipiche di concorso esterno, perché «diritto vivente», in realtà non esiste alcuna norma che disciplini in modo specifico la fattispecie.

l'associazione per delinquere e recitava: "Chiunque, fuori dei casi preveduti nell'art. 64 (ove è contenuta la disciplina generale del concorso di persone nel reato – ndt) dà rifugio o assistenza, o somministra vettovaglie agli associati per delinquere o ad alcuno tra essi, è punito con la reclusione sino ad un anno". "Va esente da pena colui che somministri vitto o dia rifugio ad un prossimo congiunto"[...]», in www.archiviopenale.it [15 aprile 2018]

⁵⁴BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., p. 167.

⁵⁵*Ibidem*, p. 168.

⁵⁶*Ibidem*, p. 168.

1.4.2. I contrasti giurisprudenziali e la necessità di un riordino della disciplina: sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Demitry, 1994

«È configurabile il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano – sia pure mediante un solo intervento diretto – un contributo all’ente delittuoso tale da consentire all’associazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi»⁵⁷.

Attraverso questa pronuncia, la Corte di Cassazione ha, per la prima volta, dato una risposta a quelli che, da qualche tempo, risultavano essere dubbi in ordine alla configurabilità della fattispecie del concorso esterno. Infatti, a causa dei diversi orientamenti giurisprudenziali, in particolar modo l’esistenza di contrasti fra le stesse sezioni della Corte di cassazione, è stato difficile stabilire se, effettivamente, potesse configurarsi un tale reato, soprattutto nel silenzio della legge.

Un primo passo nella direzione di un riordino della disciplina fu la sentenza *Demitry*, dell’ottobre del 1994, nella quale gli Ermellini diedero per la prima volta una risposta chiara e diretta ritenendo configurabile il reato di concorso esterno in associazione mafiosa.

Il 17 giugno 1994 il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palermo emise un’ordinanza di applicazione della misura cautelare in carcere a carico di Giuseppe Demitry, segretario provinciale della Federazione Socialista di Napoli, il quale era stato accusato di svolgere un’attività d’intermediazione fra il giudice Vito Masi e il capo della camorra Pasquale Galasso per ottenere un «aggiustamento» del processo a carico del Galasso ed altri partecipanti al sodalizio criminoso. Avverso l’ordinanza fu proposto riesame in conformità a due motivi specifici:

⁵⁷Cass. pen., S. U., 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *Foro.it*, 1995, II, P.422 ss., con nota di INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: le ragioni di stato e gli inganno della dogmatica*, p. 423.

- violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto già era stata precedentemente applicata la misura degli arresti domiciliari sulla base del reato contestato di corruzione;
- inapplicabilità dell'art. 110 c.p. a quello di cui all'art. 416 *bis*;

Il Tribunale confermò la misura cautelare evidenziando come non vi fosse violazione del principio succitato perché la stessa era stata applicata a una fattispecie criminosa differente, contestata sulla base di nuovi elementi di prova e che l'art. 110 c.p. è una norma generale e come tale applicabile anche ai reati associativi.

Contro il provvedimento fu proposto ricorso per Cassazione, adducendo che non poteva configurarsi concorso esterno perché l'art. 416 *bis* richiedeva, come elemento soggettivo del reato, il dolo specifico, vale a dire la volontà e coscienza di partecipare al sodalizio criminoso ai fini dell'attuazione e del perseguimento del programma criminoso, elemento mancante nel concorso esterno, per il quale poteva essere contestato il solo dolo generico, ossia la mera volontà di commettere un determinato illecito.

L'art. 110 c.p., a proposito, afferma che «*Quando due o più persone concorrono nel medesimo reato..*» - il che sottintende l'esigenza di un'uguaglianza nell'elemento oggettivo e soggettivo del reato affinché possa essere configurato il concorso - «*...ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita..*» determinando una vera e propria equiparazione fra partecipe e concorrente al reato.

La dottrina maggioritaria, alla luce del dato testuale emergente dall'art. 416 c.p., ha sempre ritenuto che a qualificare una determinata condotta come «partecipativa interna e necessaria», distinta da quella «concorrente esterna ed eventuale», contribuissero due elementi qualificanti: il primo, oggettivo, individuabile nel requisito della permanenza nella *illicita societas*, ossia nello stabile inquadramento del soggetto agente nell'organizzazione criminale, circostanza desumibile da indici fattuali esteriori e oggettivamente accertabili; il secondo, meno agevole a verificarsi, ravvisabile nell'elemento psichico che

sorregge la condotta del soggetto partecipe, dato dalla commistione di due elementi soggettivi coessenziali, ossia il dolo generico di aderire al programma tracciato dall'associazione e il dolo specifico di contribuire, fattivamente, a realizzarlo⁵⁸.

Con riferimento a questi due elementi, nacquero diversi filoni giurisprudenziali che si fronteggiarono a lungo sul tema. Riempire quel *vulnus* esistente fra partecipe all'associazione e favoreggiatore, avrebbe comportato un completamento del sistema, tale da consentire l'applicazione di diverse pene, in ragione del differente grado d'integrazione nell'ambito del sodalizio criminoso.

I fautori della *tesi negazionista*, poggiavano le loro asserzioni sui seguenti punti:

- incompatibilità dell'elemento psicologico richiesto dall'art. 416 *bis* c.p. con quello riconosciuto nell'ambito del concorso esterno. Infatti, per essere considerato affiliato del sodalizio criminoso, l'elemento psicologico che deve necessariamente sussistere è quello del *dolo specifico* e ciò sarebbe ostativo per una partecipazione esterna, essendo essenziale la volontà e la coscienza dell'illecito. Al contrario, si rientrerebbe nel campo del delitto di favoreggiamento, per cui non sarebbe in alcun modo possibile affermare l'esistenza di questo *tertium genus*.
- Per quanto attiene all'elemento oggettivo del reato, occorre negare la configurabilità del concorso esterno sulla scorta del rilievo della sovrapposibilità (da un punto di vista qualitativo e finanche quantitativo) del suo apporto con l'ausilio offerto dall'accollito⁵⁹.

⁵⁸Di CAMILLO F., *Concorso esterno nel reato associativo: la giurisprudenza di legittimità*, in www.altalex.it [27 marzo 2018]

⁵⁹In tal senso si segnalano: CONTENTO G., *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, dattiloscritto, contributo alla Ricerca C.N.P.D. e C.N.R., su *La Riforma della parte generale del Codice penale*, 1983; INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1986, pp. 148 ss.; MANNA, cit., pp. 1189 ss.

In sintesi, la teoria negazionista, facendo perno sull'esistenza di questi fattori ostativi, affermava l'inesistenza del concorso esterno poiché l'individuo che avesse agito in modo casualmente rilevante nella consorteria mafiosa, sarebbe stato sovrapposto alla figura del partecipe, così negando l'esistenza del concorrente. Ma non solo questo: volendo fondare queste tesi sul tenore letterale della norma contemplata dall'art. 416 *bis* c.p., si è sostenuto che la locuzione «fa parte» sarebbe eloquente del dato che la condotta penalmente rilevante, ai sensi della predetta disposizione, è unicamente quella partecipativa.

Partendo da questo elemento definitorio, le altre condotte che in qualche modo s'innestino nell'operato dell'organizzazione, sarebbero eventualmente riconducibili a differenti previsioni normative quali: il favoreggiamento aggravato; assistenza agli associati; l'aggravante di cui all'art. 7 della legge n. 203/1991, varie forme di istigazione⁶⁰.

Diversamente, i fautori della tesi possibilista ritenevano che «*la situazione di chi entra a far parte di un'organizzazione condividendone vita e obiettivi, e quella di chi pur non entrando a farne parte apporta dall'esterno un contributo rilevante alla sua conservazione e al suo rafforzamento sono chiaramente distinguibili*»⁶¹:

- Con riferimento all'elemento soggettivo del reato, contrariamente a chi negava alla radice l'esistenza del concorso esterno, è stata ammessa la cooperazione di un individuo che possa essere mosso da dolo generico, purché il concorrente esterno sia consapevole ed abbia come obiettivo quello di far perseguire il suo scopo ultimo all'associazione. Inoltre, il partecipe avrebbe un *quid pluris* caratterizzato dall'*affectio societatis*, dal riconoscimento degli altri membri del clan, nonché l'accesso al gruppo attraverso veri e propri riti (*punciuta*: «la persona che deve essere iniziata viene condotta in una stanza alla presenza di tutti i componenti della

⁶⁰IANNI V., *Il concorso esterno in associazione mafiosa: un alone chiaroscurale delle discipline penalistiche*, in www.diritto.it [27 marzo 2018]

⁶¹Cass. pen., S.U., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit.

famiglia locale in riunione. Uno dei momenti chiave, da cui la cerimonia prende il nome, è la puntura dell'indice della mano che l'iniziato utilizza per sparare con una spina di arancio amaro o, a seconda del clan mafioso, con un'apposita spilla d'oro. Il sangue fuoriuscito viene usato per imbrattare un'immaginetta sacra a cui in seguito viene dato fuoco mentre il nuovo affiliato la tiene tra le mani e pronuncia un giuramento solenne: "*giuro di essere fedele a cosa nostra. Se dovessi tradire le mie carni devono bruciare come brucia questa immagine*"»⁶².

- Un ulteriore tratto di differenziazione è la qualifica del tipo di reato: la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. è un reato di pericolo, ossia la punibilità dei partecipi è ammessa indipendentemente da una condotta illecita, in base alla mera messa in pericolo del bene giuridico tutelato dall'ordinamento. Il concorso esterno, al contrario, si configurerebbe solo nell'ipotesi in cui vi fosse un'azione positiva da parte del soggetto agente, non potendo punire la mera potenzialità dell'azione.

Le diverse sezioni della Corte di cassazione non erano state in grado di trovare un punto comune e furono costrette a rimettere la causa alle Sezioni Unite: il contrasto si era concentrato sulla configurabilità del concorso esterno nelle ipotesi di concorso *materiale* – laddove per «concorso materiale» debba intendersi la situazione nella quale il correo interviene personalmente nel compimento degli atti illeciti mentre non c'erano dubbi in ordine alla configurabilità del concorso *morale*.

È in questa sede che la Suprema Corte, alla luce delle precedenti pronunce, stabiliva il suo orientamento, tracciando per la prima volta una distinzione fra partecipe al sodalizio criminoso e concorrente *necessario*, e colui il quale, pur non facendo parte dell'associazione, pone in essere tutte quelle attività idonee alla sopravvivenza e al proseguimento dell'attività criminosa, concorrente *eventuale*. Inoltre, in sede di pronuncia, è stata elaborata *la teoria della fibrillazione*, in ragione della quale potrebbe configurarsi concorso esterno

⁶²LA VOLPE A., *Per non morire di Mafia*, cit., p. 132.

solamente nell'ipotesi in cui il concorrente intervenga nella fase patologica dell'associazione, vale a dire nel momento in cui la stessa potrebbe rischiare di venire meno⁶³.

Sebbene la Corte abbia voluto distinguere l'apporto del concorrente in base al momento fisiologico e patologico dell'attività criminale, in realtà, numerosi teorici del diritto hanno criticato tale costruzione, ritenendola da un lato infondata e dall'altra macchinosa. Da ricordare è Fiandaca, che non ammette la presenza «intermittente» della collaborazione, circoscritta alla fase patologica, e questo perché una caratteristica peculiare dell'associazione mafiosa è quella di inserirsi in modo silenzioso e influente nel tessuto economico-sociale, così da determinare una relazione stabile con tutti quei settori esterni rispetto alla consorceria delinquenziale, per cui, non si vede come si possa affermare la sussistenza del concorrente nella sola fase «di bisogno» del gruppo criminale⁶⁴.

Ugualmente si è voluta negare l'esistenza del concorso esterno, e l'infondatezza della *fibrillazione*, sulla base di una interpretazione letterale del combinato disposto degli artt. 416 *bis* e 110 c.p., poiché le norme nulla dispongono sulla distinzione fra la fase patologica e fisiologica: difatti, non la si potrebbe ricavare neanche «...*con la più anarchica delle interpretazioni*»⁶⁵.

Un altro punto della sentenza, considerato particolarmente debole, è quello che si riferisce all'accertamento probatorio dell'elemento soggettivo del reato, in quanto, i criteri di riferimento elaborati dagli Ermellini, durante la

⁶³ «[...]Il concorrente eventuale è, invece, per definizione, colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a «far parte», ma, al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto – e il caso, come quello di specie, dell'«aggiustamento» di un processo risponde a questa logica – nel momento in cui la «fisiologia» dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno. Certo, anche in questo caso potrebbe risultare che l'associazione ha assegnato ad un associato il ruolo di aiutarla a superare i momenti patologici della sua vita. [...]

⁶⁴FIANDACA G., *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 693.

⁶⁵IACOVELLO F.M., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2081.

stesura della sentenza, erano di difficile applicazione e quindi non idonei ad avere un'efficacia probatoria piena⁶⁶.

La sentenza *Demitry* ha sancito l'entrata nel nostro ordinamento del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, malgrado non abbia posto fine alle controversie giurisprudenziali fino allora esistenti.

1.4.3. Le sentenze della Corte di Cassazione a Sezione Unite Mannino 1, del 1995 e Mannino 2, del 2005

Pensare che la sentenza *Demitry* abbia messo fine alle diatribe esistenti riguardo alla configurabilità del reato in esame è una mera utopia, perché, nonostante la Corte abbia espresso un orientamento unitario in senso positivo, al suo interno i contrasti continuavano ad esserci.

Una nuova occasione per pronunciarsi sulla questione fu data dalla sentenza Mannino del 1995, chiamata *Mannino 1* perché, nel 2005, si assistette ad una nuova pronuncia della Corte, la *Mannino 2*.

Nel nuovo processo, la Corte di cassazione ha condannato un esponente politico, Calogero Mannino «*per avere - avvalendosi del potere personale e delle relazioni derivanti dalla sua qualità di esponente di rilievo della Democrazia Cristiana siciliana, di esponente principale di una importante corrente del partito in Sicilia, di segretario regionale del partito nonché di membro del consiglio nazionale dello stesso - contribuito sistematicamente e consapevolmente alle attività e al raggiungimento degli scopi criminali di Cosa nostra, mediante la strumentalizzazione della propria attività politica, nonché delle attività politiche ed amministrative di esponenti della stessa area, collocati in centri di potere istituzionale (amministratori comunali, provinciali e regionali) e subistituzionali (enti pubblici e privati) onde agevolare la attribuzione di appalti, concessioni, licenze, finanziamenti, posti di lavoro ed altre utilità in*

⁶⁶Su tali temi si rinvia a INSOLERA, G., *Il concorso esterno in delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 426; ADAMI V., *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e in particolare nei reati associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2299.

favore di membri di organizzazioni criminali di stampo mafioso. Con le aggravanti costituite dall'essere Cosa nostra un'associazione armata volta a commettere delitti, nonché ad assumere e mantenere il controllo di attività economiche mediante risorse finanziarie di provenienza delittuosa. In territorio di Agrigento, Trapani, Palermo e altrove, fino al 28/9/1982 (art. 110 e 416 cod. pen.) e poi fino al marzo 1994 (art. 110 e 416-bis c.p.)»⁶⁷.

In occasione della sentenza *Mannino*, la Corte si è soffermata su un aspetto precedentemente esaminato nella sentenza *Demitry*, ossia l'elemento psicologico del reato in esame.

In questa sede, la Suprema Corte ha confermato il suo orientamento, ritenendo che uno dei tratti distintivi del compartecipe rispetto all'affiliato, si debba ravvisare proprio nella sussistenza di un diverso elemento psicologico: mentre l'attività criminale del partecipe è caratterizzata dalla coscienza e volontà del compimento dell'atto criminoso e nel perseguimento di uno specifico vantaggio (dolo *specifico*), in genere di natura economica, quella del concorrente mira a dare il proprio contributo per il conseguimento degli scopi dell'associazione. Gli Ermellini hanno fatto un passo in più ritenendo configurabile anche l'elemento soggettivo del dolo *eventuale*, concetto particolarmente ambiguo, sulla cui esistenza non si ha unanimità di consensi: il dolo eventuale si configura allorché il soggetto agente, non solo abbia la volontà e coscienza della condotta posta in essere, ma accetti anche il rischio di eventi ulteriori e più gravi derivanti dalla stessa.

Questa ricostruzione fu fortemente criticata dalla successiva sentenza *Carnevale* ⁶⁸, dove vennero messe in discussione diverse posizioni precedentemente opiniate, per cui fu superata la *teoria della fibrillazione*, già debole nelle sue giustificazioni di fondo, e del dolo eventuale, ma continuava a porsi il problema della distinzione tra dolo *generico* e *specifico* perché la stessa sentenza affermava che «*Il concorrente esterno nel reato di associazione è tale*

⁶⁷Cass. pen., S. U., 27 settembre 1995, *Mannino*, 1995.

⁶⁸Cass. pen., S. U., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro.it.*, 2003, II, p. 453 ss., con osservazioni FIANDACA G. e DI CHIARA G.

quando, pur essendo estraneo all'associazione, della quale non intende far parte, apporti un contributo che "sa" e che "vuole" sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso», determinando una sorta di sovrapposizione dei due tipi di dolo tale da determinare una difficoltà nell'accertamento probatorio.

Alla luce di nuovi contrasti giurisprudenziali, la pronuncia che ha cercato di attribuire una ricostruzione più solida e soddisfacente del reato in oggetto è stata la seconda sentenza *Mannino*, del 2005.

Quest'ultima ha elaborato una distinzione fra concorrente e partecipe al sodalizio criminoso con riferimento ad entrambi gli elementi costitutivi della fattispecie illecita. Per quanto riguarda la condotta, il concorrente esterno è colui il quale, attraverso la propria attività, determina la «conservazione» o il «rafforzamento» dell'associazione, situazioni da valutare *ex post*: in altre parole la condotta deve aver «*inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale, essendone derivati concreti vantaggi o utilità per la stessa o per le sue articolazioni settoriali*». L'accertamento deve svilupparsi «*sulla base di massime di esperienza di empirica plausibilità*». Al contrario, il partecipe al sodalizio criminoso è chi ha un rapporto stabile e duraturo fondato sull' *affectio societatis*.

Diversamente, sul dato del movente che spinge il soggetto ad agire, la sentenza in esame non si è di molto discostata dalle soluzioni prospettate dalla sentenza *Carnevale*, fermo restando che non ci sono stati dubbi rispetto all'esclusione della figura del dolo eventuale.

La portata innovativa di questa pronuncia non si deve tanto alla ridefinizione della figura del concorrente, che rappresenta comunque un traguardo non indifferente, bensì alla ricostruzione di una fattispecie particolarmente garantista, che tenda a punire il concorrente alla luce dell'accertamento del rapporto di causalità esistente fra condotta ed evento, laddove continua comunque a riscontrarsi una difficoltà nella individuazione di

una legge di copertura idonea a dimostrare che ad una determinata condotta corrisponda un certo evento⁶⁹.

Dal 2005 in poi ci sono state nuove pronunce giurisprudenziali che, contingentemente o più approfonditamente, si sono occupate della questione, e, un nuovo punto di approdo, si è avuto inizialmente, con la sentenza *dell'Utri* del 2012, e successivamente con la nota sentenza *Contrada* che ha segnato l'intervento della Corte EDU sul tema.

Con il caso *Dell'Utri*, la Suprema Corte ha nuovamente affermato che assume le vesti di «concorrente esterno» il soggetto che «*non inserito stabilmente nell'organigramma dell'associazione e privo dell'affectio societatis, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo che espliciti un'effettiva rilevanza causale e, quindi, si configuri come condizione necessaria per la conservazione e il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o, quantomeno, di un suo particolare settore, ramo di attività o articolazione territoriale e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso*»⁷⁰.

1.4.4. La sentenza *Contrada* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2015: la presunta violazione dell'art. 7 CEDU

Un'ultima ed importante analisi di tale delicata tematica si deve alla sentenza *Contrada* della Corte EDU che, come precedentemente affermato, ha determinato un nuovo scenario sulla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, nonché messo in discussione la legittimità dello stesso, nei termini di seguito esposti.

Bruno Contrada è un ex funzionario di polizia italiana, la cui condanna destò non poche perplessità. Fu inizialmente assolto dal reato di concorso esterno in associazione mafiosa, per estraneità al fatto; dopodiché condannato,

⁶⁹BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., p. 175.

⁷⁰*Concorso esterno: le motivazioni della sentenza dell'Utri*, Redazione Giurisprudenza Penale, in www.giurisprudenzapenale.com [4 aprile 2018]

nel 2006, in via definitiva per concorso esterno in associazione mafiosa. Nel 2012 fu infine richiesta la revisione del processo, che però fu respinta.

Il 2015 ha rappresentato un momento cruciale per la giustizia italiana, poiché la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*. La norma, rubricata «*Nessuna pena senza legge*», cita testualmente:

«1. Nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, era un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

Con l'adesione all'Unione Europea, l'ordinamento interno italiano ha ceduto parte della propria sovranità alla comunità e, per tali motivi, i poteri interni non solo sono obbligati al rispetto dei principi costituzionalmente garantiti, ma anche a quello delle disposizioni europee.

In attuazione di questa disposizione, la Corte EDU ha stabilito, nella nota sentenza del 14 aprile 2015, la violazione di alcuni principi, sanciti sia a livello interno che internazionale. È necessario un richiamo alle norme della Costituzione e del codice penale per poter capire la censura approntata dalla Corte:

- art. 25 Cost. comma 2, sancisce il principio per il quale «*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*».
- art. 11 disp. prel. cc: «*la legge non dispone che per l'avvenire*». Viene qui enunciato un principio generale dell'ordinamento, secondo il quale l'efficacia della legge di regola non può essere retroattiva.

- art. 2 c.p. dispone che «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

Il combinato disposto delle norme su enunciate sancisce un principio cardine del diritto penale, il *principio di irretroattività*, a sua volta corollario del *principio di legalità*.

Il principio di legalità affonda le sue radici in epoca remota. Già teorizzato da Jean-Jacques Rousseau e Cesare Beccaria, per poi essere tradotto, in termini giuridici, da Feuerbach, il quale coniò il brocardo latino «*nulla poena sine lege*», raccordando la ratio del principio di legalità alla funzione della pena.

In particolare, secondo l'autore tedesco, posto che la funzione della pena s'identifica con la prevenzione generale, affinché la sua minaccia funzioni, occorre che i cittadini conoscano preventivamente quali sono i fatti la cui realizzazione comporta l'inflizione della sanzione⁷¹.

Bruno Contrada si era rivolto alla Corte di Strasburgo poiché «*il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso è il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza italiana posteriore all'epoca in cui lui avrebbe commesso i fatti per cui è stato condannato*»⁷².

Il problema che si è posto dinanzi alla Corte EDU è stato quello di stabilire se l'Italia avesse garantito all'imputato il rispetto di principi e diritti processuali, cosa che quest'ultima nega per due ordini di motivi:

- a) in prima battuta, La Corte ha affermato la violazione del principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», detto altrimenti principio di irretroattività, in quanto vieta ai giudici di punire coloro i quali

⁷¹RINALDI F. V., *I principio di legalità e l'articolo 7 della CEDU.*, in www.filodiritto.com [16 agosto 2018]

⁷²Bruno Contrada: *la sentenza della Corte EDU sul concorso esterno in associazione mafiosa*, Redazione Giurisprudenza Penale, in www.giurisprudenzapenale.com [25 marzo 2018]

hanno posto in essere un comportamento che, all'epoca della commissione del fatto, non era considerato come reato. Nel caso concreto, infatti, i fatti contestati al Contrada, risalgono circa alla fine degli anni settanta, molto prima rispetto a quando la giurisprudenza ha messo in evidenza un quadro più saldo e univoco del concorso esterno in associazione mafiosa, attraverso la sentenza *Demitry*, datata 1994. La Corte, difatti, non discute la natura giurisprudenziale del reato, abbracciando teorie proprie dei sistemi di *Common Law* ed equiparando le norme di origine legislativa a quelle di origine giurisprudenziale⁷³.

- b) Non esistendo alcuna norma che disciplinasse la fattispecie, neanche poteva opporsi all'imputato la «prevedibilità» della violazione di una norma penale, ossia il potere dell'individuo di prevedere quali sarebbero state le conseguenze della sua condotta e questo sempre a causa dell'assenza di un maggioritario orientamento giurisprudenziale che potesse, almeno in parte, colmare non solo le lacune normative allora (e tutt'oggi) esistenti, ma per garantire, in senso lato, una situazione di «certezza del diritto».

La Corte di Strasburgo ha così accolto le doglianze del Contrada, ritenendo violato l'art. 7 perché l'accusa di concorso esterno «*non era sufficientemente chiara e prevedibile per Contrada ai tempi in cui si sono svolti*

⁷³È stato più volte rilevato, da autorevoli studiosi, come l'evoluzione del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* abbia assunto, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo dell'art. 7 CEDU, una portata sostanzialmente diversa da quella rivestita dallo stesso a livello interno. In particolare, in una prospettiva di sgretolamento della contrapposizione tra ordinamenti di civil e di common law, il concetto di «legge» abbracciato dalla giurisprudenza della Corte EDU supera le barriere formali e determina una sostanziale equiparazione alla fonte legale di quella giurisprudenziale. In questo senso, anche il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo, se imprevedibile, deve sottostare al principio di irretroattività. Sul punto, cfr. diffusamente V. MANES, *Commento all'art. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 258 ss.; F. MATCHER, *Il concetto di legge secondo la Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di GUIDO GERIN*, Padova, 1996, 265 ss.; Cfr. altresì Corte Eur. Dir. Uomo, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito.

gli eventi in questione» e ha condannato l'Italia a indennizzare il ricorrente mediante un ristoro economico.

La decisione della Corte EDU ha dunque determinato l'accoglimento del ricorso del Contrada alla Corte di cassazione, avverso il provvedimento con cui la Corte d'appello di Palermo aveva dichiarato inammissibile il ricorso con cui si chiedeva la revoca della sentenza di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa; nel 2017, ha annullato la sentenza di condanna perché *«ineseguibile e improduttiva di effetti penali»*⁷⁴ in applicazione del comma 1 dell'art. 46 della CEDU secondo cui: *«Le altre parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti»*.

Tale vincolatività è stata sancita in modo chiaro e univoco anche dalla Corte costituzionale con le famose sentenze *gemelle*⁷⁵ con le quali la Consulta non si limitò a rimarcare solamente la vincolatività delle disposizioni, ma anche quella dell'interpretazione che di esse la stessa faccia.

Le conseguenze di tal pronuncia non sono di poco conto, perché è la prima volta nella storia che la sentenza di una Corte Europea incide direttamente sull'annullamento di una sentenza passata in giudicato, contrariamente a quanto accade ogni qualvolta la Corte si pronuncia riguardo alla violazione di una norma, per la quale si prevede la necessità che sia l'organo competente a provvedere ad una riapertura del processo sulla base della condanna avvenuta.

I giudici hanno iniziato ad avere un approccio totalmente differente rispetto al reato oggetto di discussione. Il Tribunale di Catania, con sentenza 12 febbraio 2016 n° 1077, ha disposto il non doversi procedere per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa⁷⁶.

⁷⁴VIGANÒ F., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in www.penalecontemporaneo [15 marzo 2018]

⁷⁵C. Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

⁷⁶MARINO, G., *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

Infatti, ha fondato la propria decisione sull'assunto che, essendo l'Italia un paese di *Civil Law*, seppur si possa riconoscere una certa importanza ed influenza alle pronunce giurisprudenziali, è innegabile che non ci si trovi al cospetto di una fonte di diritto in senso formale. Questo fa sì che, avendo la Corte riconosciuto la genesi giurisprudenziale del reato in questione, è impossibile riconoscerne l'esistenza in Italia, perché ciò contrasterebbe con il principio di legalità, secondo il quale le ipotesi di reato devono essere tassativamente previste dalla legge.

L'adozione di questa decisione da parte della Corte di Strasburgo avrebbe determinato l'impossibilità del Tribunale di pronunciarsi in senso favorevole alla prosecuzione del processo, non esistendo nel nostro ordinamento alcuna norma che faccia espresso riferimento al concorso esterno in associazione mafiosa.

In dottrina e in giurisprudenza plurime sono state le voci critiche: la prima è concorde nel ritenere errata l'affermazione della Corte secondo la quale il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe un «*infraction d'origine jurisprudentielle*»⁷⁷, laddove, sebbene la Corte abbia abbracciato maggiormente una visione di *Common Law*, considerando l'attività creatrice dei giudici come vera e propria fonte di diritto, l'ordinamento nazionale non si è conformato a questa idea di vincolatività dello *stare decisis*.

Ci sarebbe stata, in questo senso, una mancata attenzione della Corte EDU alla pronuncia della Corte di cassazione alla luce degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. che estendono la punibilità anche al concorrente esterno⁷⁸ e, in secondo luogo, contrariamente a quanto affermato dai giudici di Strasburgo, una decisione in senso positivo da parte degli Ermellini, vi era stata negli anni

⁷⁷MARINO. G *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

⁷⁸Cass. pen., 27 ottobre 1968, MUTHER, in *Arch. pen.*, 1970, 8 ss., relativamente al concorso esterno nel reato di cospirazione politica mediante associazione; Cass. pen., 25 ottobre 1983, Arancio, in *Foro.it.*, Rep. 1984, voce Concorso di persone nel reato, n. 30, in materia di banda armata. Si pensi inoltre che il problema dell'astratta configurabilità del concorso eventuale in un reato a concorso necessario era stato affrontato già nel 1875, con due sentenza della Corte di Cassazione di Palermo, sulle quali cfr. *Ind. Pen.*, 2000, 425 ss.

Sessanta, quindi anteriormente alla commissione del fatto da parte del Contrada, con conseguente rispetto del principio di irretroattività sancito sia a livello interno che comunitario⁷⁹.

Così la Corte distingue due ipotesi che potrebbero prospettarsi:

- Il reato commesso prima della sentenza *Demistry* del 1994 per il quale non è ammessa condanna, in quanto né la legge né la giurisprudenza avevano delineato un quadro chiaro e preciso del concorso esterno;
- Quello commesso successivamente a tale sentenza, per il quale i giudici di Strasburgo ammettono la condanna, avendo la Suprema Corte, nella sentenza *de qua*, chiarito in modo abbastanza preciso la portata e le conseguenze del reato.

Nonostante ciò, la Corte ha però chiarito come non si possa applicare il *principio di retroattività della norma penale* sancito dal comma 4 dell'art. 2 c.p. e che tale figura rappresenti, in realtà, un'eccezione alla regola generale prevista dall'art 11 disp. prel. per cui «*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*».

Questa è una rappresentazione ancora più forte della garanzia che la sentenza in esame ha determinato perché, qualora un giudice punisca un individuo per concorso esterno relativamente a fatti avvenuti antecedentemente alla sentenza del 1994, quest'ultimo avrà la facoltà di impugnare il provvedimento ed ottenere un risarcimento per violazione del principio di retroattività della norma penale.

Come possiamo notare, la Corte EDU non ha mosso alcuna critica alla «*costruzione giurisprudenziale*» del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto compatibile con il concetto di «*legge*» dalla stessa accolto, proprio dei sistemi di Common Law.

Una pronuncia del genere comporta una vera e propria messa in discussione dei principi cardine del processo penale, laddove per principio di

⁷⁹Cass. pen., sez. II, 4 agosto 2015, n. 34147, cit.

legalità non debba più intendersi la necessità che il reato venga tassativamente e tipicamente previsto dalla legge, ma che vi siano garanzie legali volte a tutelare l'imputato qualora lo stesso non sia in grado di prevedere le conseguenze della propria condotta.

In tal modo si accetta un'idea di *diritto* molto più estesa, dove la giurisprudenza non è relegata a mero interprete e garante del rispetto della legge, ma svolge un ulteriore ruolo attivo, creando, attraverso le proprie pronunce, dei principi applicabili anche in successivi processi.

La decisione della Corte di Strasburgo è considerata una sorta di *leading case*⁸⁰ che probabilmente vincherà la stessa nei successivi processi, determinando, altresì, un'estensione di quei principi che risultavano essere cristallizzati e ormai pacificamente accolti.

⁸⁰ GIORDANO S. E., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Arch. pen.*, 2015.