

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL DELITTO DI CUI ALL'ART. 416-BIS C.P. (*)

Relatore:

prof. Sergio SEMINARA

ordinario di diritto penale nell'Università di Pavia

Lo *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale* volutamente non prevede "talune importanti incriminazioni (tra le quali quelle relative ai fatti di mafia, alle armi, al commercio e uso di stupefacenti) perché le tecniche della lotta contro gli illeciti in questione (e, talvolta, i fenomeni stessi) sono troppo legate alla contingenza dei tempi, per potere essere stabilmente formalizzate in un codice" (vd. *Documenti Giustizia*, 1992, n. 3, 360). Questa valutazione sulla contingenza – ovviamente intesa in contrapposizione alla stabilità che dovrebbe caratterizzare il contenuto di un testo codicistico dell'art. 416-bis c.p. sembra trovare fondamento sia nella sua recente emersione in seno al nostro ordinamento giuridico, sia nell'incertezza attualmente riscontrabile nella sua interpretazione e nella diffusa tendenza verso una sua dilatazione applicativa. Di più, ad avvalorare ulteriormente tale atteggiamento, interviene la notazione che la disposizione in esame risulta una peculiarità esclusiva della realtà normativa italiana, priva di riscontri nel panorama penalistico europeo.

Vero è pure, tuttavia, che il giudizio in oggetto si presta ad essere ribaltato, nel senso che l'art. 416-bis c.p. è entrato nel nostro codice penale a seguito di un lento processo di maturazione (collettiva e) giuridica e che i fatti ivi sanzionati non riguardano purtroppo un fenomeno criminale transitorio; onde può dubitarsi dell'opportunità, proprio per l'alto significato morale che si lega al testo codicistico, che la repressione di tale fenomeno sia relegata all'interno di una legge speciale. Al contempo, occorre però riconoscere che le prospettive future del vigente reato di associazione di tipo mafioso sono strettamente condizionate dalla sua capacità di conseguire un preciso ambito operativo. E a questo proposito la questione si rivela particolarmente complessa.

L'incertezza oggi caratterizzante l'interpretazione dell'art. 416-bis c.p. deriva dalla tendenza a cogliere nella sua formulazione una "seppure implicita apertura verso una più lata nozione di criminalità organizzata", rivelatrice dell'intento di "colpire forme di criminalità politico-affaristico-economiche a prescindere dalla collocazione geografica e dalle matrici culturali" (così, da ult., INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 31). Alla base di questa tendenza possono ravvisarsi tre diverse ragioni, rispettivamente di ordine sanzionatorio, preventivo e processuale.

Ora, per quanto riguarda le motivazioni di tipo sanzionatorio, l'indagine che ci apprestiamo a compiere dimostrerà il loro scarso fondamento sotto un duplice profilo: da un lato, per il fatto che la norma in esame rivela un tendenziale radicamento su una specifica realtà delinquenziale connotata da determinate modalità operative, la cui rilevanza in termini di elementi costitutivi rappresenta il baricentro della fattispecie e non può dunque essere alterata se non al prezzo di uno svuotamento della norma stessa sul piano della determinatezza e della materialità, dall'altro lato, perché in ogni caso l'art. 416-bis c.p. si limita a ritagliare una specifica area applicativa all'interno della fattispecie di associazione per delinquere (art. 416 c.p.), la quale è già in grado di apprestare un'efficace risposta punitiva.

In riferimento alle motivazioni di tipo preventivo, è oggi avvertita a livello internazionale – e non può dunque costituire oggetto di contestazione l'esigenza di privare non solo le associazioni mafiose, ma in generale tutte le organizzazioni criminali dei loro illeciti profitti, anche al fine di evitare una loro immissione nei circuiti economici. Ma se realmente su questo obiettivo si basa la tendenza verso la dilatazione interpretativa dell'art. 416-bis c.p., come presupposto per

l'applicabilità delle relative misure patrimoniali, deve sottolinearsi come la Corte europea dei diritti dell'uomo, con decisione resa il 22 febbraio 1994, abbia affermato la proporzionalità delle misure preventive patrimoniali previste dalla l. n. 575 del 1965 alla luce del "pericolosissimo potere economico di una organizzazione come la mafia", così individuando un presupposto insuscettibile di estensione ad altre forme di criminalità (analogamente si era pronunciata la Commissione istituita presso la medesima Corte con decisione resa il 15 aprile 1991). In ogni caso (e senza indugiare sugli insuperabili problemi di compatibilità con le decisioni ora citate), deve notarsi che il legislatore italiano ha da tempo sganciato le misure in oggetto dal requisito dell'appartenenza indiziaria ad associazioni mafiose, dapprima con l'art. 14, l. 19 marzo 1990, n. 55 e poi con l'art. 12-*sexies*, l. 7 agosto 1992, n. 356, così da rendere non più necessaria – sotto questo profilo – una forzatura dell'art. 416-*bis* c.p..

Per quanto infine concerne le motivazioni di tipo processuale, occorre riconoscere come effettivamente l'imputazione del delitto di associazione di tipo mafioso comporti effetti peculiari (soprattutto in termini di custodia cautelare) non conseguibili neppure attraverso la contestazione del reato di cui all'art. 416 c.p. Non per questo trova però giustificazione la tendenza alla dilatazione della fattispecie in esame: anzi, se davvero – come sembra questo è il suo unico fondamento, ci troviamo dinanzi ad una perversione di mezzi e di fini assolutamente contraria ai postulati dello Stato di diritto.

Fino alla promulgazione della l. 13 settembre 1982, n. 646, era controversa in dottrina l'applicabilità dell'art. 416 c.p. nei confronti del fenomeno mafioso (cfr. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1994, VIII, 119 s.; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 51 ss.; INSOLERA, *op. cit.* 51 t.); mentre la giurisprudenza – sia pure a fronte di sentenze di condanna solo sporadiche – propendeva per la soluzione positiva (ampie indicazioni in TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, 9 ss.).

Tale situazione di obiettiva incertezza, culminata in un sostanziale fallimento della lotta contro questa forma di criminalità – verosimilmente ascrivibile più ad un diffuso atteggiamento culturale che agli strumenti offerti dall'ordinamento giuridico –, è alla base della legge Rognoni-La Torre, il cui punto qualificante sta nella scelta di colpire non la "macro-organizzazione" mafiosa bensì – come chiaramente emerge dal numero minimo di tre persone richiesto dall'art. 416-*bis* c.p. – ogni micro-organizzazione riconducibile a tale fenomeno delinquenziale in ragione dei mezzi usati e dei fini perseguiti (così SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 4a ed., 7). Si tratta dunque di una precisa opzione del legislatore, espressiva dell'intento di caratterizzare una specifica forma di manifestazione criminosa attraverso una descrizione delle tipologie comportamentali ritenute più peculiari.

Quale che sia il giudizio su tale scelta, essa risente per un verso di una tipizzazione del metodo mafioso fondata su parametri socio-criminologici, a loro volta derivati dalla elaborazione giurisprudenziale intervenuta in tema di misure di prevenzione; per un altro verso, presenta una sfasatura tra il numero minimo dei membri dell'associazione e la portata degli effetti che all'esistenza di essa si ricollegano. La compresenza di questi due profili concorre a spiegare le divergenze interpretative maturate intorno all'art. 416-*bis* c.p.

Prima di esaminare in dettaglio gli elementi costitutivi dell'art. 416-*bis* c.p. si impone un'osservazione preliminare.

Il fatto associativo ivi tipizzato è ovviamente diverso dall'accordo di più soggetti a commettere illeciti: anche senza indugiare sulla non punibilità di quest'ultimo espressamente sancita dall'art. 115 c.p., è infatti evidente che l'incriminazione dell'accordo dovrebbe legarsi sul piano sanzionatorio al reato che ne costituisce oggetto e che comunque, in caso di commissione dell'illecito, la pena per quest'ultimo dovrebbe assorbire quella riferita all'accordo. Nel caso dell'associazione, invece, la sanzione prescinde dai reati-fine sia nella sua entità che nella sua applicabilità: ciò dimostra come il fatto dell'associazione sia già portatore di un autonomo

disvalore, che vale a conferire alla norma quel substrato di materialità in grado di evitare un contrasto con gli artt. 18 e 25 Cost. e di consentire una sua differenziazione rispetto alle ipotesi di concorso nel reato continuato (per tutti, cfr. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 264 ss.).

Il primo elemento costitutivo è rappresentato dall'esistenza di una associazione.

Ad avviso di taluni, l'art. 416-bis c.p. ha sostituito il requisito della struttura organizzativa dell'associazione con il ricorso alla forza intimidatrice (NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. dir.*, 1983, 49 s.; conf. ANTONINI, *Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, II, 288 s.). Questa interpretazione va con certezza respinta, giacché anche i lavori preparatori dimostrano come il legislatore abbia consapevolmente adottato il termine "associazione" (peraltro espungendo quello di "gruppo": vd. SPAGNOLO, *op. cit.*, 23 s.), così recependolo nella sua accezione di unione di più persone a carattere continuativo, caratterizzata da un minimo di stabilità e di organizzazione (per tutti, PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, 90 ss.).

Analogamente all'art. 416 c.p., la norma in esame dispone tuttavia che gli associati possono essere anche in numero di tre, così privando di un significativo rilievo il requisito dell'organizzazione. Eppure – come si è appena notato –, l'incriminazione dell'associazione in sé stessa può giustificarsi solo in quanto essa sia portatrice di un proprio disvalore in termini di pericolosità; e tale pericolosità deve manifestarsi anche attraverso un'articolazione della struttura in ruoli e competenze, in grado di denotare pure la natura potenzialmente permanente dell'associazione (ampiamente, DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. pen.*, Torino, 1987, I, 291 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, pt. sp.*, Milano, 1988, I, 356; INGROIA, *op. cit.*, 79 ss.; TURONE, *op. cit.*, 155 ss.). In breve: la scelta del legislatore di definire riduttivamente il momento organizzativo – e quindi di connotare l'associazione mafiosa solo attraverso la tipologia dei metodi usati e degli scopi in realtà inserisce un elemento di pericolosa indeterminatezza all'interno della fattispecie, che ha talvolta consentito di desumere la sussistenza del reato associativo e la connessa qualifica di partecipe dalla commissione dei delitti-scopo (cfr., da ult., Cass., 14 settembre 1991, MONACO, in *Cass. pen.*, 1993, 1101; Id., 20 dicembre 1989, BELLOTTA, *ivi*, 1991, 1043; Id., 21 marzo 1989, *ibid.*, 1042); è però evidente che alla base di questa interpretazione sta una confusione tra due diversi momenti ricostruttivi della responsabilità individuale.

Le perplessità vengono rafforzate dal dominante orientamento secondo cui nel numero degli associati possono computarsi anche i soggetti non imputabili, purché consapevoli di partecipare all'associazione (per tutti, DE FRANCESCO, *op. cit.*, 304; SPAGNOLO, *op. cit.*, 25 s.). Tale soluzione, nonostante trovi ulteriore fondamento negli artt. 111 e 112 n. 4 c.p., appare corretta solo se inserita in una interpretazione degli elementi oggettivi di fattispecie comunque in grado di evidenziare la necessaria pericolosità dell'associazione.

È pacifica l'inapplicabilità della circostanza aggravante ex art. 112 n. 1 c.p., essendo il numero delle persone un elemento costitutivo del reato e fondandosi tale circostanza sulle medesime ragioni di allarme sociale che concorrono a giustificare l'incriminazione di cui all'art. 416-bis c.p..

Il secondo elemento costitutivo del reato è rappresentato dalla condotta strumentale al perseguimento degli specifici fini, consistente nello sfruttamento della forza di intimidazione del vincolo associativo e nei conseguenti effetti di assoggettamento e di omertà.

Tale requisito caratterizza sul piano sia criminologico che sociologico il fenomeno mafioso e la sua recezione normativa doveva dunque ritenersi cogente per il legislatore. Eppure è incerto in dottrina se (e in quale misura) il fatto di avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e delle correlative condizioni di assoggettamento e di omertà debba trovare effettiva realizzazione o possa invece semplicemente consistere nell'oggetto del programma criminoso dell'associazione stessa. Problema, questo, che rinvia all'alternativa se il reato in esame integri un

illecito associativo puro – che si configura con la costituzione dell'associazione avente come programma la creazione di una situazione di intimidazione e delle condizioni di assoggettamento e di omertà al fine di realizzare gli scopi tipizzati dalla norma ovvero un reato misto, diretto a reprimere le associazioni che abbiano già iniziato ad operare con le particolari modalità descritte dal legislatore.

La tesi secondo cui l'art. 416-*bis* c.p. non postula la necessità del ricorso alla forza intimidatrice del vincolo associativo è fondata sull'assunto che la norma, in realtà, allude “ad una modalità abituale del comportamento mafioso che non è necessario si riscontri in atto, purché rientri tra gli strumenti di pressione di cui l'associazione stessa soglia o comunque intenda avvalersi” (FIANDACA, *Commento all'art. 1, l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, 261; conf. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1017 s.; DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso e problema probatorio*, in *Foro it.*, 1984, V, 248; NEPPI MODONA, *op. cit.*, 51). Questa interpretazione – ispirata, tra l'altro, dal fine di evitare una restrizione dell'ambito applicativo della norma rispetto a quello proprio dell'art. 416 c.p. e di evitare difficoltà probatorie si risolve tuttavia in una ricostruzione in chiave esclusivamente soggettiva del fatto sanzionato, ove il metodo mafioso viene ridotto a mero oggetto di dolo specifico.

La dottrina dominante concorda invece sull'esigenza che l'associazione sia effettivamente dotata di una forza di intimidazione; le divergenze si pongono invece al momento di stabilire quale riscontro essa deve avere nella realtà esterna.

Un diffuso orientamento assegna alla forza di intimidazione una duplice valenza nella struttura della fattispecie, richiedendo che l'associazione disponga – sotto il profilo statico di una effettiva e attuale capacità intimidatrice e tuttavia ammettendo – sotto il profilo dinamico che lo sfruttamento di essa possa costituire anche solo oggetto del programma criminoso; in altre parole, il requisito in esame, “sotto il profilo oggettivo, è elemento indefettibile di cui l'associazione deve essere dotata; sotto il profilo soggettivo, è l'oggetto del dolo specifico degli associati nella prospettiva del suo concreto sfruttamento” (INGROIA, *op. cit.*, 70; nello stesso senso, DE FRANCESCO, *op. cit.*, 312 ss.; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 57; in una prospettiva leggermente differenziata, TURONE, *op. cit.*, 103 ss., 121 ss.). A fondamento di questa interpretazione, si osserva che l'art. 416-*bis* c.p. tipicizza una serie di finalità dell'associazione mafiosa che certamente, per l'integrazione del reato, non devono trovare necessariamente concretizzazione; laddove invece l'esigenza dello sfruttamento della forza intimidatrice implicherebbe un loro conseguimento almeno parziale nella prospettiva dell'ottenimento di profitti o vantaggi ingiusti, mentre al contrario la mancata realizzazione di tale obiettivo potrebbe denotare l'inesistenza di una idonea forza intimidatrice dell'organizzazione.

Le considerazioni ora riportate non appaiono determinanti, giacché non è vero che la realizzazione delle condizioni di assoggettamento e di omertà implichi già un conseguimento degli obiettivi dell'associazione, i quali costituiscono invece una ulteriore proiezione (oggetto di un dolo solo specifico) diversa dallo sfruttamento del metodo mafioso in cui consiste la condotta dell'associazione. Soprattutto, però, nell'orientamento in esame rimane in ombra il reale obiettivo perseguito, che non è chiaro se consista in una dilatazione dell'art. 416-*bis* c.p. mediante la svalutazione degli elementi dell'assoggettamento e dell'omertà ovvero in una puntualizzazione del suo ambito operativo, costituita dal riconoscimento che la forza di intimidazione può manifestarsi anche in assenza di atti di coercizione.

In ogni caso, la definizione normativa nettamente individua, tra il momento della costituzione dell'associazione e il perseguimento degli scopi tipizzati, una fase intermedia rappresentata dalla pratica del metodo mafioso e dalla conseguente realizzazione delle condizioni di assoggettamento e di omertà. La formulazione dell'art. 416-*bis* c.p. consente altresì di ritenere che questa forza di intimidazione, una volta divenuta patrimonio dell'associazione, non deve essere necessariamente rinnovata attraverso ulteriori atti di manifesta sopraffazione connessi al conseguimento degli obiettivi del sodalizio, essendo sufficiente il suo sfruttamento che – purché ricorra in concreto può

svolgersi nei modi più vari (conf., da ult., Cass., 10 febbraio 1992, D'ALESSANDRO, in *Cass. pen.*, 1993, 1405, secondo cui l'art. 416-bis c.p. si caratterizza "per l'utilizzazione da parte degli associati dell'intimidazione nascente dal vincolo associativo"). Sul piano probatorio, il giudice deve dunque ricercare gli elementi comprovanti l'utilizzazione della carica intimidatrice e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà.

La divergenza di opinioni ora riscontrata in merito all'esigenza di un effettivo uso della forza intimidatrice si ripropone ovviamente rispetto alla reale verifica delle condizioni di assoggettamento e di omertà.

A fronte di un orientamento secondo cui tali fenomeni di soggezione devono costituire la reale ed oggettivamente riscontrabile conseguenza della forza di intimidazione esercitata dal sodalizio criminoso (per tutti, DE VERO, *op. cit.*, 288; INSOLERA, *op. cit.*, 71 s.; conf., da ult., Cass., 10 febbraio 1992, D'ALESSANDRO, *cit.*), altri invece negano la necessità di un effettivo sfruttamento della capacità intimidatrice, così escludendo l'esigenza di uno *status* permanente di sottomissione o di succubanza del contesto sociale in cui opera il sodalizio criminoso; alla stregua di questa seconda interpretazione, dunque, l'intimidazione mafiosa deve semplicemente risultare idonea a cagionare l'assoggettamento e l'omertà, che sarebbero previsti normativamente al solo fine di connotarla nei suoi effetti tipici (così DE FRANCESCO, *op. cit.*, 311 s.; INGROIA, *op. cit.*, 63 s. e 73 ss.; per la tesi, rimasta pressoché isolata, secondo cui le condizioni di assoggettamento possono verificarsi anche solo all'interno dell'associazione, TURONE, *op. cit.*, 142 ss.; *contra*, sul punto, Cass., 24 febbraio 1992, BARBIERI, in *Cass. pen.*, 1994, 926, che richiede che l'assoggettamento e l'omertà "devono riferirsi non ai componenti interni – essendo siffatti caratteri presenti in ogni consorteria ma ai soggetti nei cui confronti si dirige l'azione delittuosa").

L'orientamento ora richiamato non può essere condiviso, giacché contrasta con la chiara formulazione normativa, ove gli elementi dell'assoggettamento e dell'omertà devono trovare una congrua realizzazione esterna allo scopo di caratterizzare compiutamente – ponendosi come loro risultato le modalità operative dell'associazione mafiosa.

Parimenti deve respingersi la tesi secondo cui le condizioni di assoggettamento e omertà possono derivare anche dall'in sé del vincolo associativo, senza necessità di atti di intimidazione (vd. TURONE, *op. cit.*, 103), giacché essa finisce con il privare l'associazione di tipo mafioso di qualsiasi specifico contenuto, consentendo l'applicazione dell'art. 416-bis c.p. anche a situazioni ove l'assenza della forza intimidatrice in realtà rinvia a contesti assolutamente diversi o, al contrario, favorendo un'interpretazione sociologica della norma legata a precisi ambiti territoriali.

Nella medesima prospettiva, è opportuno notare che l'esercizio di condotte intimidatrici, se finalizzato (non a mantenere o rinvigorire, bensì) a creare lo stato di soggezione, denota la non ancora avvenuta costituzione di un'associazione mafiosa nel senso dell'art. 416-bis c.p., così rinviando allo schema dell'associazione per delinquere semplice.

Come si è già osservato, la forza di intimidazione deve essere riconducibile al vincolo associativo, cioè al sodalizio criminoso in quanto tale, indipendentemente dal compimento di specifici atti di violenza o minaccia da parte dell'associato: "Si avvale dunque della forza di intimidazione del vincolo associativo chi chiede senza bisogno di minacciare esplicitamente, chi ottiene senza bisogno di chiedere, utilizzando la 'cattiva fama' del sodalizio criminoso e la paura che incute il vincolo associativo" (SPAGNOLO, *op. cit.*, 29).

Da ciò deriva, al contempo, un'estensione e una restrizione dell'ambito operativo della fattispecie. Per un verso, infatti, risultano irrilevanti le modalità con cui ci si avvale della forza di intimidazione: laddove sia chiaro che il soggetto agisce per conto dell'associazione, anche una semplice richiesta – financo un sorriso può integrare un uso della suddetta forza (analogamente a quanto avviene in tema di estorsione). Per l'altro verso, è tuttavia necessario che la condotta rinvii ad una pregressa minaccia, che cioè si inserisca in un più ampio *iter criminis*, "come un ulteriore atto di esecuzione del programma estorsivo o addirittura come l'atto che ne realizza un obiettivo" (SPAGNOLO, *op. cit.*, 32 e 49 ss.). Donde la conclusione che l'art. 416-bis c.p. può configurarsi

solo a partire dal momento in cui l'associazione, per così dire raccogliendo i frutti del proprio operato, comincia a sfruttare la sua capacità intimidatrice dalla quale sia derivato assoggettamento e omertà; mentre il singolo che si avvale della forza di intimidazione da lui acquisita a titolo personale può rispondere solo di estorsione o di violenza privata.

Tale conclusione suggerisce un'ulteriore riflessione. Se la formulazione dell'art. 416-*bis* c.p. non richiede concreti atti di intimidazione da parte dell'associato, è anche vero che neppure li esclude; d'altra parte, è un dato di comune esperienza che l'esercizio di violenze o di minacce nei confronti dei singoli può essere finalizzato sia a creare la forza di intimidazione sia a mantenerla o a rinvigorirla (cfr. SPAGNOLO, *op. cit.*, 34 s.). La configurabilità della fattispecie non è dunque subordinata al mero sfruttamento di una rendita di posizione da parte dell'associazione, come se ogni nuovo atto di intimidazione costituisca la riprova che l'associazione non abbia ancora consolidato il proprio potere e non presenti pertanto i requisiti normativamente prescritti. Vero è pure, tuttavia, che l'operatività dell'art. 416-*bis* c.p. si fonda qui sull'incerta distinzione che corre tra le ipotesi in cui la vittima avverte la coazione morale proveniente da uno o più soggetti determinati ovvero dall'associazione di cui essi sono esponenti.

L'art. 416-*bis* c.p. richiede che la forza di intimidazione promanante dal vincolo associativo abbia effettivamente generato *assoggettamento e omertà*: cioè non una mera coazione morale ricollegabile allo specifico atto di sopraffazione, bensì una vera e propria succubanza psicologica e sottomissione, non momentanea od occasionale, riguardante un numero apprezzabile di persone e nella quale si riflettono quegli elementi di diffusività e durata caratterizzanti la forza di intimidazione.

Come risulta dalla definizione ora fornita, l'ulteriore elemento dell'omertà – cioè il sistematico atteggiamento di non collaborazione con l'Autorità statale determinato dalla paura di rappresaglie o vendette e manifestantesi in testimonianze false o reticenti o in favoreggiamenti vale più a evidenziare una specifica concretizzazione della condizione di assoggettamento che a porsi come requisito assestante (FORTI, in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1992, 2a ed., 910; TURONE, *op. cit.*, 138 s.). E invero, nonostante si sia ritenuto che l'omertà “si pone come elemento fondamentale di tipizzazione della fattispecie associativa in esame” (SPAGNOLO, *op. cit.*, 37), una sua autonomizzazione rispetto all'assoggettamento da un lato potrebbe aprire il varco ad approcci in chiave spiccatamente sociologica (così INGROIA, *op. cit.*, 75), dall'altro lato potrebbe indurre ad attribuire rilievo a situazioni di omertà attribuibili a differenti ragioni. In altre parole: ai fini dell'art. 416-*bis* c.p., rilevano solo gli atteggiamenti di omertà derivanti dalle condizioni di assoggettamento.

Per quanto sia evidente che la sussistenza di tali condizioni non debba necessariamente investire territori più o meno estesi, potendosi invece riferire anche a limitati settori di attività, la scelta del legislatore di procedere a una così analitica definizione vincola l'interprete ad una precisa realtà descrittiva, ove l'insieme dei concetti di intimidazione, assoggettamento e omertà rinvia ad un atteggiamento di timore – diffuso in seno alla collettività interessata nei confronti della specifica associazione mafiosa. Risultano dunque infondati i timori di un'applicazione dell'art. 416-*bis* c.p. ai sindacati che facciano un uso distorto del loro potere di contrattazione (così GAITO, *Gli accertamenti fiscali e patrimoniali per i fatti di mafia*, Milano, 1983, 28) o alle grandi imprese commerciali in grado, per la loro potenza, di intimidire i concorrenti o financo i pubblici poteri (così INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.*, 1982, 692 s.).

Al contempo, i referenti empirico-criminologici rappresentati dal radicamento dell'associazione e dalla sua correlativa “accettazione” da parte del corpo sociale contribuiscono a determinare una caratterizzazione dell'associazione di tipo mafioso che ne preclude l'estensione a diversi fenomeni associativi delinquenziali.

Il pensiero corre qui soprattutto alla c.d. mafia politica o amministrativa, cioè a quelle associazioni per delinquere dedite ad una sistematica concussione nei confronti dei cittadini e rispetto alle quali non è tuttavia riscontrabile – almeno di regola la forza di intimidazione del

vincolo associativo in quanto tale; mentre le condizioni di assoggettamento e di omertà il più spesso sono sostituite da valutazioni utilitaristiche o di mera convenienza, in ogni caso non discendenti dal vincolo associativo in quanto tale (conf. SPAGNOLO, *op. cit.*, 43 ss.).

Spostando ora l'attenzione sulle *finalità tipiche dell'associazione di tipo mafioso*, l'art. 416-bis c.p. prevede quattro scopi tra loro alternativi: un'associazione è di tipo mafioso se, attraverso le modalità di cui si è in precedenza discusso, mira ad almeno uno tra i fini normativamente tipizzati, che il legislatore ha ritenuto caratterizzanti la criminalità mafiosa. Come peraltro risulta esplicitamente affermato dall'art. 416-bis, comma 6, c.p. (che fa riferimento alle "attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo"), per la consumazione del reato non è richiesto l'effettivo conseguimento di tali obiettivi.

Conformemente alla variegata dimensione criminologica del fenomeno mafioso e della sua direzione anche verso obiettivi di profitto non necessariamente consistenti in fatti illeciti (c.d. mafia imprenditoriale), gli scopi in oggetto presentano differenti contenuti.

Anzitutto, la norma genericamente prevede la commissione di delitti. Come si è giustamente osservato, non è necessario che si tratti di illeciti al cui interno agisca la coazione morale creata attraverso la forza intimidatrice (estorsione, violenza ecc.), potendo quest'ultima – congiunta all'assoggettamento e all'omertà conseguenti mirare a preservare l'impunità degli associati o il loro monopolio nell'attività criminosa (così SPAGNOLO, *op. cit.*, 71). Tale interpretazione non deve però indurre a trascurare l'esigenza di un rapporto teleologico tra il metodo c.d. mafioso e la commissione dei delitti (o il perseguimento delle altre finalità successivamente enumerate): la forza intimidatrice deve dunque rivestire un rilievo – se non all'interno del delitto commesso nel programma criminoso dell'associazione, nel senso che gli associati devono fare affidamento sull'assoggettamento della vittima ovvero sull'omertà degli eventuali testimoni.

La seconda finalità consiste nell'acquisizione, diretta o indiretta, della gestione o del controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti o servizi pubblici. Tale enumerazione, per la sua ampiezza, finisce con il ricomprendere ogni forma di penetrazione dell'associazione nel mondo economico (pubblico e privato) caratterizzata dall'uso di metodi mafiosi, sia che essa abbia ad oggetto coloro che già esercitano l'attività della quale viene acquisita la gestione o il controllo, sia che riguardi i possibili concorrenti ovvero i soggetti pubblici investiti di poteri decisionali in merito alla concessione, autorizzazione ecc. Come è evidente, ci troviamo qui in presenza di una finalità in sé lecita, ove tuttavia risulta illecito il mezzo impiegato per il suo conseguimento (ampiamente, sul punto, TURONE, *op. cit.*, 198 ss.).

La terza finalità consiste nella realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri: trattasi all'evidenza di una previsione di chiusura, in cui il requisito dell'ingiustizia – in luogo dell'il-

liceità vale a ricomprendere ogni profitto o vantaggio non tutelato, né direttamente né indirettamente, dall'ordinamento giuridico (FIANDACA, *Commento cit.*, 264).

L'ultima finalità è stata inserita dall'art. 11-bis, l. 7 agosto 1992, n. 356 e concerne le interferenze nelle consultazioni elettorali attraverso il c.d. metodo mafioso. Concordemente è stata affermata la valenza più simbolica che reale di tale previsione, data la possibilità di comprenderla già all'interno della generica ipotesi relativa alla commissione di delitti – nella specie, quelli previsti dall'art. 294 c.p. e dall'art. 97, d.p.r. n. 361 del 1957 (così SPAGNOLO, *op. cit.*, 79) ovvero di quella, ancora più generica, concernente la realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri. Verosimilmente, il legislatore ha però avvertito l'opportunità di contrastare una visione della criminalità mafiosa in termini esclusivamente sociologici o economici, imponendone un'estensione ai "patti" elettorali (conf. DE FRANCESCO, in CORSO-INSOLERA-STORTONI, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, 58 s.; vd. anche VISCONTI, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 1993, 273 ss.).

In dottrina è controverso se l'elencazione delle finalità caratterizzanti l'associazione di tipo mafioso abbia natura tassativa o invece esemplificativa (nel primo senso, FORTI, *op. cit.*, 911; SPAGNOLO, *op. cit.*, 68; nel secondo senso, FIANDACA, *Commento, cit.*, 262; TURONE, *op.*

cit., 226 ss.; Cass., 10 febbraio 1992, D'ALESSANDRO, *cit.*). In realtà, la precedente analisi dimostra come la descrizione normativa sia stata volutamente mantenuta al livello più generico.

La previsione dello scopo di realizzare profitti o vantaggi ingiusti, infatti, svuota di ogni rilevanza la già modesta limitazione derivante dall'uso del termine "delitti" nella prima finalità e così pure priva di rilievo la questione se il termine "controllo" di cui alla seconda finalità vada inteso in senso fattuale o invece giuridico. Come si vede, dunque, l'associazione di tipo mafioso si caratterizza principalmente attraverso le sue modalità operative, mentre gli obiettivi concretamente perseguiti rimangono su un piano di sostanziale indifferenza.

Un'ulteriore conferma, questa, della impossibilità per l'interprete di rinunciare ad una rigorosa interpretazione dei parametri in cui si articola il metodo c.d. mafioso.

I contrasti finora riscontrati tra una lettura della fattispecie incriminatrice volta a valorizzare i suoi elementi descrittivi non sul piano del dolo ma su quello del fatto ed una lettura estensiva, tendente a proiettare tali elementi sul piano del programma o delle attitudini potenziali del sodalizio, si ripercuotono direttamente sulla individuazione degli *interessi tutelati* dall'art. 416-bis c.p. e sulla sua costruzione come reato di danno o di mero pericolo.

Alla luce dell'interpretazione qui condivisa, emerge con evidenza come la norma si sottragga alle censure rivolte contro il reato di cui all'art. 416 c.p., che ruota intorno ad una vaga nozione di ordine pubblico incapace di trovare un'adeguata concretizzazione a causa della genericità della fattispecie (cfr. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 93 ss.; IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, 574 ss.; INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 168 ss.). Al contrario, la descrizione delle modalità operative dell'associazione di tipo mafioso (oltre che degli effetti ad esse connessi) consente l'emersione di una nozione di ordine pubblico materiale, la cui offesa effettiva consegue ai metodi utilizzati dal sodalizio (FORTI, *op. cit.*, 906; SPAGNOLO, *op. cit.*, 103 ss.; TURONE, *op. cit.*, 265 ss.; in riferimento alla pubblica tranquillità, DE VERO, *Tutela penale cit.*, 290) al di fuori di qualsiasi schema di pericolo concreto o presunto. Nella prospettiva delineata, risulta peraltro errato l'inserimento di ulteriori interessi come l'ordine democratico o economico (cfr. FLICK, *L'associazione per delinquere di tipo mafioso: interrogativi e riflessioni sui problemi posti dall'art. 416-bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 853 ss.; NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, 44 ss.), a causa sia della loro evanescenza, sia della riferibilità solo ad associazioni di più vaste dimensioni.

Un'altra parte della dottrina ravvisa invece nell'art. 416-bis c.p. un reato di pericolo, in cui la lesione costituisce una mera eventualità connessa all'ipotesi, non necessaria per l'integrazione del delitto, che l'associazione inizi a sfruttare le proprie potenzialità (tra gli altri, INGROIA, *op. cit.*, 91 s.). In favore di questa interpretazione estensiva della fattispecie viene più volte avanzato il timore che l'opposta concezione si risolva in un'eccessiva limitazione del suo ambito operativo, che si troverebbe vincolato ad un inquadramento territoriale riferito alle aree culturalmente e storicamente intrise di subcultura mafiosa.

Questo timore – la cui fondatezza va comunque commisurata alle scelte legislative non appare tuttavia meritevole di valorizzazione, da un lato perché le associazioni connotate da potenzialità intimidatorie teleologicamente rivolte alla commissione di delitti rientrano già nell'art. 416 c.p., la cui cornice di pena appresta una congrua risposta in termini sanzionatori; dall'altro lato, perché esso si risolve in un alleggerimento probatorio tendente a trasformare gli elementi caratterizzanti il metodo mafioso in mere attitudini, insuscettibili di riscontro esterno e come tali in grado di rendere indeterminata la fattispecie.

È opportuno infine sottolineare che la soluzione qui sostenuta è condivisa da numerose pronunce della Suprema Corte, ove puntualmente si afferma che "la tipicità del modello associativo delineato dall'art. 416-bis c.p. risiede nelle modalità attraverso cui l'associazione si manifesta concretamente e non già negli scopi che si intendono perseguire, atteso che questi, nella

formulazione della norma, hanno un carattere indicativo ed abbracciano solo genericamente i 'delitti', comprendendo una varietà indeterminata di possibili tipologie di condotte, che possono essere costituite anche da attività lecite e hanno come unico comune denominatore l'attuazione o il conseguimento del fine attraverso l'intimidazione e il conseguente insorgere nei terzi di quella situazione di soggezione, che può derivare anche soltanto dalla conoscenza della pericolosità di tale sodalizio" (Cass., 10 febbraio 1992, D'ALESSANDRO, *cit.*; analogamente Id., 14 gennaio 1987, FIANDACA, in *Cass. pen.*, 1988, 1163). Il che vale quanto dire che la fattispecie in esame caratterizza l'associazione di tipo mafioso alla luce esclusivamente dei suoi metodi operativi e che ogni sforzo interpretativo tendente a svalutare l'esigenza effettiva di tali metodi non può non ripercuotersi sulla materialità del reato.

La ricostruzione ora operata pone altresì in chiara luce i rapporti intercorrenti tra gli artt. 416 e 416-bis c.p..

Già all'indomani della promulgazione della l. n. 646 del 1982, un'autorevole dottrina aveva segnalato la funzione simbolica dell'art. 416-bis c.p., come espressione della "tendenza ad utilizzare lo strumento penalistico in chiave di conferma del rinnovato impegno delle forze politico-istituzionali nella lotta alle più gravi forme di criminalità presenti nel paese" (FIANDACA, *Commento cit.*, 257; da ult., vd. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1995, 35 ss.). Più precisamente, tale norma si rivela come una specificazione della generale fattispecie di associazione per delinquere, definendo associazioni caratterizzabili alla luce non solo delle loro particolari modalità operative ma anche della loro già avvenuta acquisizione di un potere di controllo sul territorio in termini di assoggettamento e di omertà, derivanti dal pregresso uso della forza di intimidazione. In questa prospettiva, la fattispecie in esame incrimina non il mero fatto associativo bensì un'organizzazione delinquenziale già avviata e consolidata, come tale espressiva di un pregiudizio attuale ed operante per l'ordine pubblico (sul rapporto di specialità intercorrente tra gli artt. 416 e 416-bis c.p., per tutti, INGROIA, *op. cit.*, 127 ss.): in altre parole, si tratta non di una semplice associazione 'per delinquere' ma di un'associazione 'che delinque' (cfr. SPAGNOLO, *op. cit.*, 50 ss.; analogamente, DE LIGUORI, *Art. 416 bis c.p.: brevi note in margine al dettato normativo*, in *Cass. pen.*, 1986, 1594 ss.; DE VERO, *op. cit.*, 289; FORTI, *op. cit.*, 908 s.; INSOLERA, *Diritto penale cit.*, 73 ss.).

La maggiore gravità dell'associazione di tipo mafioso trova un puntuale riscontro sul piano sanzionatorio. Assumendo come premessa la "normale" applicabilità della pena aggravata (da quattro a dieci anni di reclusione) di cui all'art. 416-bis, comma 4, c.p. – essendo irrealistico pensare ad un'associazione mafiosa non armata –, emerge infatti la particolare severità della valutazione legislativa rispetto ad ogni altro reato associativo: sia che si tratti dell'associazione sovversiva (art. 270 c.p.: da uno a tre anni di reclusione) o dell'associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico (art. 270-bis c.p.: da quattro a otto anni) o della cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.: da due a otto anni) o della banda armata (art. 306 c.p.: da tre a nove anni). E questa particolare gravità dell'associazione di tipo mafioso, appunto, può spiegarsi non tanto in funzione dei suoi scopi bensì soprattutto alla luce delle sue modalità operative, laddove esse abbiano trovato realizzazione.

Una volta ricostruita la dimensione lesiva dell'associazione di tipo mafioso in forza della sua intrinseca capacità intimidatrice e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà, la responsabilità degli associati trova giustificazione non solo nella condotta da essi realizzata, ma anche nel fatto di avere consapevolmente e materialmente contribuito alla costituzione o al mantenimento dell'associazione stessa.

Passando ora all'esame della condotta, l'art. 416-bis c.p., ai commi 1 e 2, individua le figure del partecipe all'associazione, del promotore, del dirigente e dell'organizzatore.

Sul piano dogmatico, un diffuso orientamento afferma che i reati associativi si scindono in una pluralità di autonome fattispecie criminose, tante quanti sono i ruoli espressamente tipizzati (per

tutti, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1983, VI, a cura di PISAPIA, 205; conf., Cass., 19 novembre 1987, MONTENEGRO, in *Cass. pen.*, 1989, 1990, in motivazione, con nota di Zanotti; Id., 14 settembre 1990, AGLIERI e 31 maggio 1990, RABITO, entrambe citate da TURONE, *op. cit.*, 289, nota 1). Tale soluzione si pone tuttavia come una sovrastruttura inutile ovvero produttiva di inammissibili risultati.

E invero, laddove si ritenga che le differenti condotte delittuose così individuate in ogni caso “hanno in comune il riferimento ad un’associazione avente quale scopo la commissione di reati del tipo di quelli previsti dalla norma incriminatrice” (Cass., 19 novembre 1987, *cit.*), in realtà ci si limita a postulare l’esistenza di un “unico reato plurisoggettivo, con sanzioni diverse rigidamente prefissate a seconda dei ruoli svolti dai singoli soggetti durante la vita dell’associazione” (così SPAGNOLO, *op. cit.*, 90 s; conf. TURONE, *op. cit.*, 290). Qualora invece si voglia realmente configurare una pluralità di autonome fattispecie, ciascuna dotata di un proprio evento significativo, allora diverrebbe conseguenziale – ma al contempo assurdo, dinanzi all’identità dell’interesse oggetto di aggressione ammettere un concorso di reati rispetto a colui che, all’interno della stessa associazione, abbia svolto differenti ruoli (cfr. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere*, *cit.*, 301 s.); e ciò dovrebbe rendere evidente l’erroneità della teoria, senza necessità di sottolineare le ulteriori implicazioni che ne derivano in tema di concorso di persone nel reato e di tentativo. Su questo problema occorrerà comunque tornare tra breve, allorché si esaminerà la condotta del partecipe.

Alla luce della dinamica evolutiva dell’associazione, il ruolo che per primo viene in rilievo è quello del *promotore*, che nel reato in esame assume caratteristiche peculiari. Come si è già notato, infatti, l’associazione di tipo mafioso è tale solo quando ha consolidato una propria forza intimidatrice, mentre fino a tale momento essa integra l’associazione per delinquere di cui all’art. 416 c.p.. In questa prospettiva, perché possa parlarsi di promotore rispetto all’associazione di tipo mafioso è necessario che taluno si attivi in modo da conferire ad un’associazione per delinquere preesistente la forza intimidatrice che la connoterà in senso mafioso (conf. SPAGNOLO, *op. cit.*, 81; cfr. sul punto Cass., 22 aprile 1985, ASLAN, in *Cass. pen.*, 1986, 822, che estende la figura in esame anche a chi agisce per rafforzare la potenzialità pericolosa del gruppo associativo). Facendo leva sulla formulazione della norma, che sanziona con pena aggravata il fatto di promuovere l’associazione “per ciò solo”, si è ritenuta la punibilità del promotore indipendentemente dalla effettiva integrazione degli elementi costitutivi dell’art. 416-bis c.p. (SPAGNOLO, *op. cit.*, 83). In realtà, l’argomento letterale appare di scarso peso, risultando esso mutuato dall’art. 416 c.p., che anche rispetto agli associati ripete l’inciso “per il solo fatto di partecipare all’associazione”; donde la possibilità che le espressioni utilizzate nelle due fattispecie mirano semplicemente ad affermare la responsabilità dei soggetti previsti indipendentemente dalla commissione di ulteriori reati. Di più, l’interpretazione in esame risulta smentita dalla equiparazione normativa del promotore ai dirigenti e agli organizzatori, i quali evidentemente intervengono in un’associazione già costituita (criticamente, vd. anche DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere* *cit.*, 310).

Le condotte di *direzione* e *organizzazione* presuppongono invece l’esistenza dell’associazione di tipo mafioso. Le due qualifiche si riferiscono rispettivamente a chi, all’interno dell’associazione, dispone di poteri di iniziativa o di comando ovvero di poteri decisionali e gestionali inerenti al conseguimento degli scopi sociali (da ult., Cass., 10 maggio 1994, NANNERINI, in *Giust. pen.*, 1995, II, 660); in presenza di associazioni criminose articolate in distinti settori di attività, i ruoli di cui si discute vanno individuati all’interno di ciascun settore (per tutti, FORTI, *op. cit.*, 906 s.; conf., da ult., Cass., 17 dicembre 1993, DI BRISCO, in *Cass. pen.*, 1995, 1828, in riferimento all’attività professionale svolta da un commercialista).

Infine, per quanto concerne la figura del *partecipe*, anche alla luce dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell’art. 416 c.p. può ritenersi come un dato acquisito l’esigenza di un contributo materialmente apprezzabile e adeguato alla costituzione o al rafforzamento dell’associazione. Le divergenze – o meglio, le incertezze – si pongono tuttavia al momento di stabilire se tale contributo sia già ravvisabile nel fatto di divenire membro del sodalizio e se tale

requisito sia effettivamente necessario per l'attribuzione della qualifica di partecipe. In relazione a tale questione, non è inutile osservare come essa caratterizzi in generale tutti i reati associativi, la cui descrizione normativa si concentra necessariamente sugli attributi del sodalizio, trascurando i presupposti minimi per l'attribuzione della qualità di partecipe e così operando un rinvio all'attività dell'interprete; rinvio, questo, estremamente pericoloso, pure a causa delle sue ulteriori implicazioni in tema di concorso di persone e di tentativo.

In estrema sintesi, due orientamenti sembrano contrapporsi. Per una parte della dottrina e della giurisprudenza, la qualifica in esame si lega alla prestazione di una condotta funzionale alla vita dell'associazione, rimanendo irrilevante una mera adesione al sodalizio (in relazione all'art. 416 c.p., vd. già INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, cit., 203 ss.; PATALANO, *op. cit.*, 185 s.); per un'altra parte della dottrina, è invece necessario non solo un inserimento operativo dell'associato nella struttura del sodalizio ma anche l'assunzione – formale o almeno di fatto della qualifica di membro del sodalizio stesso (per tutti, Spagnolo, *op. cit.*, 85 ss.; conf. DE LIGUORI, *op. cit.*, 36 s.).

A quest'ultima teoria si è obiettato che essa propone una restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 416-*bis* c.p. in realtà destinata a risolversi nella indiscriminata ammissibilità del concorso esterno, cioè nell'attrazione di qualsiasi condotta di agevolazione morale o materiale, fino alle ipotesi di mera contiguità o fiancheggiamento: con il rischio di uno svuotamento del canone di materialità dell'illecito penale (da ult., INSOLERA, *Diritto penale* cit., 104 s.). È tuttavia evidente che un analogo pericolo si annida nell'opposta teoria, che – almeno nell'esperienza giurisprudenziale utilizza una nozione di causalità fondata sui vaghi parametri dell'idoneità *ex ante* o della mera agevolazione, come tali in grado di conferire la qualifica di associato anche a colui che abbia prestato il contributo più incolore.

In questa prospettiva di sostanziale equivalenza dei risultati, si offrono già buone ragioni per preferire la concezione che lega la figura del partecipe all'assunzione della qualità di membro del sodalizio, derivante (non necessariamente da un'iscrizione o da un riconoscimento in senso formale bensì) da un inserimento organico nella struttura dell'ente, desumibile anche dalla reiterazione o dalla ripetibilità di condotte corrispondenti all'esercizio di una funzione e come tali rivelatrici – sotto il profilo psicologico della c.d. *affectio societatis*. E ciò non solo perché (come ampiamente sottolineato da Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, DEMITRY, in *Foro it.*, 1995, II, 422, con nota di Insolera) l'art. 416-*bis* c.p. tipicizza la condotta del partecipe rendendo innegabilmente atipica la condotta di chi presta un contributo senza volere fare parte dell'associazione; ma anche perché l'associazione di tipo mafioso esiste nella realtà, prima ancora che nella valutazione giuridica, come un sodalizio formato da tre o più persone che ne siano membri effettivi sulla base di un proprio atto di volontà e di una corrispondente accettazione, e su questa appartenenza organica si fonda il giudizio di responsabilità penale formulato dal legislatore in riferimento all'associazione stessa. In ogni caso – anche per i sostenitori della concezione causale resta ferma l'esigenza che la condotta di partecipazione abbia come proprio termine di riferimento “l'assolvimento di compiti fisiologicamente propri dell'associazione” che, anche per gli associati con responsabilità minori o minime, sono o sono pure necessari “per le fortune dell'associazione” (Cass., 5 ottobre 1994, DEMITRY, *cit.*, che peraltro sembra limitare tale esigenza ai contributi materiali e non anche a quelli morali).

Nella prospettiva delineata, non è neppure da escludere che la soluzione ora proposta valga a restringere l'ambito della responsabilità più di quanto non riesca a fare la concezione causale, per sua natura soggetta ad agevoli e ricorrenti manipolazioni; e ciò sotto due diversi profili. Da un lato, infatti, il conseguente ampliamento del campo del concorso esterno trova un correttivo nell'impunità delle condotte di partecipazione rimaste allo stadio del tentativo; dall'altro lato, la proiezione tanto della partecipazione quanto del concorso esterno sulle “fortune” dell'associazione rende penalmente irrilevanti *ex art. 416-bis* c.p. i contributi in favore di singoli associati o comunque quelli non rapportabili alla vita del sodalizio.

Sarebbe ingenuo tuttavia fare affidamento su tali risultati, la cui praticabilità si lega ad un complesso gioco di interrelazioni fra teorie condizionalistiche e costruzioni dogmatiche. A contrastare il loro accoglimento intervengono infatti, in particolare, per un verso l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce rilievo causale a ogni agevolazione *ex ante* idonea al conseguimento del risultato preso di mira; per l'altro verso, la concezione dell'art. 416-bis c.p. come reato a fattispecie autonome, ove diviene punibile anche il concorso esterno prestato in relazione alle singole condotte associative. L'adesione della giurisprudenza ora all'una, ora all'altra soluzione (non di rado all'interno della medesima pronuncia) dimostra quanto la situazione sia lontana dal raggiungimento di una soluzione appagante (sul tema del concorso esterno nel reato associativo vd. comunque l'approfondita relazione del collega DE FRANCESCO).

In tema di *elemento psicologico*, le posizioni divergono a seconda che il metodo c.d. mafioso sia posto come un elemento oggettivo di fattispecie ovvero sia relegato nell'ambito del dolo specifico. In conformità alla soluzione interpretativa qui adottata, è necessario che il partecipe voglia fare parte dell'associazione e si rappresenti l'attualità dello sfruttamento della sua forza intimidatrice, condividendo (o almeno conoscendo) gli scopi in vista dei quali è costituito il sodalizio criminoso (per tutti, FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 362; sull'esigenza di un dolo specifico, da ult., Cass., 14 ottobre 1994, CAVALLARI, in *Giust. pen.*, 1995, II, 342).

Nell'ipotesi di errore su tali elementi, si ritiene l'inapplicabilità dell'art. 116 c.p., norma eccezionale dettata per il concorso eventuale, alla fattispecie plurisoggettiva in esame, con la conseguente applicabilità dell'art. 47, comma 2, c.p. e la responsabilità del soggetto per il reato di cui all'art. 416 c.p. (così SPAGNOLO, *op. cit.*, 100 ss.; alla medesima soluzione, negando però il nesso di consequenzialità richiesto dall'art. 116 c.p., perviene INSOLERA, *Diritto penale cit.*, 83; *contra*, TURONE, *op. cit.*, 298).

L'art. 416-bis, *ultimo comma*, c.p. viene oggi concordemente ritenuto sostanzialmente superfluo e ripetitivo del comma 3, esaurendosi la sua funzione nel sottolineare il carattere non vincolante della qualificazione "di tipo mafioso" dell'associazione (per tutti, FIANDACA, *Commento cit.*, 268; FORTI, *op. cit.*, 912; TURONE, *op. cit.*, 28 ss., 152 ss.). Questa interpretazione è peraltro la sola in grado di superare le censure di indeterminatezza mosse nei confronti della disposizione (da ult., cfr. INSOLERA, *Diritto penale, cit.*, 83), la cui genericità viene aggravata dall'omessa menzione delle condizioni di assoggettamento e di omertà come conseguenza della forza di intimidazione.

L'art. 416-bis c.p. prevede un *reato permanente*, che si integra con la realizzazione di tutti gli elementi di fattispecie e la cui consumazione si protrae fino allo scioglimento del sodalizio o alla riduzione degli associati in numero inferiore a tre. Rispetto al singolo partecipe, il reato si consuma con l'ingresso nell'associazione, derivante dall'assunzione della qualità e/o della funzione e ha fine con il volontario recesso dal sodalizio ovvero con l'oggettiva cessazione del vincolo, ad esempio conseguente al suo arresto (salvo, in relazione a tale ultima ipotesi, "che non si dimostri la patologia di una ulteriore permanenza nel sodalizio criminoso del soggetto *in vinculis*": così Cass., 28 luglio 1994, GALLEA, in *Riv. pen.*, 1996, 226).

Per quanto concerne il *tentativo*, occorre distinguere tra gli atti diretti a costituire l'associazione e quelli finalizzati invece ad entrare in un sodalizio già esistente. Rispetto ai primi, la già evidenziata natura di reato misto caratterizzante l'art. 416-bis c.p. fa sì che esso rappresenti una progressione nei confronti del delitto di cui all'art. 416 c.p., condizionata dall'uso effettivo della forza intimidatrice; in questa prospettiva dinamica, all'artificiosa configurabilità di un tentativo di associazione mafiosa sembra preferibile una responsabilità per il reato di associazione per delinquere e per gli altri ulteriori illeciti commessi per dotare il sodalizio dei requisiti prescritti dall'art. 416-bis c.p.; il conseguimento dei quali, ovviamente, implica l'integrazione di tale ultima fattispecie (sul punto, nel senso di negare il tentativo del reato di associazione per delinquere in

presenza di uno scambio di corrispondenza tra detenuti, Cass., 19 novembre 1987, MONTENEGRO, *cit.*, e ivi nota di Zanotti; per l'esclusione del tentativo di associazione di tipo mafioso, ravvisando però la consumazione già quando gli atti siano idonei a realizzare un'apprezzabile forza intimidatrice, TURONE, *op. cit.*, 117).

Rispetto al tentativo di partecipare ad un'associazione già esistente, la sua configurabilità viene invece legata non ad una mera dichiarazione di disponibilità, ma alla manifestazione di essa a chi, per conto del sodalizio, ha già proposto l'affiliazione (così SPAGNOLO, *op. cit.*, 133; sost. conf. INSOLERA, *L'associazione per delinquere, cit.*, 212 ss.; vd. anche TURONE, *op. cit.*, 299). È opportuno notare come a questo proposito l'estensione dell'ambito di punibilità del tentativo varia a seconda che l'idoneità degli atti sia rapportata – anziché all'attività o alla pericolosità dell'associazione alla condotta di partecipazione come autonoma fattispecie incriminatrice (vd. sopra).

In merito alle *circostanze aggravanti*, si è rilevato come il conferimento di natura circostanziale alle ipotesi di cui ai commi 4 e 6 vale a consentire uno sganciamento del reato base dal fenomeno mafioso in senso stretto (FORTI, *op. cit.*, 914; TURONE, *op. cit.*, 160 ss.). Tale opinione trova un più agevole accoglimento rispetto alla circostanza *ex* comma 6 che non a quella *ex* comma 4, specie alla luce del rigoristico atteggiamento giurisprudenziale secondo cui l'associazione di tipo mafioso “si avvale normalmente, anche se non necessariamente, delle armi quale mezzo più efficace per la realizzazione dei suoi peculiari obiettivi di intimidazione, di assoggettamento e di omertà” (così Cass., 30 gennaio 1992, ALTADONNA, in *Cass. pen.*, 1993, 1679; conf. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, 314; FIANDACA, *Commento, cit.*, 267).

In particolare, la circostanza di cui al comma 4 – come chiarisce il comma 5 si fonda sulla mera disponibilità di armi o materie esplodenti da parte di uno o più tra gli associati solo laddove essa sia finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'associazione, ciò che impone uno specifico accertamento processuale (conf. Cass., 17 febbraio 1992, LAURO, in *Cass. pen.*, 1993, 1679; in senso più ampio, Id., 30 gennaio 1992, ALTADONNA, *cit.*); la natura strumentale di tale disponibilità induce a richiedere una adeguatezza minima nel numero o nella attitudine offensiva delle armi stesse.

La circostanza di cui al comma 6 si lega ad una specifica modalità operativa dell'associazione rivelatrice della sua maggiore pericolosità; il legislatore ha infatti voluto colpire i sodalizi mafiosi che, reimpiegando in attività economiche i proventi dei delitti, dimostrano con ciò stesso un loro specifico e allarmante consolidamento. In ossequio alla formulazione adottata, la circostanza è applicabile anche quando l'associazione utilizza i proventi di delitti commessi da estranei o da altri sodalizi criminali (FORTI, *op. cit.*, 914; diff., affermando la prevalenza dell'art. 648-*bis* c.p., MARINI, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *App. Nov. Dig.*, Torino, 1984, 576, nota 35); non lo è invece quando tali proventi sono utilizzati per la commissione di ulteriori delitti (INSOLERA, *op. ult. cit.*, 89) ovvero l'utile di impresa, realizzato attraverso la gestione di attività economiche, viene reimpiegato in ulteriori attività (SPAGNOLO, *op. cit.*, 124).

Entrambe le circostanze hanno natura oggettiva ed è dunque necessario che il partecipe ne sia consapevole o le ignori per colpa. Nell'ipotesi delle armi è ammissibile, in presenza di determinate condizioni relative alle dimensioni o alle caratteristiche dell'associazione, una ricostruzione induttiva (ad es., vd. Cass., 18 aprile 1995, FARINELLA, in *Riv. pen.*, 1996, 226: “Con riferimento alla stabile dotazione di armi dell'organizzazione mafiosa denominata ‘Cosa nostra’, può ritenersi che la circostanza costituisce fatto notorio non ignorabile”) che nel suo automatismo non risulta estendibile all'altra circostanza.

Nonostante il ruolo centrale attualmente ricoperto dall'art. 416-*bis* c.p. nella lotta contro la criminalità organizzata sul piano sia del diritto sostanziale che di quello processuale e penitenziario (per tutti, INSOLERA, *Diritto penale, cit.*, 42 ss., 68 s.; vd. anche CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 385 ss.), le osservazioni finora

svolte consentono di ritenere l'estendibilità della norma solo a limitati fenomeni di criminalità associata assimilabili alla mafia nostrana (e non a caso denominati come mafia cinese, russa ecc.), ma non ad altre specifiche ipotesi di intreccio tra mafia e politica o ad ulteriori manifestazioni di delinquenza gangsteristico-imprenditoriale, "che ricorrono a forme di prevaricazione violenta per raggiungere obiettivi di illecito arricchimento e che sono, nondimeno, prive di autentiche connotazioni di mafiosità" (FIANDACA, *Criminalità organizzata, cit.*, 24 s.). Tale risultato non deve tuttavia essere impiegato criticamente nei confronti della formulazione del reato in esame, rinvenendo in essa un "equivoco genetico" derivante dalla recezione delle coordinate criminologiche della mafia tradizionale piuttosto che di quella evoluta (cfr. DE LIGUORI, *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1988, 1611) e proponendo una dilatazione della norma in grado di comprendere le nuove forme di criminalità affacciate sulla scena.

Ciò in quanto non solo già il fenomeno mafioso in sé resta connotato da margini di vaghezza (per tutti, FIANDACA, *Misure di prevenzione, cit.*, 118 s., FIANDACA-COSTANTINO, *Introduzione a La mafia, le mafie*, Bari, 1994, V ss.) che solo con difficoltà hanno consentito una sua ricezione normativa, strettamente agganciata a specifiche modalità comportamentali; ma inoltre dall'estero provengono sconsolati segnali di resa dinanzi alla possibilità di definire legislativamente una nozione di delinquenza organizzata sufficientemente comprensiva e determinata (nella dottrina tedesca, da ult., BESTE, "*Organisierte Kriminalität*" – *soziale, politische und ökonomische Dimension*, in *Neue Kriminalpolitik*, 1995, n. 3, 43 ss.; BOERS, *Was ist o. K.*, *ibid.*, 38 s.; KERNER, *Organisierte Kriminalität, ibid.*, 40 ss.).

Il riferimento al metodo mafioso resta dunque un requisito fondante e imprescindibile dell'art. 416-bis c.p., il solo in grado di caratterizzare una specifica forma di criminalità organizzata e di consentire una fattispecie autonoma rispetto a quella generica di associazione per delinquere.