

ORIENTAMENTI

PIETRO POMANTI

Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis c.p.

1. La deriva espansionistica della fattispecie

Si assiste, nel panorama giurisprudenziale, ad un fenomeno di espansione, in chiave interpretativa, del delitto di associazione di stampo mafioso *ex art. 416 bis c.p.*, con inevitabile riflesso sulla aggravante agevolatrice *ex art. 7 del D.l. 13 maggio 1991, n. 152* convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203.

In fondo, anche la dibattuta questione del *concorso esterno* nell'associazione mafiosa¹, ritenuta addirittura una *infraction d'origine jurisprudentielle*², può dirsi espressione del medesimo orientamento estensivo della fattispecie.

L'art. 416-bis c.p., infatti, nonostante si presenti come fattispecie *aperta* e *recepisca* in termini giuridici un fenomeno sociologico assai complesso, risulta connotato da specifici *indici* essenziali indicati dal legislatore come elementi strutturali del delitto.

Con il passare degli anni, invero, tali indici hanno perso di intensità e di significato prospettando l'esistenza di nuovi modelli associativi di tipo mafioso³ caratterizzati da un generale *affievolimento* dei requisiti tipici della fattispecie.

Questo è il tema delle cc.dd. nuove e piccole mafie che, pur aggiungendosi alle *mafie storiche*⁴, sembrano rimanere svincolate dalle originarie caratterizzazioni della fattispecie.

Si prospetta, così, ad una sorta di *dequalificazione* del delitto attraverso una *deminutio* del modello associativo tradizionale, sia in termini di dimensione strutturale, che di estensione di operatività.

D'altra parte, che la *mafia* non sia più quel fenomeno caratterizzato dalle "coppole e lupare"⁵, è oramai una considerazione banale.

È altresì un dato acquisito come la mafia, nel patrimonio giurisprudenziale, non debba più risultare necessariamente caratterizzata dal sangue e dal terrore⁶.

¹ DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it.

² Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

³ Non solo Mafia Capitale, cfr. Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, in *Mass. Uff.*, n. 24535 e 24536.

⁴ Sulle nozioni di mafia storia e sul tema di Mafia Capitale, cfr. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 167 e 174.

⁵ "Il mafioso con coppole lupare non esiste più; il mafioso si mimetizza, assumendo talvolta collocazioni sociali professionali e persino istituzionali che per se stesse e lo mettono al riparo da soggetti di collusione", in tema SCALFARO-CASELLI, *Di sana e robusta costituzione*, Torino, 2010.

⁶ "se c'è la mafia voglio i morti sul selciato", così, FERRARA, direttore de "il Foglio", Rai Tre trasmissione

La forza della mafia, oramai, si estende per lo più nelle culture e nei comportamenti complici funzionali delle pubbliche istituzioni, in un'area incredibilmente complicata⁷, definita anche la *zona grigia*⁸.

Ebbene, è proprio in questa zona d'ombra, collocata nella intersezione tra fenomeno mafioso ed apparati della pubblica amministrazione⁹ che, ormai da tempo¹⁰, si prospetta la configurabilità di nuovi modelli associativi, non più legati indissolubilmente agli originari tratti qualificanti della fattispecie.

Ballarò, puntata del 10.12.2014; "Perché dunque il bollino mafioso? Perché teorizzare, tra sociologia urbana e diritto positivo, che quella romana non è delinquenza o corruzione in atti pubblici ma una forma (...) "originale e originaria" di mafia con la maiuscola e il nome di Roma associato? (Originale perché non è come Cosa Nostra o la 'ndrangheta: no morti, no armi, no famiglie, no iniziazione, no tutto. Originaria perché nostrale, tipica di Roma e dei suoi sette colli e nata lì)", così FERRARA, *Un bollino mafioso e vi sollevorò l'Italia*, in *Il foglio*, 5.11.2015.

⁷ "(...) espressione che nei Sommersi e i salvati di Primo Levi designa quella zona dai contorni mal definiti che insieme separa e congiunge i due campi dei padroni dei servi (...)", in DALLA CHIESA, *Manifesto dell'Antimafia*, Torino, 2014, 40 con riferimento a LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986.

⁸ SIRACUSANO, *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *questa Rivista*, 2016, 108 e ss.

⁹ "(...) è sintomatico il persistere di forti resistenze giurisprudenziali, anche di recente, a ricondurre sotto paradigmi criminosi forme di contiguità compiacente da parte di politici, imprenditori o professionisti - cioè da parte di esponenti di quella che, nel corso del secolo scorso, veniva etichettata come "alta mafia" o "mafia in guanti gialli". Non è invero da escludere che questo eccesso di *self-restraint* giudiziale possa essere dovuto, almeno in parte, al persistente radicamento di stereotipi culturali di tipo immunizzante" in FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro Italiano*, 1993, 5, 137; FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro Italiano*, 1991, 2, 472.

¹⁰ Con precedenti anche risalenti, Cass., Sez. VI, 10 giugno 1989, in *Mass. Uff.*, n.1852, richiamata anche in Cass. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, ove si prospetta la configurabilità di un'associazione - in realtà non tanto piccola - per lo più composta da pubblici ufficiali, originari o comunque residenti in una determinata regione, almeno 19 imputati in Cassazione, che avevano sfruttato la loro posizione ed il potere derivante dalle cariche rivestite per commettere non solo concussioni per acquisire la gestione il controllo, diretto o indiretto di appalti pubblici e di varie attività economiche ma anche estorsioni aggravate. Risultavano anche imputazioni per disastro doloso e detenzione di esplosivo. Testualmente: "nello schema previsto dall'articolo 416-bis non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone; rientrano anche piccole "mafie" con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate (l'essere armati e usare materiale esplodente non è infatti elemento costitutivo dell'associazione ex art. 416-bis, ma realizza solo un'ulteriore modalità di azione che aggrava la responsabilità degli appartenenti), che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi, però, del metodo dell'intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà. Entro questa prospettiva, inoltre, si è aggiunto che lo schema dell'art. 416-bis c.p. "non può essere enfatizzato" sino ad arrivare "al punto di postulare condizioni di sostanziale "plagio" sociale generalizzato o addirittura, come qualcuno ha detto, un'adesione generalizzata contro lo Stato all'organizzazione criminale che allo Stato si è sostituita. Certo vi sono mafie potentissime

Tale diversa configurazione del modello associativo mafioso, peraltro, non è solo il risultato di uno spostamento di operatività del delitto dalla criminalità tradizionale ai colletti bianchi¹¹, ma presuppone, invero, una profonda trasformazione della fattispecie e, prima ancora, della stessa concezione di associazione mafiosa.

Si tratta, a questo punto, non tanto di *saggiare*¹², quanto piuttosto di individuare con certezza quali siano i limiti di elasticità della fattispecie, non solo al fine di verificare la possibile adattabilità di quest'ultima a nuovi modelli associativi, ma soprattutto per consentirne una piena riconoscibilità.

La norma incriminatrice, difatti, dilatatasi oltre misura, non consente più alcuna distinzione – se non nell'ambito della risposta sanzionatoria – tra le differenti *dimensioni* del fenomeno criminoso, tra la mafia tradizionale e le nuove-piccole mafie.

Resta, dunque, da chiedersi cosa rimanga, oggi, di quella norma emergenziale introdotta¹³ per fronteggiare quel fenomeno così strutturato e complesso da porsi addirittura in antitesi¹⁴ con il sistema economico politico italiano¹⁵.

radicate sul territorio, con una rete estesissima che realizza un fortissimo controllo sociale, anche legittimate da un ambiente che non solo non reagisce ma in molti casi è portato a interagire con il contro-potere criminale. Ma esistono anche tante “mafie” che non hanno tali caratteristiche e che pure possono essere riportate al modello di stampo mafioso solo per la metodologia che adottano”. Questa corte ha già rilevato (Cass. VI del 12.6.1984) che debbono comprendersi “nell'ampia previsione di cui all'articolo 416-bis c.p. tutte quelle organizzazioni nuove, pur disancorate dalla mafia (tradizionale), che tentino di introdurre metodi di intimidazione, di omertà, di sudditanza psicologica”.

¹¹ Sul punto VISCONTI, *“La mafia è dappertutto” Falso*, Bari, 2016, 37 ss.; FURNARI, “Fin qui, l'incrementata presenza di ‘colletti bianchi’ nell'area della criminalità mafiosa può essere intesa come il significato fisiologico di un'evoluzione delle modalità operative delle associazioni criminali e, come tale, destinato ad essere registrato dall'applicazione dell'art. 416 bis c.p.”

¹² Così, testualmente, nella richiesta di custodia cautelare della Procura della Repubblica di Roma, nel procedimento di cui alla decisione Cass., Sez. VI, 15 aprile 2015, in *Mass. Uff.*, n. 264126.

¹³ Sull'onda emotiva delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio, nelle quali hanno perso la vita Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, e inficiata “perciò, da quei gravi difetti tecnici che caratterizzano buona parte della normativa cosiddetta emergenziale”, così FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia politica*, cit., 138; FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro Italiano*, 1985, 5, 301 e ss.

¹⁴ PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 197, 159 e ss.

¹⁵ CERAMI, DI LELLO, GAMBINO, *Istituzioni, mafia e realtà politico-sociale*, in *Mafia e Istituzioni*, a cura di Magistratura Democratica, Reggio Calabria, 1981; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., nota 6; BRICOLA, *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legislazione Penale*, 1983, 237 e ss.; FIANDACA, *Commento all'art. 1, l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Legislazione Penale*, 1983, 256 e ss.; INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia, in politica del diritto*, in *Politica del diritto*, 1982, 681 e ss.; ROMANO - TINEBRA, (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013; FIANDACA - VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia*, Torino, 2010; RONCO, *L'art. 416 bis*

Si trattava, allora, di fronteggiare una struttura economica e di potere¹⁶ così estesa da risultare in grado di sconvolgere le regole di mercato¹⁷, non solo determinando “una forte lievitazione dei costi delle opere pubbliche”, ma ostacolando addirittura la crescita di una moderna imprenditoria.

È sufficiente leggere i lavori della Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia¹⁸ istituita con la legge 20 dicembre 1962, n. 1720, come pure i risultati della Commissione parlamentare relativa alla prima legge antimafia del 31 maggio 1965, n. 575, per rendersi immediatamente conto a quale *mafia*¹⁹ il legislatore intendesse riferirsi con la previsione di cui all’art. 416-bis c.p.²⁰: si trattava di un fenomeno dalle origini assai lontane²¹, in

nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa, Milano, 2013, 36; CANTONE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Digesto penale*, VII, Torino, 2011, 30; INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993.

¹⁶ MELIGRANA, *Sull’origine e sulla funzione sociale della mafia*, in *Le ragioni della mafia*, a cura di Quaderni Calabresi, Milano, 1983, 32; cfr. anche Commissione Parlamentare Antimafia, *Relazione sui lavori svolti e sullo stato del fenomeno mafioso al termine della V legislatura*, relatore Francesco Cattanei, V legislatura, doc. XXIII, n. 2 *septies*, Camera dei Deputati, Roma, 1972, 114; Commissione Parlamentare Antimafia, *Relazione conclusiva 1976*, relatore Luigi Carraro, VI legislatura, Doc. XXIII, n. 2 Senato della Repubblica, Roma, 1976, 102.

¹⁷ Relazione alla proposta di legge 31 marzo 1990, On.le La Torre, atto parlamentare, Camera dei Deputati, n. 1581.

¹⁸ Primo provvedimento in cui compare il termine mafia in una legge dello Stato; cfr. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 18.

¹⁹ Cfr. in tema DE CESARE, voce *Mafia*, in *Enc. Dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, 14.

²⁰ sulla fattispecie, cfr. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro Italiano*, 1995, V, 21; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 5; FORNACIARI, *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di diritto comparato*, Padova, 2002; RONCO, *l’articolo 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in ROMANO - TINEBRA, (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 55-56; DE FRANCESCO (a cura di), *La criminalità organizzata tra esperienze normative prospettive di collaborazione internazionale*, Torino, 2011; GROSSO, *le fattispecie associative: problemi dogmatici e di politica criminale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 412; INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, in *Enc. Dir.*, App. I, Milano, 1997, 135 e ss; LATAGLIATA, *La repressione dell’associazione di tipo mafioso*, in *Riv. Polizia*, 1984, 754; FLICK, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso: interrogativi e riflessioni sui problemi posti dall’art. 416-bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 849; PATERNITI, *per una interpretazione sistematica dell’art. 416 bis c.p.*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Economia*, 1995, 1273.

²¹ Sul tema la dottrina richiamata in TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 4; ALONGI, *La mafia nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni*, Torino, 1886; COLAJANNI, *La delinquenza della Sicilia e le sue cause*, Palermo, 1885; CUTRERA, *La mafia e i mafiosi. Saggio di sociologia criminale*, Palermo, 1900; cfr. in tema anche INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, cit.; ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, Bari, 2006, 36.

continua espansione, organizzato gerarchicamente²² e dotato di un pieno controllo settoriale sul territorio²³.

Con la norma, dunque, si intendeva assicurare una sicura linea di intervento nei confronti delle consorterie mafiose²⁴, a fronte di una obiettiva inidoneità dell'art. 416 c.p. a ricomprendere in sé tutte le possibili manifestazioni della associazione mafiosa²⁵. Occorreva, altresì, introdurre particolari tecniche investigative²⁶ in grado di fronteggiare quel potere occulto²⁷, quasi tenebroso, che, operando tra sfere diverse di potere²⁸, rinveniva proprio nell'intervento pubblico la sua principale committenza²⁹.

²² Composto da diverse famiglie o cosche regolate gerarchicamente, con un superiore organo di comando denominato cupola o commissione composto dai più "prestigiosi capifamiglia che prendevano le decisioni di maggiore importanza"; cfr. ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 40.

²³ FALCONE - PADOVANI, *Cose di cosa nostra*, Milano, 1991, 100, testualmente: "La cellula primaria è costituita dalla "famiglia", una struttura base territoriale, che controlla una zona della città un intero centro abitato da cui prende il nome (.....) La famiglia è composta da "uomini d'onore" o "soldati" coordinati, per ogni gruppo di dieci, da un "capo decina" ed è governata da un capo di nomina elettiva, chiamato anche "rappresentante", il quale è assistito da un "vice capo" e da uno o più "consiglieri". Qualora eventi contingenti impediscano o rendano poco opportuna la normale elezione del capo da parte dei membri della famiglia, la "commissione" provvede alla nomina di "reggenti" che gestiranno pro tempore la famiglia fino allo svolgimento delle normali elezioni. L'attività delle famiglie coordinata da un organismo collegiale, denominato "commissione" o "cupola", di cui fanno parte i "capi mandamento" e, cioè, i rappresentanti di tre o più famiglie territorialmente contigue. La commissione è presieduta da uno dei capi-mandamento: in origine, forse per accentuarne la sua qualità di *primus inter pares*, lo stesso veniva chiamato "segretario" mentre, adesso, è denominato "capo". La commissione ha una sfera d'azione, grosso modo, provinciale ed ha il compito di assicurare il rispetto delle regole di Cosa Nostra all'interno di ciascuna famiglia e, soprattutto, di comporre le vertenze fra le famiglie"; ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 122.

²⁴ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 3.

²⁵ In particolare il suo possibile *esistere* nella modalità *silente* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, 1966, 630.

²⁶ FALCONE, TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Cass. Pen.*, 1983, 1039; GAITO, *Gli accertamenti fiscali e patrimoniali per i fatti di mafia*, Milano, 1983; GIULIANO, *La tecnica investigativa in tema di delitti di mafia*, in *Lotta alla criminalità organizzata e politica*, Suppl. a Cons. Sup. Mag., 1978-1979, 352.

²⁷ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 34.

²⁸ FIANDACA, LUPO, *La Mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Bari, 2014, 13.

²⁹ La mafia, dunque, veniva considerata come una *entità* così estesa e complessa, in grado addirittura di *sconvolgere le regole di mercato* con "una forte lievitazione dei costi delle opere pubbliche nel mezzogiorno" ed una compromissione, in termini di crescita, della *imprenditoria in Sicilia e in Calabria*, Relazione alla proposta di legge 31 marzo 1980, On.le La Torre, atto parlamentare, Camera dei Deputati n.1581, Proposta di legge del 31 marzo 1980 (atto Camera n.1581) dell'On. La Torre.

D'altra parte, allorquando fu introdotta la fattispecie, la mafia aveva sferrato il più forte attacco allo Stato³⁰: una *mattanza* che tra l'81 e '82 fa circa mille morti³¹, una vera e propria guerra contro lo Stato³².

Altra storia, di tutt'altro respiro³³, rispetto alle cc.dd. *nuove e piccole mafie*.

È, dunque, in tale contesto storico che prende vita la fattispecie attraverso una *trasposizione "forte" degli elementi della mafia storica*³⁴ nella norma incriminatrice³⁵: una configurazione del delitto che può dirsi integrante l'indirizzo interpretativo *forte* o *tradizionale* del reato.

Accanto ad esso, invero, si è formato negli ultimi anni un opposto orientamento interpretativo indirizzato verso una *dilatazione* della fattispecie che prospetta, appunto, la configurabilità di *nuovi modelli* associativi mafiosi: si tratta di un indirizzo interpretativo che può qualificarsi come *debole* o *estensivo*.

Occorre, a questo punto, chiedersi come tali opposti indirizzi possano bilanciarsi, ma prima ancora quali siano i precisi *confini* della fattispecie ed i relativi *limiti di flessibilità* al fine di evitare una *pericolosa* ed incontrollata deriva espansionistica del delitto.

³⁰ "... in questo contesto assai drammatico, confuso e incerto che sarebbe riemersa la vecchia tentazione italiana di stipulare un nuovo patto di non belligeranza un nuovo compromesso con i contropoteri criminali", FIANDACA - LUPO, *La Mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, cit., 76; ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 109 in cui, testualmente: "Gli anni '80 si aprono con i nuovi omicidi eccellenti"; in tale contesto si verificano difatti gli omicidi dell'On.le Pio La Torre in data 30 aprile 1982, del Gen. dalla Chiesa in data 3 settembre 1982, del magistrato Rocco Chinnici e della sua scorta in data 29 luglio 1983; segue l'avvio a Palermo del primo vero maxi processo contro la mafia in data 8 novembre 1985; si verificano le uccisioni dei giudici Falcone e Borsellino e le seguenti stragi dimostrative consumate tra maggio e luglio 1993 a Firenze, Milano e Roma.

³¹ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 109; "In questo clima, arriva a Palermo, nell'82, Carlo Alberto della Chiesa, generale dei carabinieri, colui aveva dato un contributo essenziale alla sconfitta del terrorismo rosso, nominato Prefetto di Palermo. La sua avventura palermitana dura cento giorni. Privato di mezzi ed isolato, viene ucciso assieme alla moglie Emanuela Setti Carraro".

³² TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 62;

³³ SCIASCIA, *La storia della mafia*, Palermo, 2013, 39: "Centro della Sicilia. A cavallo fra gli anni Trenta e i Quaranta del secolo scorso. La miseria si taglia a fette; il fascismo incombe e sorveglia; la mafia è acquattata per la repressione del "prefetto di ferro", ma pronta a rimettersi in piedi. La giustizia solo una vaga idea, la libertà nemmeno quella, i diritti solo una parola, la violenza fa parte del paesaggio, l'arbitrio è la regola, l'equità solo un incidente di percorso nella vita dei povericristi".

³⁴ Così, FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016, 6.

³⁵ "una *trasposizione normativa* di caratteri propri espressi da organizzazioni sociali collocate in aree che tradizionalmente esprimevano forme di criminalità organizzata" così nella Richiesta di custodia cautelare della Procura della Repubblica di Roma nel procedimento di cui alla decisione Cass., Sez. VI, 15 aprile 2015, in *Mass. Uff.*, n. 264126.

2. I fattori espansionistici

Numerosi sono i fattori che hanno contribuito alla *espansione* della fattispecie; *in primis* la intrinseca e genetica *mutevolezza* del fenomeno mafioso³⁶.

La associazione mafiosa, d'altra parte, si presenta sempre come la conseguenza di una *metamorfosi più o meno remota*³⁷ risultando il *frutto dell'evoluzione* di un precedente sodalizio criminoso *indifferenziato*, il c.d. sodalizio *matrice*.

Nella impostazione tradizionale, difatti, dal sodalizio-*matrice* scaturiscono sodalizi-*derivati* che vengono ad assumere una propria individualità non appena in grado di sviluppare quella carica intimidatrice autonoma e necessaria per la sussistenza del delitto³⁸.

In fondo, è la stessa complessità del fenomeno *mafioso* a consentire una estensione ermeneutica della fattispecie: si tratta di una nozione *sovradeterminata* che viene ad identificare, nel medesimo tempo, un' *associazione criminale*, una *realtà storica*, un *codice culturale*, una *struttura di potere che interagisce col sistema legale considerato nella molteplicità delle sue articolazioni (politico-istituzionale, socio- economica)*³⁹.

Nella vastissima letteratura in tema, difatti, alle definizioni di *vecchia* e *nuova* mafia, si sovrappongono ulteriori nozioni di *mafia* talvolta intesa come *organizzazione segreta* o come *comportamento*, altre volte come *mafia rurale*, *mafia urbana*, *mafia imprenditrice* e *mafia finanziaria*⁴⁰.

Alla *dilatazione* della fattispecie, ancora, ha sicuramente contribuito la *evanescenza* del bene giuridico protetto ritenuto in dottrina *rarefatto*, *sfuggente*, *smaterializzato*, *inafferrabile*, *di pura creazione legislativa*⁴¹. Già da tempo, peraltro, si era rilevato in senso critico come la norma non indicasse né il bene giuridico

³⁶ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 33.

³⁷ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 139.

³⁸ Op. ult. cit., 140 nota 40; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 95.

³⁹ FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, *Foro It.*, 1993,V, 137 ss.

⁴⁰ INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 56.

⁴¹ MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale di diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino, 2012, 382, così: "La formula, pur ormai terminologicamente assestata, rimane in qualche misura oscura e manca di sostanza concreta. La determinazione dell'interesse protetto non può, invero, essere lasciata all'esclusiva scelta del legislatore, il quale "può stabilire i modi di tutela ritenuti più efficaci, ma non può creare (nel significato proprio del termine) il bene giuridico" con riferimento a PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., 130; cfr. FIORE, *Ordine pubblico* (dir. pen.) in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1088; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2012, 461; INSOLERA, *Sicurezza ed ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 2010, 29 ss..

tutelato, né un *evento* in grado di *incorporarne univocamente l'offesa*⁴², a conferma di quella tendenza a sanzionare la *mafiosità* come “nemico da combattere in una ottica di estrema efficienza di marca repressiva” relegando, invero, in secondo piano il ruolo del bene giuridico da proteggere⁴³.

Allo sviluppo dell'indirizzo *debole* o *estensivo* della fattispecie, inoltre, può aver contribuito la incerta qualificazione del delitto, talvolta inteso come *monoffensivo* a tutela dell'ordine pubblico immateriale⁴⁴, materiale⁴⁵, economico⁴⁶ o della pubblica tranquillità⁴⁷; altre volte come *plurioffensivo*⁴⁸ a tutela, non solo dell'ordine democratico e dell'ordine pubblico, ma anche della libertà di mercato e di iniziativa economica⁴⁹ ovvero della libertà morale dei consociati di fronte al metodo mafioso⁵⁰.

Ma non solo; talvolta il reato è stato qualificato come reato di *pericolo*⁵¹, altre volte come delitto *a struttura mista* “con componente di danno consistente pro-

⁴⁴ *Infelice formulazione*” della fattispecie associativa non “elenca una serie di finalità eterogenee, di cui alcune sono del tutto lecite, altre illecite, altre costituiscono delitto; inoltre, definisce il metodo mafioso con una formulazione ambigua, dalla quale non emerge con dovuta chiarezza se sia richiesta o no la commissione di atti di violenza e minaccia. Tutto ciò rende più complicata l'individuazione del bene tutelato”, così CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, MOCCIA a cura di, Roma, 2007, 391.

⁴⁵ In questa materia “da sempre politicamente problematica anche per le evidenti allusioni simboliche che promanano dal modello della lotta alla mafia”, così, FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 19; D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale «senza prova»*, Reggio Calabria, 2012, 129; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 53 ss.; CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in *Scenari di mafia*, a cura di Fiandaca e Visconti, Torino, 2010, 153, in cui: “lo stesso articolo 416 bis c.p. in quanto tale - cioè, si badi, ben distinto dall'enorme apparato repressivo sanzionatorio, procedimentale e penitenziario al quale si collega-deve la sua origine, come fu prontamente rilevato, più alla necessità di superare resistenze culturali alla riconduzione delle associazioni mafiose all'associazione per delinquere che a reali necessità tecniche”.

⁴⁶ CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 390 e ss. inteso in senso *tradizionale* come “intreccio tra repressione prevenzione”; MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, cit., 383.

⁴⁷ DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1987, 290.

⁴⁸ VALIANTE, *L'associazione criminosa*, Milano, 1997, 276.

⁴⁹ Sulla configurabilità dell'associazione di tipo mafioso come reato di danno per la pubblica tranquillità cfr. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale*, Milano, 1988, 290.

⁵⁰ In tema CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 393.

⁵¹ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 470;

⁵² SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, 103;

⁵³ Cass., Sez. II, 15 maggio 2015, Concas e altri, *Mass. Uff.*, n. 264120; Id., Sez. V, 25 giugno 2003, Di Donna, *Mass. Uff.*, n. 227361; FIANDACA, “*Commento all'art. 1, l. 13/9/1982 n. 646*”, cit.; nonché NEPPI,

prio nell'estrinsecazione o nella manifestazione obiettiva del metodo intimidatorio⁵², altre volte ancora come reato di *danno attuale, effettivo e reale* all'ordine pubblico⁵³.

Peraltro, la questione sembra aver perso di attualità a seguito dell'affermarsi in ambito *internazionale, comunitario e convenzionale*⁵⁴ di una concezione materiale di ordine pubblico a cui la fattispecie non può che rivolgersi.

MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Democrazia e diritto*, 1983; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit.

⁵² Cfr. SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.*, in cui: "Secondo un primo indirizzo la violazione di cui all'art. 416 bis c.p. costituisce una *species* del *genus* del reato associativo di cui all'art. 416 c.p. Secondo tale orientamento, l'elemento specializzante è costituito proprio dal metodo intimidatorio che non deve necessariamente estrinsecarsi poiché deve essere solo rappresentato e voluto (dolo specifico). È questa la tesi dei cd. "cerchi concentrici" dove il 416 bis c.p. costituisce il cerchio minore del più ampio cerchio rappresentativo del reato associativo di pericolo previsto e punito dall'art. 416 c.p.. Il secondo orientamento ritiene che la formulazione letterale di cui all'art. 416 bis c.p. non permetta di ritenere la fattispecie come reato di pericolo presunto. Infatti, la norma stabilisce che "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" e quindi prevede che gli affiliati debbano avvalersi del metodo intimidatorio. Quindi il metodo deve manifestarsi, deve concretamente ricorrere ed esteriorizzarsi con modalità obiettivamente riscontrabili. In tale prospettiva, il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. rispetto alla fattispecie di cui all'art. 416 c.p. è raffigurabile con due cerchi che solo parzialmente sono coincidenti avendo l'associazione di stampo mafioso una componente propria (rappresentata dall'avvalimento del metodo intimidatorio) che lo rende anche reato di danno. Il metodo, nella prospettiva qui esaminata, costituisce quindi elemento strutturale e oggettivo della fattispecie di reato e, di conseguenza, deve oggettivamente ricorrere. Ai due suddetti indirizzi, se ne aggiunge un altro che può definirsi "intermedio" e che, pur facendo salva la natura di reato di pericolo del reato di cui all'art. 416-bis c.p., ritiene che debba comunque ricorrere l'utilizzo della fama o del prestigio criminale di cui gode l'associazione a causa delle pregresse ed inveterate azioni di violenza e minaccia. In altri termini, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 416-bis c.p., secondo questa tesi, occorre dimostrare che coloro che sono venuti a contatto con gli interessi dell'associazione abbiano avuto contezza e si siano determinati a fare o non fare proprio in considerazione dell'alone intimidatorio che permea di sé la stessa compagine e che impone di fatto dei comportamenti al fine di evitare le conseguenze dannose di un eventuale rifiuto o opposizione alle richieste di esponenti del sodalizio".

⁵³ "Per quanto le categorie rispettivamente del pericolo e del danno siano discutibili per la loro relatività", così RONCO, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di ROMANO-TINEBRA, Milano, 2013, 62; sulla esclusione della natura di reato di pericolo cfr. Cass.VI, 22 giugno 2001, in *Foro Ambrosiano*, 2002, 8.

⁵⁴ Anche in ragione degli impegni assunti in tali sedi; così, DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*; in tema anche ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in BRICOLA, ZAGREBELSKY, *Codice penale. Parte speciale*, Vol. IV, Torino, 354.

In tale quadro, anche la nuova e più ampia dimensione europea⁵⁵ dell'*ordine pubblico* e della *sicurezza*⁵⁶, nonché le connesse finalità di *prevenzione generale*⁵⁷, possono certamente aver influito nel percorso *estensivo* della fattispecie. Il contrasto alla criminalità organizzata, d'altra parte, rappresenta “uno dei terreni di innesto e dei motori di ricerca più attivi nel percorso di armonizzazione dei sistemi nazionali”⁵⁸ anche perché alla globalizzazione dei mercati *segue di regola* una corrispondente *globalizzazione della criminalità*⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. BALSAMO - LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento Europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, in *Dir. pen. cont.*, in cui: “L’obiettivo perseguito dalla risoluzione, che mira all’inserimento della lotta alla criminalità organizzata tra le priorità politiche e richiede una strategia europea specifica e orizzontale in questa materia, appare di estrema attualità in un momento storico nel quale la crisi economica che attraversa l’Europa sembra avere rafforzato il potere finanziario delle mafie, capaci - secondo una recente stima riferita soltanto al contesto italiano - di muovere un fatturato di circa 140 miliardi di euro, con un utile superiore ai 100 miliardi di euro 65 miliardi di euro di liquidità, ponendosi così come il più grande “agente economico” del paese”.

⁵⁶ Sul rilievo che i nuovi interventi normativi in materia costituiscano “una operazione di marketing politico”, cfr. INSOLERA, *Ripensare L’antimafia: il sistema penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

⁵⁷ “Introduzione di una nuova figura di reato potrebbe, anzitutto, incidere sul piano di una prevenzione generale operante sotto forma di orientamento culturale: cioè la esplicita stigmatizzazione legislativa della mafia come associazione delittuosa, imprimendosi nella coscienza dei consociati, potrà nel tempo forse sortire un effetto educativo. In secondo luogo, l’espreso riconoscimento del carattere delittuoso delle associazioni mafiose dovrebbe produrre positivi risultati sul terreno della politica giudiziaria: d’ora in avanti sarà più difficile assumere orientamenti giurisprudenziali compiacenze di copertura, facendo leva sull’artificioso dubbio relativo alla natura delittuosa della mafia e delle organizzazioni ad essa consimili”, così FIANDACA, *Commento all’art. 1, l. 13 settembre 1982, n. 646*, cit., 266.

⁵⁸ MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*, 2013, Torino, 23.

⁵⁹ Così, testualmente, D’ASCOLA, *Le nuove mafie ed il reato associativo transazionale*, in *Il doppio binario nell’accertamento dei fatti di mafia*, Bargi (a cura di), 125; si legge “il perimetro degli interessi delle organizzazioni criminali si è oggi allargato e tende a spostarsi verso le aree caratterizzate da un sistema finanziario maggiormente vulnerabile, imponendo così la propria presenza in settori crescenti del mercato globale. Inevitabile, allora, che le forme di criminalità testé evocate assumano una dimensione sempre più transnazionale e de-localizzata”

Così, è stato proprio il “mutamento di scala” delle organizzazioni criminali⁶⁰ uno dei principali fattori che ha portato la comunità internazionale⁶¹ ad occuparsi della criminalità organizzata⁶² non attraverso un’*opera simbolica di armonizzazione e di unificazione* di normative interne⁶³, bensì *dando corpo* ad una vera e propria *identità collettiva europea* in materia di incriminazione delle organizzazioni criminali⁶⁴.

Peraltro, solo incidentalmente, si osserva come la nozione di *gruppo criminale organizzato* prevista dall’art. 2 lett. a) della Convenzione Onu del 2000⁶⁵ risulti incentrata su taluni elementi - quali la organizzazione strutturale⁶⁶, la gravità dei

⁶⁰ MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*, cit., 24; CENTONZE, *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013, 206, in cui: “La prospettiva economica che abbiamo recepito in questa ricerca ci consente di affermare che le principali questioni che agitano il dibattito sulla globalizzazione del crimine sugli strumenti normativi di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale nei paesi del mondo occidentale non possono essere affrontate con un approccio meramente nazionalistico”; CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, 117 ss.; REES, *Transnational organized crime, security and the European Union*, in F. ALLUM - R. SIEBERT, *Organized crime and the challenge to democracy*, London, 2003, 112 ss.

⁶¹ Convenzione di Palermo 2000 sul crimine organizzato transazionale e conseguente legge di ratifica n.146 del 16 marzo 2006; Convenzione di Vienna del 1988; Trattato UE di Amsterdam; decisione del Consiglio di Europa in GUCE in L 351 del 29 dicembre 1998; Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell’Unione europea del 24.10.2008 sulla lotta alla criminalità organizzata; Piano di azione contro la criminalità organizzata del 1997 in GUCE n.C 251 del 15 agosto 1997 Programma dell’Aja adottato dal Consiglio europeo il 5.11.2004; Programma di Stoccolma adottato dal Consiglio europeo dell’11.12.2009; Il Trattato di Lisbona; Convenzione delle Nazioni Unite adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 15.11.2000 e del 31.5.2001; Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011; Documento di lavoro sulla criminalità organizzata del Parlamento europeo 2012; Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro; art.8 legge n.69 del 2005 che introduce “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI”; cfr. in tema Cass., Sez. un., n. 17706 del 2005, in *Mass. Uff.*, n. 230895; Id., Sez. un., n. 15, 1 luglio 2016.

⁶² Pur in assenza di una definizione davvero appagante di *criminalità organizzata*; così, D’ASCOLA, *Le nuove mafie ed il reato associativo transazionale*, cit., 125.

⁶³ Una armonizzazione delle diverse figure associative vigenti in Europa: dalla association de malfaiteurs in Francia, alla Kriminelle Vereinigung tedesca ed austriaca, alla Conspiracy inglese; in tema cfr. MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*, cit., 31.

⁶⁴ Nozione quest’ultima suddivisa in ambito europeo tra il modello associativo e cospirativo. In tema cfr. MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*, cit., 54 e 55.

⁶⁵ “in gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto il 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”.

⁶⁶ Art. 2 lett. c) Convenzione ONU del 2000; è strutturato “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”.

reati di scopo, il numero minimo dei componenti e la tendenziale stabilità dell'accordo – corrispondenti tutti ai requisiti fondamentali tipici del modello associativo tradizionale⁶⁷; in una direzione, dunque, di apparente segno contrario rispetto a quell'orientamento *estensivo* della fattispecie, sempre più interessato alle dimensioni *nuove* e *minime* del sodalizio.

Di certo, in ambito internazionale, non sembra esservi traccia di una norma incriminatrice corrispondente all'art. 416-*bis* c.p., né gli interventi europei di armonizzazione delle più gravi forme di manifestazione di criminalità organizzata⁶⁸ sembrano muoversi nella direzione di una possibile *esportazione* del delitto di associazione mafiosa⁶⁹, rimanendo orientati, piuttosto, verso una *criminalizzazione della partecipazione all'organizzazione*⁷⁰.

Ulteriore fattore che ha contribuito alla *estensione* ermeneutica della fattispecie può individuarsi in quel costante orientamento giurisprudenziale che tende a considerare la *mafia* non tanto come *entità* bensì come *metodo*, come se il legislatore avesse inteso sanzionare con una specifica disposizione non tanto la riconducibilità di un sodalizio alla *mafia* – intesa appunto quale *entità* – quanto piuttosto l'utilizzo del *metodo mafioso*⁷¹ da parte di una associazione; come se il legislatore avesse inteso ricollegare la *mafiosità* di un sodalizio al mero utilizzo del metodo.

Per tale orientamento, difatti, la associazione mafiosa verrebbe a sussistere anche in assenza di una *origine mafiosa* o di un collegamento espresso con la *mafia*, perché, con la dizione *di tipo mafioso* contenuta nella norma, il legislatore avrebbe inteso semplicemente riferirsi al *modello, allo stampo mafioso*⁷²:

⁶⁷ Cfr. in tema Cass., Sez. un., 1 luglio 2016, 27, punto 13.

⁶⁸ Cfr. in tema MILITELLO, *Criminalità organizzata transnazionale e l'intervento europeo fra contrasto e garanzie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4, 2011, in cui “la tendenza ad aumentare per qualità e quantità l'intervento europeo in materia penale, tanto rispetto al contrasto alla criminalità transnazionale quanto per la tutela di interessi europei, appare in linea con la crescita complessiva del ruolo dell'Unione Europea e delle sue competenze. Meno attesa risulta invece riferimento alla criminalità organizzata solo a chiusura del non breve elenco di fenomeni criminali espressamente indicati meritevoli di interventi di armonizzazione dell'Unione Europea” ed ancora “in linea con tali orientamenti, sin dalla versione di Amsterdam dei trattati proprio la criminalità organizzata, insieme al terrorismo traffico di stupefacenti, appartiene ai *core crimes* che legittimano misure dell'Unione Europea di armonizzazione normativa in materia penale”.

⁶⁹ Cfr. in tema, CALDERONI, *La decisione quadro dell'UE sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo impatto sulla legislazione degli stati membri*, in *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie*, a cura di Alfano, Varrica, Milano, 2012, 19 ss.

⁷⁰ Art. 5, co. 1, Conv. ONU ed art.2 lett. a) e b), DQ 2008 ; Decisione quadro 2008.

⁷¹ In tema, cfr. ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 34.

⁷² Cass. Pen. VI , n. 713 del 12.6.1984 dep. 10.7.1984 , Rv.165262 ; richiamata in Cass. Pen., Sez. VI,

sarebbe, dunque, il modo di esplicitarsi dell'attività criminosa⁷³, e non altro, a prospettare l'esistenza di un'associazione mafiosa, così consentendo la configurabilità di diversi modelli associativi in ragione, appunto, del loro modo di apparire⁷⁴.

Svincolata dalla *mafia* intesa come *entità* e qualificata dal solo *metodo* mafioso⁷⁵, la fattispecie sembra aver preso il largo, abbandonando gli originari punti di riferimento.

In definitiva, da caratterizzazione intrinseca e genetica del sodalizio, la *mafiosità* sembra essere divenuta solo un mero ~~un~~ indice qualitativo del ~~solo~~ *modus operandi*⁷⁶.

Ma non è finita. Nel percorso *espansivo* della fattispecie ha certamente influito anche la scarsa attenzione mostrata dall'interprete alla fattispecie *minore* di cui all'art. 416 c.p.⁷⁷ le cui sanzioni non sembrano più da tempo soddisfare quel *bisogno di pena*⁷⁸ avvertito nella comunità sociale per contrastare la criminalità

sent. 10 aprile 2015, n. 24535.

⁷³ Cass. Pen. I, n. 2466 del 8.11.1984, Rv. 166817.

⁷⁴ TRANEAGLIA, *La mafia come metodo*, Mondadori Università, 2012, 23; RONCO, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., 60 e ss.; CARUSO, *Struttura portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, Romano (a cura di), Torino, 2015, 51.

⁷⁵ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit.

⁷⁶ Cass., Sez. II, n. 19483, 7 maggio 2013, in *Mass. Uff.*, n. 256042; "La comotazione tipica dell'associazione ex articolo 416-bis c.p. si trova "nella metodologia di tipo mafioso cioè nell'intenzionalità di usare la forza intimidatrice ciò che da essa, direttamente o indirettamente ne consegue. Perché la stessa si delinea "è sufficiente dimostrare di volersi avvalere, il tentare di avvalersi di tale metodologia. Assoggettamento ed omertà sono le conseguenze prevedibili e possibili dell'uso di tale forza intimidatrice, indicano l'obiettivo che l'associazione tende a realizzare, costituiscono un possibile *posterius* non un *prius* logico o cronologico". Non per nulla il legislatore ha parlato di assoggettamento o di omertà che dall'uso della forza intimidatrice deriva e non che ne è derivata (Cass.VI, 22 agosto 1989). Ne discende, ancora, che la forza di intimidazione del sodalizio è una componente strutturale del suo "patrimonio" e può sussistere anche a prescindere dalla sua concreta utilizzazione, giacché ciò che conta è che il timore suscitato dall'associazione risulti di per sé idoneo a creare un clima di assoggettamento di omertà, come conseguenza di una "fama criminale" consolidatasi nel tempo in forza di precedenti atti di violenza e sopraffazione" ed ancora "ciascuna entità associativa di stampo mafioso, al di là del nome in più o meno tradizionale, vive di regole proprie assume altresì connotati strutturali, dimensioni operative ed articolazioni territoriali che vanno analizzati caso per caso, senza che i relativi modelli debbano essere necessariamente riconducibile ad una sorta di unità ideale, con la conseguenza che, ciascun fenomeno associativo, potranno mettersi caratteristiche peculiari e ritenersi applicabili massime di esperienza, non necessariamente trasferibili rispetto a sodalizi mafiosi di diversa matrice" in Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535.

⁷⁷ Sui rapporti tra l'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso, cfr. DE FRANCESCO, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, vol. I, Torino, 1987, 310.

⁷⁸ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, Domenico Siciliano (a cura di), 12; ed. originale *Warum Strafe sein muss. Ein Plaidoyer*, Berlin, Ullstein Verlag, 2009; "Il diritto penale è strettamente

organizzata. A ciò si aggiunga anche il confine incerto ed assai sfumato tra l'associazione semplice e quella mafiosa, ancora più evidente in quei sodalizi che si trovano in *cammino* verso una *mafiosizzazione* non ancora compiuta⁷⁹.

In ultimo, può aver contribuito all'*estensione* interpretativa del delitto anche il coinvolgimento giudiziale di *nuove classi di soggetti*⁸⁰ "nell'orbita del sistema di contrasto della criminalità mafiosa", la c.d. *borghesia mafiosa*⁸¹ che, di fatto, sembra aver modificato *il volto stesso del mafioso* rispetto ai modelli classici *radicati nell'immaginario collettivo*⁸² e ciò nonostante gli stretti rapporti tra mafia e pubblica amministrazione possano considerarsi una costante nella fattispecie⁸³.

collegato alla politica. Chi si occupa di politica criminale presta attenzione alle opinioni e agli umori della gente comune, e sa bene che una politica penale popolare o anche populista consente di conquistare i voti degli elettori. Difatti, le nostre opinioni su quale sia la giusta politica criminale sono di solito più chiare, nette ed emotive di quanto generalmente accada. Le nostre speranze di ottenere protezione da parte dello stato e sicurezza nella vita quotidiana si rivolgono innanzitutto al diritto penale".

⁷⁹ Cass. II, 12 gennaio 2015, Valle, in *De Jure*; cfr. anche TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 134.

⁸⁰ Cfr. in tema FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 2 e ss.

⁸¹ Cfr. in tema PAOLONI, *Il ruolo della borghesia mafiosa nel delitto di concorso esterno in associazione di stampo mafioso. Un esempio della perdurante validità delle Sezioni Unite "Mammì"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1397 ss.; FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 2; SIRACUSANO, *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *questa Rivista*, 2016, 115, in cui "l'area grigia è, quindi, il luogo ideale in cui si sviluppano i rapporti di complicità tra soggetti esterni all'organizzazione criminale e i membri dell'associazione, la zona nella quale si instaurano vincoli affaristici e legami di solidarietà tra il colluso e gli appartenenti al sodalizio, il territorio dove consolida il proprio ruolo la "borghesia mafiosa".

⁸² Cfr. in tema FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 2 ss.

⁸³ La stretta connessione tra i fenomeni mafiosi e la pubblica amministrazione non è un tema nuovo; gli stessi studiosi del fenomeno, difatti, collocano nel periodo 1947-1970 il periodo della mafia imprenditrice che venne a "stringere con il potere politico relazioni più strette che nel passato in quanto il ruolo della amministrazione pubblica nella nuova situazione economica era di molto cresciuto"; "La storia di Cosa nostra può essere suddivisa in cinque periodi: 1860-1926: periodo della mafia rurale, dei "campieri" (o "gabelloti"); 1926-1943: dal prefetto Mori allo sbarco degli Alleati in Sicilia; 1943-1947: periodo di transazione e movimento indipendentista siciliano; 1947-1970: mafia dei suoli urbani e del commercio agricolo-mafia imprenditrice; la guerra di mafia degli anni Ottanta", in ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 90 e 40; ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983, 92; sulla originalità della criminalità mafiosa, cfr. SAVONA, *Le organizzazioni criminali di Europa vista e dall'esperienza italiana, in scenari di mafia. Orizzonte terminologico e innovazioni normative*, in *Scenari di mafia*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2010, 31.

3. La degradazione in senso qualitativo della fattispecie: la carica intimidatrice

Si assiste, dunque, ad un'estensione della fattispecie in ragione di una *degradazione* qualitativa degli indici di mafiosità contenuti nella norma. Si tratta di un "progressivo allentamento dei requisiti essenziali dell'associazione di tipo mafioso in tutte le componenti del metodo"⁸⁴, con una generale *perdita* di significato degli elementi oggettivi del reato⁸⁵.

Questo è sostanzialmente il tema delle cc.dd. *nuove mafie*.

In tale percorso evolutivo (*rectius*, involutivo) della norma incriminatrice, gli originari indici di mafiosità, *consolidatisi* negli anni, non sembrano più attuali e vincolanti.

Per i sostenitori delle *nuove mafie*, difatti, la *stratificazione giurisprudenziale* dei tradizionali indici di mafiosità sarebbe dovuta, per lo più, alla mancanza di fattori innovativi nell'ambito del medesimo fenomeno criminoso: ~~esse~~ le sentenze, in sintesi, avrebbero riguardato essenzialmente "organizzazioni mafiose di tipo tradizionale"⁸⁶.

Seguendo l'orientamento *estensivo* della fattispecie, dunque, gli indici di mafiosità classici non corrisponderebbero in senso assoluto ai dati qualificanti della fattispecie, ma, in quanto indici di mera produzione giurisprudenziale, sarebbero soggetti a possibile mutazione nei limiti del significato letterale della norma.

⁸⁴ Così, testualmente FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 15.

⁸⁵ INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.*, 1982, 692.

⁸⁶ Sul punto la richiesta di custodia cautelare della Procura della Repubblica di Roma nel processo c.d. *Mafia Capitale*, cit., testualmente: "la prova dell'esistenza di un sodalizio criminoso che si avvale di un metodo mafioso, secondo la giurisprudenza di legittimità, può essere desunta da una serie di indici rilevatori quali la segretezza del vincolo, i vincoli di comparaggio o comparatico tra gli adepti, il rispetto assoluto del vincolo gerarchico, l'accollo delle spese di giustizia da parte della cosca, il diffuso clima di omertà come conseguenza e indice rivelatore dell'assoggettamento alla consorterìa".... "Il tema da analizzare è se vi sia corrispondenza biunivoca tra la sussistenza di un fatto di associazione di tipo mafioso e l'esistenza in concreto di tali indici di mafiosità, se, cioè, l'assenza di uno o più di tali indici abbia idoneità a falsificare un'ipotesi di accusa che qualifichi i fatti ex art. 416-bis c.p. La questione, ad avviso del pubblico ministero, deve essere risolta negativamente. Postulare una corrispondenza biunivoca tra indici di mafiosità, così come elaborati in giurisprudenza, e sussistenza di un fatto qualificabile ex art. 416-bis c.p. significa, alternativamente, introdurre nel tipo legale elementi in esso non contemplati ovvero impedire al giudice di apprezzare la sussistenza di un fatto (*id est*: la sussistenza del metodo mafioso) fuori da limiti legalmente posti. Operazioni ermeneutiche, l'una e l'altra, *contra legem*: la prima sul piano del diritto penale sostanziale; la seconda sul piano del diritto processuale".

Si è così affermato nel panorama giurisprudenziale, un diverso – neanche troppo recente – modello di associazione mafiosa svincolato dal modello *storico* o *tradizionale* che viene a prospettare la configurabilità di nuove forme di associazioni di tipo mafioso, di *origine non remota*⁸⁷, comunque in grado di sviluppare intimidazione⁸⁸.

In tale percorso di degradazione degli indici qualitativi della fattispecie⁸⁹ – a considerare l’omertà e l’assoggettamento come *semplici corollari dell’intimidazione*⁹⁰ (ovvero, meglio, l’assoggettamento come il risultato esterno della forza di intimidazione e l’omertà come un *aspetto particolare dell’assoggettamento*⁹¹) – è proprio la forza di intimidazione, quale primario elemento strumentale tipico⁹² finalizzato alla realizzazione degli scopi dell’associazione⁹³ a subire il primo e più profondo ridimensionamento in termini di intensità e di significato.

Secondo l’orientamento *forte* (o tradizionale o restrittivo), difatti, la forza di intimidazione verrebbe ad esprimere una carica autonoma e sistematica⁹⁴, diffusa⁹⁵, così *profonda* e *radicata* nel tessuto sociale da lasciare interpretare la condizione di assoggettamento e dell’omertà come uno stato di assoluta compromissione della libertà di autodeterminazione: in sintesi, uno stato di *immunità intimidatoria*.

⁸⁷ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 133.

⁸⁸ Sulla circostanza che le c.d. nuove mafie non sarebbero caratterizzate solo da un affievolimento di significato degli indici qualificanti interni, ma anche da una estensione sotto il profilo soggettivo della tipologia degli associati, cfr. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale? Di “mafia” in “mafia”, fino a “Mafia Capitale”*, cit.; testualmente: “È in atto, insomma, il coinvolgimento giudiziale di nuove classi di soggetti (anche a titolo di partecipi) nell’orbita del sistema di contrasto della criminalità mafiosa, tale da comportare la modifica del volto stesso del “mafioso” in sensi ben diversi da quelli radicati nell’immaginario collettivo e, tutto sommato, nei repertori giurisprudenziali”.

⁸⁹ Intesa anche come una progressiva rivisitazione degli elementi del metodo mafioso; cfr. Così, testualmente FORNARI, cit., *Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale? Di “mafia” in “mafia”, fino a “Mafia Capitale”*, cit., 11.

⁹⁰ FIANDACA, *Commento all’art.1, l. 13 settembre 1982, n. 646*, cit., 260.

⁹¹ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 133.

⁹² NEPPI MODONA, *Il reato di associazione di tipo mafioso*, in *Dem. e dir.*, 1983, 41; NEPPI MODONA, *I delitti di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 4, 48.

⁹³ FIANDACA, *Commento all’art.1, l. 13 settembre 1982 n. 646*, cit., 260.

⁹⁴ CARUSO, *Struttura portata applicativa dell’associazione di tipo mafioso*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., 46.

⁹⁵ PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, a cura di ID., in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2010, 282.

Secondo l'indirizzo *debole* (o nuovo o estensivo), invero, la carica intimidatoria del sodalizio non richiederebbe particolari connotazioni, potendosi prospettare anche allo stato *generico, potenziale*⁹⁶ o, addirittura, *occasionale*. Per tale orientamento, infatti, anche una singola condotta, considerata in rapporto alle sue specifiche modalità ed al tessuto sociale di incidenza, sarebbe in grado di esprimere di per sé la forza intimidatrice di un vincolo associativo⁹⁷.

Tale degradazione di significato del principale indice di mafiosità viene, quindi, a riflettersi sulle conseguenze della carica *intimidatoria* ed, in particolare, sul *controllo del territorio*.

Secondo l'indirizzo estensivo, difatti, il controllo del territorio da parte del sodalizio sarebbe solo una conseguenza *eventuale* della esistenza di un'associazione, peraltro priva di particolari connotazioni, potendo riguardare indifferentemente *“territori più o meno estesi ma anche solo limitati settori ed attività o a limitati aggregati sociali* e ciò, nonostante la dottrina avesse *qualificato* il controllo sul territorio come una naturale finalità della associazione⁹⁸.

Si è così ben lontani da quella *effettiva e permanente* capacità di intimidazione richiesta dalla giurisprudenza come *“patrimonio”*⁹⁹ ed elemento strutturale del sodalizio, da quell'*alone permanente* che si *manteneva vivo*¹⁰⁰ a prescindere dal compimento dei singoli atti di intimidazione.

Ridotta, in termini di intensità e di significato, la *carica intimidatoria autonoma*, è, dunque, l'intera fattispecie a risultare ridimensionata.

È proprio sul terreno dell'intimidazione, difatti, che *si gioca la partita* dei confini della fattispecie, in quanto il primo quesito da risolvere, al fine di uniformare i diversi indirizzi interpretativi in tema di associazione mafiosa, è stabilire

⁹⁶ VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord*, in *Dir. pen. cont.*, 29.

⁹⁷ Cass., Sez. VI, n.1793, 3 giugno 1993, dep.11 febbraio 1994, Rv.198577.

⁹⁸ Attraverso una *“trasformazione incessante dell'accumulazione della ricchezza ai fini della commissione di nuovi delitti”*, RONCO, *L'art.416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., 61.

⁹⁹ FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale? Di “mafia” in “mafia”, fino a “Mafia Capitale”*, cit., 7.

¹⁰⁰ Cass., Sez. I, 12 dicembre 2003, M.RG, in *Cass. pen.*, 2005, 2965; cfr. in tema INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 65, con richiamo a DE FRANCESCO, 310 ss.

con chiarezza se la carica intimidatoria percepita all'esterno¹⁰¹ – sia essa esplicita¹⁰², implicita¹⁰³ o anche solo larvata¹⁰⁴ – debba risultare immanente, sistematica e radicata sul territorio, ovvero possa essere anche solo occasionale, isolata o allo stato embrionale o potenziale.

Ad evitare una pericolosa *deriva espansionistica* della fattispecie, si ritiene che l'interprete debba compiere uno sforzo contenitivo, legando a doppio filo la sussistenza del delitto non a qualunque forma di intimidazione, bensì solo a quella forma di pressione in grado di determinare un effettivo stato di assoggettamento e di omertà, a prescindere dal compimento dei delitti fine¹⁰⁵. D'altra parte, come già osservato, tanto più si potrà prescindere dal compimento dei singoli atti di intimidazione per accertare la presenza di un sodalizio mafioso, quanto maggiore e più intensa dovrà risultare la manifestazione della carica intimidatoria autonoma¹⁰⁶.

Dovrà, dunque, trattarsi non di una forza intimidatrice *qualunque*, bensì di una carica di intimidazione qualificata¹⁰⁷, attuale¹⁰⁸, abituale¹⁰⁹, autonoma¹¹⁰, sistematica, diffusa¹¹¹ e fortemente radicata sul territorio; una sorta di intimidazione *ambientale*.

Ma non solo; l'intimidazione dovrà mostrare un'intensità così elevata, forte e *pungente* da risultare in grado di svilupparsi nella comunità dei consociati una

¹⁰¹ Cass., Sez. V, 25 giugno 2003, Di Donna, in *Massa. UII*, n. 227361.

¹⁰² Cass., Sez. II, 14 aprile 2015, Agresta, in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*.

¹⁰³ Cass., Sez. V, n. 21562 del 2015, Novembrini ed altri.

¹⁰⁴ Cfr. in tema, SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, cit.

¹⁰⁵ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 124.

¹⁰⁶ Così, testualmente TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 136.

¹⁰⁷ "L'intimidazione mafiosa tipica sia per lo più indiretta e sottilmente allusiva e raggiunga i suoi effetti anche senza concretarsi in una minaccia o violenza"; così, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 127.

¹⁰⁸ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 126.

¹⁰⁹ NEPPI MODONA, *Il reato di associazione di tipo mafioso*, cit., 51, secondo il quale "gli associati si avvalgono abitualmente (...) della forza intimidatrice".

¹¹⁰ INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 69; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 129.

¹¹¹ Nel senso che produca "un alone di intimidazione diffusa"; cfr. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 69; DE LIGUORI, *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1988, 1619, 1626; SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 178.

“diffusa propensione al timore nei confronti del sodalizio”¹¹², una “fama di violenza e di potenzialità sopraffattrice”, una *fama criminale*¹¹³ di intensità così elevata da determinare il silenzio ed il piegamento della volontà di fronte al sodalizio¹¹⁴.

Secondo l’indirizzo interpretativo *forte*, dunque, la carica intimidatoria dovrà risultare in grado di condizionare, limitandola, la libertà di scelta di quanti entreranno in contatto con l’associazione¹¹⁵, sprigionando così quell’*aurea di paura* ingenerata dal *potere arbitrario* tipico del sodalizio mafioso¹¹⁶. Non è un caso che, secondo l’impostazione originaria, il sodalizio mafioso venisse strettamente collegato all’uso delle armi¹¹⁷.

D’altra parte, la tipica carica intimidatoria di un sodalizio mafioso “non nasce dal nulla”, traendo pur sempre origine “da una pregressa — e più o meno antica — pratica di violenza e di intimidazione coltivata sistematicamente”¹¹⁸ nell’intero territorio di riferimento¹¹⁹.

4. Segue: l’assoggettamento e l’omertà

A seguire l’indirizzo *estensivo* della fattispecie, anche il secondo indice di qualificazione interna di un sodalizio mafioso, ovvero l’*assoggettamento*, sembra aver perso di significato.

¹¹² Il c.d. assoggettamento generico quale risvolto passivo immediato e automatico della carica intimidatoria autonoma; così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 145.

¹¹³ “Che rappresenta una sorta di avviamento grazie al quale l’azienda mafiosa proietta le sue attività nel futuro”; così, testualmente, CANTONE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, VI Agg., Torino, 20911, 38.

¹¹⁴ “Forza intimidatrice che in Sicilia e in Calabria raggiunge i suoi effetti anche senza concretarsi in una minaccia o in una violenza negli elementi tipici prefigurati nel codice penale”; passo tratto da NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., 42 con richiamo a FIANDACA, *Commento all’art.1, legge 13 settembre 1982, n.646*, cit.

¹¹⁵ Cass., Sez. I, Baratto, in *Mass. Uff.*, n. 250704; Id., Sez. V, 25 giugno 2003, Di Donna, *ivi*, n. 227361; Id., Sez. V, 2 ottobre 2003, Peluso, *ivi*, n. 227994.

¹¹⁶ Così, DE FRANCESCO, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, cit., 309.

¹¹⁷ “... anche se la disponibilità delle armi è prevista solo come circostanza aggravante, la realtà fenomenica di associazioni quali la mafia e la camorra insegna che tali gruppi criminali hanno come connotato irrinunciabile il costante ricorso alle armi”, così NEPPI MODONA, *Il reato di associazione di tipo mafioso*, cit., 48.

¹¹⁸ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 133.

¹¹⁹ CARUSO, *Struttura portata applicativa dell’associazione di tipo mafioso*, cit., 47.

Assoggettamento è *costrizione, soggezione, succubanza*¹²⁰; nel suo significato originario, esso rappresenterebbe una condizione di sottomissione per paura, una forzata privazione della libertà decisionale.

Si tratta certamente di uno stato di soggezione che può subire una graduazione, con un'estensione variabile dal grado *assoluto* a quello *relativo*, corrispondente quest'ultimo alla dimensione di minima rilevanza.

Si è detto anche che, per la sussistenza di un'associazione mafiosa, l'assoggettamento dovrebbe raggiungere quella soglia di minima consistenza detta anche *generica o primordiale* al di sotto della quale non potrebbe ritenersi configurabile la fattispecie¹²¹.

L'assoggettamento primordiale, difatti, verrebbe a coincidere con il raggiungimento di quella carica intimidatoria autonoma da parte del sodalizio, indispensabile per la sussistenza del delitto. Si tratta di una nozione più legata alle mafie storiche o tradizionali, caratterizzate da una struttura *tendenzialmente in continua espansione*¹²² derivante dalla *scomposizione* dell'associazione in *sodalizio-matrice* e *sodalizio-derivato*.

Occorre, dunque, stabilire quale sia la *soglia di minima consistenza* dell'assoggettamento ai fini della configurabilità della fattispecie ed, in particolare, se risulti necessaria la presenza di uno stato di assoggettamento allo stato *assoluto* ovvero *relativo* o anche solo a livello *potenziale*.

Sul punto, non si ravvisano particolari ragioni o indicazioni nella norma per richiedere necessariamente, ai fini della sussistenza del delitto, una condizione di assoggettamento allo stato *assoluto*, anche se in determinati contesti territoriali tale stato appare il più probabile.

Si ritiene, invero, che per l'integrazione della fattispecie possa ritenersi sufficiente uno stato di assoggettamento allo stato *relativo*, inevitabilmente derivante da una condizione di soggezione e compromissione psicologica, anche se la giurisprudenza, sempre seguendo l'indirizzo *estensivo*, propone un nuovo modello *alleggerito* della fattispecie, configurabile anche in presenza di uno stato di assoggettamento a livello prodromico o embrionale¹²³.

¹²⁰ CARUSO, *Struttura portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, cit., 66.

¹²¹ Sulla graduazione dell'assoggettamento e sulla soglia minima, cfr. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 150.

¹²² TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 155.

¹²³ Cass., Sez V, 3 marzo 2015, n. 31666; cfr. decisioni gemelle in materia cautelare Cass., Sez. VI, 10 marzo 2015, nn. 24535 - 24535 ; cfr. In tema PIGNATONE-PRESTIPINO, *Le mafie su Roma, la mafia di Roma*, in *Atlante delle mafie. Storia, economia, società, cultura*, Ciconte, Forgione, Sales (a cura di), vol. III, Soveria Mannelli, 2015, 95 ss.

Seguendo l'indirizzo *debole* della fattispecie orientato verso le *nuove e piccole* mafie, parimenti, anche il terzo indice *qualitativo* della fattispecie, l'*omertà*, sembra aver perso di intensità e, per tale via, anche il suo significato originario. L'*omertà*, quale elemento fondamentale di tipizzazione della fattispecie associativa¹²⁴ è *silenzio*, ma non un silenzio *qualunque*.

L'*omertà*, difatti, a seguire l'indirizzo *forte*, si mostra quale conseguenza di uno stato di *succubanza psicologica qualificata* connotata dalle stesse caratterizzazioni della forza di intimidazione¹²⁵.

Originariamente, addirittura, l'*omertà* veniva intesa come un *dovere morale*, quello di *non parlare con l'autorità* in modo da *risolvere i problemi senza ricorrere alla legge*¹²⁶.

Si trattava di una *omertà-dovere* che esprimeva, allora, la sua stretta connessione con il territorio di riferimento del sodalizio e si mostrava come un evidente segno di riconoscimento dell'associazione stessa: non “una perversione del senso morale”¹²⁷, bensì “una conseguenza negativa del principio della vendetta privata”.

La mafia, in tale quadro, non veniva intesa semplicemente come una *associazione*, ma come “l'esagerazione del sentimento del sé, del principio di non tollerare offese, della deliberata volontà di ripararle a qualsiasi costo e in modo terribile senza ricorrere mai alla Giustizia pubblica”¹²⁸.

Si trattava di un “rifiuto incondizionato e tendenzialmente assoluto a collaborare con gli organi statali” non soltanto per timore di rappresaglie o per proteggere la consorceria, ma anche come tendenza a “negare ogni legittimazione a qualsiasi interferenza dello Stato (e dei pubblici poteri in genere) nella sfera dei singoli e quindi negli affari del gruppo”¹²⁹: in sintesi, una forma di *opposizione passiva alle istituzioni democratiche*¹³⁰.

¹²⁴ SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 37; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 75.

¹²⁵ FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale?* Di “mafia” in “mafia”, fino a “Mafia Capitale”, cit., 7.

¹²⁶ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 38.

¹²⁷ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 38; LORENZONI, *La mafia e l'omertà*, in *Polis*, 2/1, 1987, 337.

¹²⁸ LORENZONI, *La mafia e l'omertà*, cit., 337; ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 38.

¹²⁹ HESS, *Mafia*, Bari, 1993, 147; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 162.

¹³⁰ “Tendente quantomeno trasformare queste ultime in un innocuo involucro formale, la quale si diffonde nel tessuto sociale nella misura in cui il dominio mafioso né impone l'assimilazione con il ricorso al terrore e all'intimidazione con una capillare opera di educazione alla diffidenza verso le pubbliche istitu-”

Nel quadro dell'orientamento estensivo della fattispecie, invero, anche la nozione di omertà ha perso di intensità e di significato, potendosi intendere *in termini assai più limitati* e, quindi, come un mero “rifiuto sufficientemente generalizzato a collaborare con gli organi dello Stato”¹³¹ senza che debba evidenziarsi anche una “sostanziale adesione alla subcultura mafiosa, né una situazione di così generale terrore da impedire qualsiasi atto di ribellione qualsiasi reazione morale”¹³².

La presenza dell'*omertà*, di conseguenza, sembra non più richiesta in forma *immanente e permanente*¹³³, diffusa¹³⁴ ovvero come condizione necessitata, bensì prospettabile anche solo in forma generica o per ragioni di mera opportunità.

D'altra parte, degradati i requisiti strutturali-strumentali¹³⁵ della *intimidazione* e dell'*assoggettamento*, e considerata l'*omertà* quale conseguenza dei primi, non può stupire la perdita di significato anche di quest'ultimo indice, peraltro da sempre criticato per il suo generico significato, astrattamente in grado di creare tensione con il principio di tassatività¹³⁶ e di rendere assai incerto l'ambito di applicabilità della norma¹³⁷.

zioni” così DALLA CHIESA, *Il potere mafioso*, Milano, 1976, 67; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 164.

¹³¹ “Aventi funzioni inquirenti giudicanti e derivante dalla paura che si nutre nei confronti del sodalizio criminoso operante, dal quale si sia subita una prevaricazione, ovvero del quale si conoscono aspetti penalmente rilevanti, ovvero sul quale si sia chiamati a riferire ciò che si sa”, così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 164.

¹³² Cass., Sez. VI, n. 11204, 22 agosto 1989; Id., Sez. VI, n.1612, 10 febbraio 2000, in *Mass. Uff.*, n. 16634; Id., Sez. fer., n. 44315, 31 ottobre 2013, *ivi*, n. 258637.

¹³³ Cass., Sez., VI, 10 aprile 2015, nn. 24535 e 24536.

¹³⁴ Così, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 155.

¹³⁵ Costituenti appunto “l'apparato strutturale-strumentale dell'associazione mafiosa” cfr. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 18; PATALANO, *L'associazione per delinquere*; NEPPI MODONA, *Il reato di associazione di tipo mafioso*, cit., 51.

¹³⁶ INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, cit., 693; ROMANO, *Le associazioni di tipo mafioso*, 11; sempre in tema, cfr. NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 8; CARUSO, *Struttura portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, cit., 67, in cui “estremamente problematica appare la distinzione tra omertà sistematica e generalizzata nel corpo sociale, come frutto dell'assoggettamento, e semplice reticenza o rifiuto di testimonianza quali conseguenze di una sub-cultura ispirata al sentimento generalizzato di sfiducia verso lo Stato”.

¹³⁷ “affidando un ruolo centrale nella ricostruzione della fattispecie a tale elemento, non si può infatti fare a meno, al fine di rinvenire un significato univoco e consolidato del concetto, di rifarsi alla nozione tradizionale di omertà di derivazione subculturale; con la conseguenza inevitabile di escludere, dall'ambito di applicabilità della norma incriminatrice, realtà associative di certo non meno pericolose che si avvalgono di una condizione di omertà non permanente, ma intimamente correlata al concreto sfruttamento della carica intimidatoria di cui è dotata l'associazione. Di siffatto rischio il legislatore, mosso da più azioni

5. La degradazione quantitativa del reato: le cc. dd. piccole mafie

Accanto ad una degradazione *qualitativa* della fattispecie, si assiste anche ad una degradazione in senso *quantitativo* del reato ovvero in termini di ridimensionamento di struttura e di operatività del sodalizio. Peraltro, una distinzione della degradazione in questi termini non ha grande significato, poiché è tanto stretta la connessione *qualitativa-quantitativa* del delitto, che la degradazione della fattispecie può dirsi sostanzialmente unica¹³⁸.

Questo è il tema di non minore rilevanza delle c.d. *piccole mafie*, che si pone in antitesi con la concezione originaria del delitto e del fenomeno mafioso.

La mafia, difatti, nell'originaria concezione, si presentava, e si presenta ancora oggi, come un *organo rappresentativo unitario, sovraordinato* rispetto alle varie unità territorialmente minori¹³⁹ in grado di *esercitare un potere opaco*¹⁴⁰ sull'intero territorio. Essa si mostrava, dunque, come una organizzazione *vasta*¹⁴¹, "molto sofisticata e particolarmente congeniale ad un suo radicamento permanente nel territorio di insediamento"¹⁴².

politico emergenziali, non era molto probabilmente consapevole; sicché, il riferimento alla nozione di omertà non dovrebbe, a nostro avviso essere anch'è sopravvalutato " , così, INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 75.

¹³⁸ È evidente che solo in presenza di una "piccola mafia" può ritenersi prospettabile un assoggettamento relativo ovvero una condizione di assoggettamento e di omertà allo stato embrionale.

¹³⁹ le unità territorialmente minori "prendeivano il nome di 'ndrine (termine di derivazione greca che sta di individuare l'uomo dritto o che giammai piega la testa); questi associazioni di carattere locale (indicate anche con la parola famiglia cui si faceva seguire il paese d'origine delle stesse che si distinguevano dal fenomeno associativo calabrese in senso lato, pur facendone parte integrante), avevano al loro interno una organizzazione autonoma strutturata gerarchicamente guidata, al vertice, dal capobastone. Ad ogni comune di quelli compresi nell'entroterra sopra evidenziato corrispondeva una 'ndrina, tuttavia poteva verificarsi che all'interno di uno stesso comune potessero coesistere più 'ndrine, ed in tal caso si imponeva una differenziazione tra quella maggiore quella minore, risultando riservate alla prima funzione di comando e direzione operativa.", testualmente ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 141.

¹⁴⁰ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 144 : "in questa opacità, in questa ambivalenza, si annida uno dei punti di forza della mafia calabrese; sfruttando questa caratteristica i capibastone e gli ndranghetisti, acquistati prestigio e posizione economica, esigevano anche una legittimazione sociale ed un'integrazione con i ceti dominanti locali, cercando l'interno di questi una cooptazione, al fine di far parte, a pieno titolo di queste ditte. In tal guisa il potere visibile si cumulava con quello invisibile"; cfr. CICONTE, *La 'ndrangheta dall'unità ad oggi*, Bari, 1992, 243 e ss.

¹⁴¹ I caratteri della associazione "ben possono manifestarsi anche in talune vaste organizzazioni criminali e imprenditoriali-criminali di natura eterogenea, operanti su scala nazionale e spesso internazionale, con forte presenza nei grandi agglomerati urbani", così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 107.

¹⁴² TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 188.

Si trattava, dunque, di un sodalizio talmente diffuso e radicato¹⁴³ da richiedere una *estrema complessità strutturale*¹⁴⁴ caratterizzata da “un particolare rito di affiliazione” ed una distribuzione gerarchica degli associati attraverso una *attribuzione di gradi*¹⁴⁵.

Il sodalizio, secondo l'impostazione originaria o *forte*, andava quindi a connotare *l'aggregato umano* nel suo “distendersi territoriale”¹⁴⁶, con un'ampiezza di operatività — si tratta di un fenomeno *di larga scala* che aveva istituito un *radicato e ramificato collegamento* con l'apparato pubblico dello Stato — sostanzialmente incompatibile con un *apprestamento occasionale dell'apparato organizzativo*¹⁴⁷ e con la prospettazione di tante *piccole* mafie indipendenti, operanti in diverse località, anche prive di rapporti con le mafie storiche, etniche o similari.

Era proprio lo stretto legame sussistente tra la criminalità mafiosa ed il potere politico — a riprova del vasto raggio di azione del sodalizio — a costituire il dato caratterizzante dell'associazione mafiosa rispetto altre forme associative, secondo lo schema tipico dei *favori reciproci*¹⁴⁸.

Come rilevato in dottrina, sono proprio gli innesti normativi del 1992¹⁴⁹ ad evidenziare l'*estensione* del fenomeno associativo mafioso e la sua stretta connessione con il mondo politico, presupponendo inequivocabilmente l'esistenza di un sodalizio di grandi dimensioni¹⁵⁰.

Sempre a favore della *ampiezza* del fenomeno quale *dato implicito* della fattispecie, si evidenzia come il rapporto di contiguità tra mafia e politica sia stato

¹⁴³Una organizzazione dinamica, duttile, suscettibile di cambiamenti e mimetizzazione (in momenti di difficoltà) che le consentono di adattarsi ad ogni situazione, capaci di sopravvivere alle reiterate repressioni, sempre riemergendo con forza ogni volta che la si dà per finita”, così ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 155; VILLARI, *Scritti su mafia, camorra e brigantaggio*, Firenze, 1995.

¹⁴⁴ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 189.

¹⁴⁵ Corte di Assise di Brindisi, 22 luglio 1998, in ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 174.

¹⁴⁶ Così, CARUSO, *Struttura portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, cit., 62.

¹⁴⁷ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 188.

¹⁴⁸ “I mafiosi, grazie al potere di controllo sul territorio e all'influenza esercitata sulla gente, hanno assunto il ruolo di “grandi elettori” capaci di orientare il voto popolare verso candidati di loro gradimento”, così FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, cit., 138.

¹⁴⁹ Con l'inserimento al terzo comma della finalità “l'impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali” e con l'introduzione della fattispecie dello scambio elettorale politico-mafioso ex art. 416 *ter* c.p..

¹⁵⁰ “ (...) Per vincere siffatte resistenze della magistratura.”, così FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, cit., 138.

addirittura oggetto di classificazione attraverso la distinzione tra le figure del politico *affiliato*, del politico “in rapporto di stabile e sistematica collaborazione” e del politico in rapporti “meno corposi e afferrabili”¹⁵¹.

Con la fattispecie in esame, difatti, si intendeva contrastare veri e propri contropoteri criminali che, *in aperta concorrenza con i poteri legali*¹⁵², tendevano alla destabilizzazione delle Istituzioni, “sovente operando all’interno dello stesso sistema politico legale”¹⁵³: altro che *piccole mafie*.

Tanto era considerata *implicita* e, dunque, imprescindibile la rilevante dimensione del sodalizio ai fini della sussistenza del delitto, che si era giunti addirittura a criticare la previsione normativa del numero minimo degli associati – ritenuto eccessivamente esiguo – rilevando, nello specifico, come la *particolare pericolosità del fenomeno* derivasse appunto “dall’imponente numero degli affiliati e dall’uso, oltre che dalla (semplice) disponibilità di armi”¹⁵⁴.

D’altra parte, la norma incriminatrice, sin dalla sua introduzione, è sempre risultata indirizzata verso la configurabilità di un *terzo livello* nella classificazione criminologica dei reati-fine del sodalizio mafioso, rappresentato dai reati contro la pubblica amministrazione, compatibile solo con una dimensione *nazionale* o comunque *ben estesa* della associazione mafiosa¹⁵⁵.

Si assiste, invero, negli ultimi tempi ad una trasformazione della fattispecie *verso il basso* in termini dimensionali, di operatività e di collegamento con il potere politico, con una conseguente degradazione quantitativa del delitto.

Non si tratta di un tema di poco conto poiché, in tale *ridimensionamento*, si intravede una vera e propria *metamorfosi* della fattispecie.

¹⁵¹ FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, cit., 139.

¹⁵² NEPPI MODONA, *Il reato di associazione di tipo mafioso*, cit., 41.

¹⁵³ “Con effetti diversi ma forse più gravi di quelli indotti dal terrorismo, e che quindi il fenomeno non poteva essere contrastato solo con il discutibile strumento delle misure di prevenzione”, così NEPPI MODONA, *Il reato di associazione di tipo mafioso*, cit., 42.

¹⁵⁴ INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 60.

¹⁵⁵ I c.d. reati che “mirano a salvaguardare il perpetuarsi del sistema mafioso in genere” quali ad esempio gli omicidi di uomini politici o di magistrati ritenuti pericolosi per la mafia, cfr. FALCONE - TURONE, Relazione al CSM, 1982, Tecniche di indagine in materia di mafia; cfr. anche CASSANO, Quaderni del CSM, *L’impegno dei magistrati. La criminalità organizzata. La garanzia della giurisdizione* – in memoria di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino a vent’anni dalle stragi di capaci e di via D’Amelio. Aula magna Corte di cassazione 3 luglio 2012; “E se è vero che non pochi uomini politici siciliani sono stati, a tutti gli effetti, adepti di Cosa Nostra, è pur vero che in seno all’organizzazione mafiosa non hanno goduto di particolare prestigio in dipendenza della loro estrazione politica. Insomma, Cosa Nostra ha forza, compattezza e autonomia tali da poter dialogare e stringere accordi con chicchessia, mai però in posizione di subalternità”, così Falcone, sul quotidiano l’Unità, 31 maggio 1992, in DEAGLIO, *Il raccolto rosso*, 1982-2010, Cronaca di una guerra di mafia e delle sue tristissime conseguenze.

In tale percorso, peraltro, risulterebbero compatibili con l'indirizzo tradizionale o *forte* solo quelle *piccole mafie* rappresentate da nuovi sodalizi *derivati* che hanno appena raggiunto la necessaria carica intimidatrice autonoma, la c.d. intimidazione *primordiale*, in un percorso di *certa* e *progressiva* espansione.

Peraltro, anche ad ammettersi la configurabilità della fattispecie in una dimensione contenuta, anche minima ("bastano tre persone")¹⁵⁶, resta pur sempre da verificare in concreto se una *piccola* associazione mafiosa sia comunque in grado – in termini di idoneità¹⁵⁷ – di sprigionare *intimidazione, assoggettamento ed omertà* ad un livello tale – che può definirsi *soglia di minima rilevanza* – da consentire una reale forma di controllo di un settore o territorio e così raggiungere le proprie finalità anche a distorsione dei liberi meccanismi concorrenziali.

Tra l'altro, inquadrato il delitto come reato di danno effettivo e concreto¹⁵⁸, sorgono anche seri dubbi sulla reale idoneità di un piccolo sodalizio a confluire "permanentemente con le esigenze basilari della pace sociale"¹⁵⁹ poiché la norma – e su questo non può esservi dubbio – rimane tesa a tutelare l'ordine pubblico "come valore cruciale per la sicurezza e la libertà dei cittadini nello Stato di diritto"¹⁶⁰.

D'altra parte, l'orientamento *estensivo o debole* della fattispecie ha affermato a chiare lettere come nello schema normativo dell'art. 416-*bis* c.p. non rientrano solo *grandi associazioni di mafia, a patto* che il sodalizio sia comunque in grado di "assoggettare un limitato territorio, un determinato settore di attività avvalendosi del metodo dell'intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà"¹⁶¹.

¹⁵⁶ Cass., Sez., VI, 10 aprile 2015, n.24535, in *Cass. pen.*, 06, 99, con richiami a Cass., Sez. VI, 10 giugno 1989, in *Mass. Uff.*, n. 181948.

¹⁵⁷ PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit., 92; INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge anti-mafia*, 91 e ss.

¹⁵⁸ Cfr. sempre sul punto RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di Romano-Tinebra, Milano, 2013, 62; sulla esclusione della natura di reato di pericolo cfr. Cass.VI, 22 giugno 2001, in *Foro Ambrosiano*, 2002, 8.

¹⁵⁹ RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., 62.

¹⁶⁰ RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., 63; FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, cit., 1084.

¹⁶¹ "ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone", ben potendosi configurare anche *piccole mafie* caratterizzate da un basso numero di appartenenti, almeno tre, "non necessariamente armate (l'essere armati e usare materiale esplodente non è infatti un elemento costitutivo dell'associazione ex articolo 416 bis, ma realizza solo un'ulteriore modalità di azione che aggrava la responsabilità degli appartenenti)" Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, in *Cass. pen.*, n.1/06, 99 con

Secondo l'orientamento estensivo, dunque, si potrebbero prospettare tante piccole mafie, a *dimensione ridotta*¹⁶², caratterizzate dalla minima dimensione e della ridotta estensione territoriale del campo di azione e del controllo¹⁶³, a condizione che risultino sempre presenti i tratti caratteristici del sodalizio mafioso.

Di certo – come già evidenziato – allorché il legislatore ha previsto la fattispecie in esame per contrastare una struttura di imponente consistenza e forte radicamento sul territorio¹⁶⁴ in grado addirittura di attaccare lo Stato¹⁶⁵, si è ispirato ad una concezione di *mafia*, intesa *come antistato o come parte del sistema di potere*¹⁶⁶, incompatibile con una dimensione *minima* del sodalizio.

È difficile, in questi termini, sostenere una compatibilità tra la fattispecie ordinaria e quella *ridotta*, se non previa ammissione di una reale *trasfigurazione* della fattispecie ad opera dell'interprete.

Elevata composizione numerica (a prescindere dal mero dato testuale¹⁶⁷) ed estensione territoriale, infatti, possono intendersi connotazioni *implicite* e note *caratterizzanti* della fattispecie¹⁶⁸ in quanto ricavabili da un'interpretazione *forte* degli indici essenziali, nonché elementi strutturali (intimidazione, assoggettamento ed omertà) del reato.

Né l'ultimo comma dell'art. 416-*bis* c.p. – norma *a natura meramente dichiarativa*, ritenuta di *sostanziale superfluità* e dal *valore puramente simbolico*¹⁶⁹ – sembra deporre in favore della configurabilità delle *piccole* mafie, posto che

richiami a Id., Sez. VI, 10 giugno 1989, in *Mass. Uff.*, n. 181948.

¹⁶² Cass. VI, 10 aprile 2015, nn.24535 e 24536; Cass.VI, 10 giugno 1989 n. 1852.

¹⁶³ Cass. VI, 10 giugno 1989, n. 1852.

¹⁶⁴ DE FRANCESCO – MUTTI - FORNASARI, *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995.

¹⁶⁵ Cfr. in tema ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 106.

¹⁶⁶ ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, cit., 108.

¹⁶⁷ Tanto che il requisito minimo delle tre persone per la sussistenza del reato era stato anche oggetto di critica di seguito alla emanazione della norma; cfr. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 60.

¹⁶⁸ FALCONE, *Cose di cosa nostra*, cit., 106, in cui: “La mafia, lo ripeto ancora una volta, non è un cancro proliferato per caso su un tessuto sano. Vive in perfetta simbiosi con la miriade di protettori, complici, informatori, debitori di ogni tipo, grandi e piccoli maestri cantori, gente intimidita o ricattata che appartiene a tutti gli strati della società. Questo è il terreno di coltura di Cosa Nostra con tutto quello che comporta di implicazioni dirette o indirette, consapevoli o no, volontarie o obbligate, che spesso godono del consenso della popolazione. (...) Ma la mafia non è una società di servizi che opera a favore della collettività, bensì un'associazione di mutuo soccorso che agisce a spese della società civile e a vantaggio solo dei suoi membri. Mostra così il suo vero volto e si rivela per una delle maggiori mistificazioni della storia del Mezzogiorno d'Italia, per dirla con lo storico inglese Denis Mack Smith. Non frutto abnorme del solo sottosviluppo economico, ma prodotto delle distorsioni dello sviluppo stesso. A volte articolazione del potere, a volte antitesi dello Stato dominatore. E, comunque, sempre un alibi”.

¹⁶⁹ PETRINI, in *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 13.

tale disposizione nulla ha modificato rispetto all'originaria formulazione del reato, se non in termini di allargamento, in forma esplicita, della prospettiva territoriale del delitto in modo da annoverare nella disposizione anche le mafie straniere¹⁷⁰ ed internazionali¹⁷¹ – le cc.dd. mafie etniche¹⁷² – le mafie operanti al nord¹⁷³ e quelle presenti sull'intero territorio italiano¹⁷⁴.

Una previsione, dunque, tesa ad impedire ogni *applicazione arbitrariamente riduttiva*¹⁷⁵ della norma in ragione di una ritenuta *equivalenza* tra le mafie straniere¹⁷⁶, le mafie storiche e tradizionali¹⁷⁷.

Attraverso l'ultimo comma dell'art. 416-*bis* c.p., dunque, il legislatore si è limitato a formalizzare *una equiparazione, già imposta dai fatti*, tra diverse tipologie di sodalizi¹⁷⁸ ritenuti *affini*, distinti “sotto il profilo dell'origine regionale e delle

¹⁷⁰ Cass., Sez. I, 5 maggio 2010, in *Mass. Uff.*, n. 247803; Id., Sez. VI, 6 giugno 2014 nel *processo Infinito*, richiamata nella richiesta di custodia cautelare della Procura della Repubblica di Roma nel processo c.d. *Mafia Capitale*, cit.; testualmente “(...) il reato di cui all'art. 416-bis c.p. bene è realizzabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolge le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività – quindi anche stranieri immigrati o fatti immigrare clandestinamente – a condizione che si avvalga di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà”.

¹⁷¹ VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis ?*, in *www.penalecontemporaneo.it*

¹⁷² CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, cit., 153.

¹⁷³ Cass. VI, n. 4989, 8 febbraio 2010, Paparo.

¹⁷⁴ Es. la mafia russa v. Trib. Rimini, 14 marzo 2006, in *Foro It.*, 2007, II, 510 con nota di FRESCO; la mafia bulgara; la mafia romena ed i cartelli mediorientali e sudamericani, cfr. CONZO - CRIMALDI, *Mafie. La criminalità straniera alla conquista dell'Italia*, Napoli, 2013, 19 e 30; la mafia albanese; la mafia cinese, v. Cass., 30 maggio 2001, in *Foro It.*, 2004, 6; Cass. VI, 13 dicembre 2005, n. 4864, in *Mass. Uff.*, n. 204148; la mafia nigeriana, v. Cass. V, 13 marzo 2007, n. 15595, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, 209; la mafia magrebina e la mafia colombiana, v. CONZO - CRIMALDI, *Mafie. La criminalità straniera alla conquista dell'Italia*, Napoli, 2013, 149 ss.

¹⁷⁵ BALSAMO, in Relazione al d.l. 4 febbraio 2010 n. 4, in *www.cortedicassazione.it*, 2010, 22; richiamato anche in PETRINI, in *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., 14.

¹⁷⁶ Anch'esse “nate lentissimamente in un lontano passato” in una “comune situazione di sostanziale prolungata mancanza di legalità, così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 109.

¹⁷⁷ BALSAMO - RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art.416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, in cui: “negli ultimi anni si registra, nei migliori espressioni della società civile, una crescente consapevolezza dell'espansione delle mafie in diverse zone dell'Italia settentrionale - dalla Liguria al Piemonte, dalla Lombardia all'Emilia Romagna - che tradizionalmente erano ritenute immuni da questo fenomeno criminale, per lungo tempo considerato espressione di una cultura meridionale, quasi un modo di essere della società di determinate regioni del sud, con la conseguenza che l'idea di mafia si presentava come una metafora di una supposta alterità dei codici culturali tradizionali rispetto i valori del mondo moderno”; LUPO, *Mafia*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996.

¹⁷⁸ Convergenti “in un unico complesso fenomeno imprenditoriale-criminale” “nel quale, dal punto di vista del diritto penale, non è tanto importante individuare le distinzioni sotto il profilo dell'origine regionale

radici più remote”, ma accomunati da “aspetti essenziali che li caratterizzano” e che ne contrassegnano comunemente *una dimensione nazionale*¹⁷⁹.

Tale formula di chiusura della fattispecie, “quasi ad analogia esplicita”, già criticata dalla dottrina penalistica per il suo *vago sociologismo* e ritenuta per certi aspetti troppo estensiva¹⁸⁰, certamente può aver indirizzato l’interprete verso una estensione della portata applicativa della norma.

In sintesi, i rilievi di incompatibilità oggettiva e funzionale appena delineati, sussistenti tra l’associazione mafiosa nel suo indirizzo forte o tradizionale e le

e delle radici più remote, quanto piuttosto individuare i comuni aspetti essenziali che lo caratterizzano e ne contrassegnano la dimensione nazionale”, così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 112.

¹⁷⁹ TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 112 ss., in cui: “La dimensione nazionale del fenomeno mafioso è per lo più percepita dalla generalità degli osservatori, ma spesso questa percezione è passata attraverso ragionamenti viziati e fuorvianti. Il primo di questi ragionamenti viziati (che può riportare ad un’interpretazione erronea, in senso riduttivo, della norma) è quello secondo cui la mafia viene percepita come problema nazionale semplicemente per avere i mafiosi “classici” esportato il fenomeno spostandosi dalle zone di origine alle regioni centro-settentrionali; con il che si ricade però sostanzialmente in un approccio regionalistico al problema, solo apparentemente temperato da una sorta di dilatazione in termini puramente geografici. In verità, la mobilità dei mafiosi “classici”, pur essendo un dato di indubbio rilievo, è solo una spia, ma non costituisce la vera essenza della dimensione nazionale del fenomeno mafioso, inteso in senso lato, così come essa è stata colta dal legislatore, il quale ha invece tenuto conto del fatto che la forza intimidatrice del vincolo associativo, la condizione di assoggettamento alla condizione di omertà (pur interpretando tali termini in senso restrittivo, come si dirà più avanti) ben possono manifestarsi anche in talune vaste organizzazioni criminali e imprenditoriali-criminali di natura eterogenea, operanti su scala nazionale spesso internazionale, con forte presenza nei grandi agglomerati urbani del centro-nord, più o meno collegate a centri di potere occulto, le quali possono non rispondere più ai canoni tradizionali ed “etnografici” del fenomeno mafioso classico, ma hanno mutato in tutto dappertutto i sistemi mafiosi e rispondono quindi ai canoni *giuridici* dell’associazione di tipo mafioso, quale è descritta nel terzo comma dell’articolo 416-bis c.p. (...). Un altro ragionamento viziato, che può pure indurre ad un’interpretazione erronea della norma (stavolta in senso estensivo), è quello secondo cui la mafia esiste dappertutto perché dappertutto esiste la criminalità. Questa confusione concettuale tra mafia e criminalità in genere è ancora abbastanza diffusa, e viene interessatamente coltivata e diffusa da una certa cultura (...) o comunque da ambienti che hanno interesse a far sì che la mafia non venga considerata per quel che è, cioè un fenomeno criminale di potere. (...) Con il che viene individuata l’esatta estensione della nozione giuridica di associazione di tipo mafioso, ove il termine mafioso, nell’accezione tecnica introdotta dalla norma, recupera la generalità ed astrattezza che in tal senso gli compete, nonostante l’apparente squilibrio in senso sociologico che abbiamo visto caratterizzare l’ultimo comma dell’articolo 416-bis”.

¹⁸⁰ “consentendo interpretazioni che fondano la punibilità su concetti fumosi come quello di alone di intimidazione e per altri versi troppo restrittiva perché ad esempio ci si è avveduti che il metodo mafioso non è necessariamente violento, ma può essere anche corruttivo”, così FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., 20; FIANDACA, *Le fattispecie associative “qualificate”*, in *I reati associativi*, Milano, 1998, 43 ss.; BRICOLA, *Premessa al Commento articolo per articolo della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 1983, 240; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore – Funzione della pena e sistematica teleologica*, Roma, 1992, 240.

piccole mafie, lasciano ritenere che, con la prospettazione delle mafie *a dimensione ridotta*, si sia andati ben oltre le finalità ed i confini tracciati dalla norma incriminatrice : si tratta, di un sostanziale superamento dei limiti della fattispecie originariamente riservati alle mafie storiche o tradizionali, alle mafie derivate ed a quelle straniere¹⁸¹.

Per la giurisprudenza, oramai, è un dato assodato¹⁸² che il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. possa sussistere anche al di fuori delle mafie storiche ~~oramai~~. Occorre, tuttavia, verificare come si ponga tale ridimensionamento rispetto al principio di tassatività e quali siano — se ve ne siano — limiti alla interpretazione estensiva della fattispecie.

5. L'interpretazione estensiva della fattispecie ed il principio di determinatezza

In tale percorso ermeneutico, la fattispecie, giunta alla sua massima estensione interpretativa¹⁸³, sembra aver smarrito le sue caratterizzazioni tipiche, ponendosi in tensione con il principio di tassatività ed il suo corollario di determinatezza¹⁸⁴.

D'altra parte, il problema dell'indeterminatezza in concreto della fattispecie¹⁸⁵, conseguente al *tasso inaccettabile di incertezza*¹⁸⁶ nell'interpretazione della

¹⁸¹ Sul tema, cfr. PETRINI, in *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit., 22.

¹⁸² TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 134; ASCHERO, *Criminalità di tipo mafioso nell'Italia settentrionale: i primi processi*, in *Questione Giustizia*, 1988, 294; TERRIBILE, *L'applicazione della legge Rognini - La Torre "a Genova: alcune valutazioni di merito e di metodo*, 301 ss.

¹⁸³ Così, testualmente FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 21, in cui: "l'estensione massima del metodo mafioso: le vicende di "Mafia Capitale".

¹⁸⁴ Cfr. in tema MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 200, in cui: "Tassatività e determinatezza vengono solitamente intese come sinonimi: in realtà, è possibile una loro distinzione concettuale. La determinatezza, infatti, rappresenta una caratteristica attinente alla redazione della fattispecie, laddove la tassatività — che presuppone la presenza di norme determinate — parrebbe riguardare il momento, dinamico, dell'applicazione della norma ed ha la funzione di impedire l'estensione della disposizione a casi non previsti" ed ancora "si tratta, comunque di aspetti tanto strettamente connessi, per cui appare corretto un riferimento contestuale ad entrambi i termini" Cfr. sul tema anche BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 278 ; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 104 ss.

¹⁸⁵ Sul punto RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale divieto di analogia*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini, Paliero, I, Milano, 2006, 701 e 705; sempre con riguardo alla "via ermeneutica" alla comprensione (precomprensione) del tipo legale, FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 361.

¹⁸⁶ GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

norma, mette in crisi la stessa tipicità del reato, la riconoscibilità del delitto, l'individuazione del disvalore tipico e la prevedibilità della fattispecie¹⁸⁷.

All'interprete, difatti, non è consentito estendere oltre misura i confini di una fattispecie "allargando *praeter legem* l'area di applicazione dello strumento più autoritario (e perciò più pericoloso) di cui lo stato di diritto disponga"¹⁸⁸ ovvero la norma incriminatrice.

È, dunque, al principio di tassatività-determinatezza - rivolto sia al legislatore nella sua dimensione *astratta*, sia all'interprete nella sua dimensione *concreta* - che occorre riferirsi per comprendere sino a che punto i limiti di una fattispecie possano estendersi.

Difatti, mentre è al principio di determinatezza in astratto che occorre rivolgersi per analizzare se un testo normativo sia dotato di quella necessaria chiarezza espositiva in grado di raggiungere i destinatari¹⁸⁹, è invece al principio di determinatezza in concreto che deve attenersi il giudice ad evitare una espansione *incontrollata* della fattispecie.

Quanto al profilo della determinatezza in astratto, fatta eccezione per marginali rilievi di genericità formulati in ordine al requisito della *omertà*, si ritiene che la norma possa definirsi di *buona fattura*. Per il principio di precisione, difatti, sussiste un obbligo per il legislatore di descrivere in modo chiaro e preciso un reato, sia al fine di evitare la possibile incriminazione di fatti non suscettibili di essere provati nel processo¹⁹⁰, sia per impedire che la formulazione della norma risulti vaga o indeterminata lasciando così spazio ad un'attività giudiziale d'interpretazione *creatrice*¹⁹¹ attraverso l'utilizzazione del procedimento analogico¹⁹².

¹⁸⁷ FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1780-88, Paris, 1853, lib. II, parte II, cap. XXV, 20, 189, in nota a Moccia, *La "promessa non mantenuta" ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, 2001, 11; "la legalità consiste in una vera e propria affermazione ideologica, secondo la quale la potestà punitiva dello Stato deve trovare nella legge una regolamentazione certa, che consenta di limitare l'arbitrio dei poteri pubblici e di renderne controllabile l'esercizio", così, CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 100.

¹⁸⁸ PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, 143.

¹⁸⁹ In modo da "persuaderli" con l'intimidazione o con l'educazione a non tenere comportamenti antisociali, così PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Roma, 2011, 53.

¹⁹⁰ PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 1998, 31; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, 1995, sub art. 1, 42; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, Vol. VIII, 1994, 322; PALAZZO, voce *Legge Penale*, in *Dig. Pen.*, Vol. VII, 1993, 357.

¹⁹¹ CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 106.

¹⁹² PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, cit., 7; SPASARI, *Appunti sulla*

Allorquando il legislatore utilizzi termini *vaghi* ed *elastici*, difatti, si consente all'interprete "di riempire la norma di qualunque contenuto con uno svuotamento di significato del divieto di analogia"¹⁹³.

Ebbene, sul piano della determinazione in astratto, che a sua volta compendia¹⁹⁴ il principio di precisione¹⁹⁵, la norma si mostra precisa e determinata, di indubbia *pregevolezza tecnica* e *maturata consapevolezza criminologica*. Tale norma è stata ritenuta addirittura "una magistrale traduzione della cosiddetta spirale ermeneutica tra fatto, storia e diritto positivo, cioè a una preziosa opera di cristallizzazione legislativa, in termini di precisione e tassatività attraverso l'individuazione dei tre paradigmi computativi (intimidazione, assoggettamento ed omertà)".

Gli indici di mafiosità inseriti nella norma, difatti, per la loro peculiarità e sequenza descrittiva (intimidazione - assoggettamento - omertà), non possono certamente ritenersi espressioni sommarie o di non agevole interpretazione¹⁹⁶ cosicché l'art. 416-*bis* c.p. non potrebbe, comunque, intendersi come una *norma* dal contenuto *discrezionale*¹⁹⁷.

È, dunque, alla determinatezza in concreto della fattispecie¹⁹⁸, quella riferibile all'operato dell'interprete, che occorre rivolgersi per comprendere se la norma abbia oltrepassato i confini della tipicità.

discrezionalità del giudice penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 50 ss.

¹⁹³ MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2015, 116.

¹⁹⁴ Così, CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 106; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 18 e 27; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, 97.

¹⁹⁵ Talvolta i principi di sufficiente determinatezza e di precisione sono tenuti distinti dalla manualistica, così MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, 25, altre volte sono ritenuti sinonimi CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 106; v. anche PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., nota 1); PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, 32; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 42; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., 322; PALAZZO, voce *Legge Penale*, cit., 357.

¹⁹⁶ Corte cost. n. 26 del 1961 in *Giur. cost.*, 1961, 537, con nota di Esposito; cfr. in tema PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 151.

¹⁹⁷ In tema, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 21; GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Vol. I, Torino, 1999, 22; sulle nozioni di indeterminatezza e di discrezionalità della fattispecie (*Tatbestandsermessen*), cfr. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, cit., 14.

¹⁹⁸ MOCCIA, "la promessa non mantenuta". *Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 33 ss.; PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A.M. Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 25.

La deriva espansionistica della fattispecie sembra così riguardare il piano *tecnico-ermeneutico* della fattispecie, ove la legge vive la sua *unica e vera vita normativa*¹⁹⁹.

Peraltro, in dottrina²⁰⁰, si era già sottolineata la tendenza della giurisprudenza ad interpretare la norma secondo un *metodo teleologico* che avrebbe potuto portare la fattispecie, “in maniera più evidente che in altri casi”, a “soggiacere a forti condizionamenti di ordine politico-ideologico e socio-culturale”, con il rischio di una possibile, eccessiva, estensione della punibilità.

Si tratta, dunque, di verificare se tale orientamento estensivo rientri nei limiti della consentita elasticità della fattispecie e, dunque, nell’ambito della legittima discrezionalità giudiziale²⁰¹ ovvero se giunga a modificare i tratti tipici del delitto, ponendosi in contrasto con il principio di determinatezza/tassatività²⁰².

Per dirla in altri termini, si tratta di stabilire se l’indirizzo *estensivo* della fattispecie rappresenti una “applicazione innovativa di casi (nuovi) che non modificano la disposizione, ma estendono la portata della norma” ovvero appaia come una “estensione della fattispecie che modifica la stessa disposizione”²⁰³.

Che possa ammettersi in linea astratta un’interpretazione estensiva della norma, anche incriminatrice, non vi sono dubbi²⁰⁴.

D’altra parte le norme penali sono spesso *elastiche, estremamente sintetiche ed astratte*, “pensate per potere adattarsi a molti casi anche soggettivamente non

¹⁹⁹ PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 50 e ss. Come osservato in dottrina, la ermeneutica tende a valorizzare il contesto applicativo rispetto al dato normativo così mostrando come il principio di legalità sia “qualcosa di molto più complesso del cieco guardiano della onnipotenza del legislatore, assumendosi esso il ben più oculato compito di tenere in equilibrio testo e contesto ovvero – in termini politico-costituzionali – legge e giudice”.

²⁰⁰ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 353-376.

²⁰¹ Premonitrice, ora pare, l’opinione espressa da BRICOLA, *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, cit., 240, secondo il quale “dovrebbe ritenersi estranea alla norma di cui all’articolo 416 bis, ogni forma di interferenza nella attività politica” ed ancora nella parte in cui “sembra escludere a priori che un gruppo politico possa subire una mutazione perversa atta a conferirgli la connotazione mafiosa”.

²⁰² Cfr. in tema FORNARI, *Il principio di tassatività alla prova della “lotta” alla mafia: contiguità e metodo mafioso*, in *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei. Per un manifesto del neoiluminismo penale*, a cura di Cocco, Padova, 2016, 289 ss.

²⁰³ DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*

²⁰⁴ Sulla ammissibilità della interpretazione estensiva cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 47; VELLUZZI, *Analoga giuridica e divieto di analogia: usi ed abusi nel diritto penale*, 25, 1996.

previsti dal legislatore storico²⁰⁵. Esse, difatti, in quanto *espressioni di buon senso*, conservano un inevitabile margine di indeterminatezza²⁰⁶ non potendo resistere in senso assoluto “all’urto dei mutamenti storici”²⁰⁷. Peraltro, un eccessivo irrigidimento definitorio porterebbe di certo la fattispecie *troppo lontano dalle reali esigenze dell’incriminazione*²⁰⁸.

L’interpretazione della norma, tuttavia, anche a considerarla un *mezzo di lotta* “a disposizione della magistratura per scopi di tutela”²⁰⁹, deve sempre rimanere all’interno dei possibili significati letterali della disposizione, *senza sconfinare nella analogia*²¹⁰: è evidente che l’interpretazione giudiziale non possa stravolgere o cambiare i connotati tipici della fattispecie²¹¹.

È proprio alla tassatività, dunque, che resta affidata la funzione di impedire l’estensione analogica delle norme penali²¹² posto che talune decisioni sembrano in effetti “celare dietro l’etichetta dell’interpretazione estensiva”, applicazioni analogiche *in mala partem* vietate dall’art. 14 delle preleggi²¹³.

²⁰⁵ DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit.

²⁰⁶ “Così come, al contrario, tutte le norme, anche le peggio formulate, hanno un margine di determinatezza, a meno che non siano espressioni di pura fantasia o di follia”, PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 57.

²⁰⁷ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 353; PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, cit., 51; PALAZZO, *Regole e prassi dell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, in *Dir. priv.*, 2001-2002.

²⁰⁸ A maggior ragione per le norme di parte generali; sul punto, cfr. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 58.

²⁰⁹ DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit.

²¹⁰ VELLUZZI, *Analogia giuridica e divieto di analogia: usi ed abusi nel diritto penale*, cit.

²¹¹ In tema, cfr. GUASTINI, *Teoria del significato e teoria dell’interpretazione*, cit., 468; VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, 497, testualmente: “Interpretare vuol dire determinare il significato degli enunciati normativi restando nei confini tracciati dalle regole semantiche e sintattiche della lingua, dagli argomenti interpretativi usati all’interno della comunità giuridica e dalle tesi dogmatiche. Per capire se un giudice o un giurista è necessario conoscere, oltre alle regole di funzionamento della lingua, anche quali siano le tecniche, gli argomenti interpretativi usati e le tesi dogmatiche adottate. In ambito giuridico il significato di un enunciato normativo può essere, quindi, distante da quelli determinabili per mezzo delle regole sintattiche e semantiche della lingua se il significato attribuito è riconducibile ad argomenti interpretativi o tesi dogmatiche. Questo modo di configurare l’interpretazione sarebbe, inoltre l’unica via per proporre una teoria dell’interpretazione «puramente» conoscitiva, conforme al modo in cui di fatto operano i giudici ed i giuristi, e non una teoria normativa o dottrina, o peggio, un’ideologia dell’interpretazione mascherata da teoria, con la quale si propone in maniera subdola come i giudici ed i giuristi dovrebbero attribuire significato agli enunciati normativi”.

²¹² Così MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 14.

²¹³ VELLUZZI, *Analogia giuridica e divieto di analogia: usi ed abusi nel diritto penale*, cit.

Peraltro, la questione è ancora più complessa, poiché il confine tra interpretazione estensiva ed analogia, pur nella *distinzione concettuale di fondo, non è netto*; si tratta, infatti, di una questione di grado²¹⁴ o, meglio, di distanza tra il prodotto giudiziale e lo stretto modello di reato delineato dalla norma incriminatrice.

Ebbene, per le considerazioni già espresse a proposito della degradazione degli indici qualitativi e quantitativi della fattispecie, si ritiene che l'orientamento *estensivo* giunga a prospettare un modello di reato così diverso e distante dalla previsione originaria che sembra sconfinare nella giurisprudenza *creativa*²¹⁵, quella che viola il principio della riserva di legge, tendenzialmente assoluta²¹⁶.

In effetti, l'interpretazione giudiziale del diritto è sempre, in qualche misura, *creativa*²¹⁷, ma allorquando si arriva ad estendere *oltre misura, eccessivamente*, i confini di un delitto sino a cambiarne i connotati – come manifestazione del predominio del diritto penale giurisprudenziale e del processo²¹⁸ – si viene a *creare*, in definitiva, una fattispecie *nuova*²¹⁹ in spregio ai principi della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e del divieto della analogia.

Ciò che è il prodotto dell'orientamento *estensivo* o *debole* della fattispecie, in definitiva, si mostra come un qualcosa di *eterogeneo* rispetto al modello originario di reato: un prodotto della ermeneutica sostanzialmente *diverso* rispetto a ciò che era in origine; un illecito di difficile riconoscibilità.

²¹⁴ VELLUZZI, *Analogia giuridica e divieto di analogia: usi ed abusi nel diritto penale*, cit.

²¹⁵ CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 106.

²¹⁶ Corte cost., n. 26 del 1966, in *Giur. cost.*, 270, con nota di G. Amato.

²¹⁷ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 354.

²¹⁸ Conseguente alla “crisi profonda del monopolio e della funzione orientativa delle leggi penali scritte”, FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Giarda, Padova, 1997, 1 ss.; NOBILLI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 27 ss.

²¹⁹ Intesa come interpretazione giuridica orientata alla prassi così FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 353.

6. Il principio di prevedibilità

Il tema delle *nuove e piccole mafie*, dunque, si sposta sul terreno della necessaria *prevedibilità* dell'illecito penale, quel principio di matrice europea²²⁰, *sus-sunto* nel principio di legalità²²¹ di derivazione costituzionale e convenzionale²²², *reclamato* dalla giurisprudenza internazionale unitamente ai principi della tassatività e della determinatezza²²³.

La norma incriminatrice, come è noto, deve risultare prevedibile e conoscibile al momento della commissione del fatto ad evitare che l'interpretazione possa assumere *cadenze inusitate*, travalicando le finalità perseguite dall'incriminazione²²⁴.

È, dunque, rimessa al principio di prevedibilità, richiamato dall'art. 7 CEDU 225 e dall'art. 46 Carta di Nizza, la protezione della libertà di autodeterminazione dell'individuo²²⁶ in modo da assicurare a quest'ultimo una *piena consapevolezza* nella scelta della propria condotta²²⁷.

²²⁰ Cfr. p. 19 sentenza Corte EDU, 14 aprile 2015, ricorso n.66655/13, Contrada c.Italia, in cui: “il ricorrente fece valere il principio della tassatività della norma penale in quanto corollario del principio più generale della irretroattività della norma penale. In particolare, egli riteneva che, all'epoca dei fatti che gli erano ascritti, l'applicazione della legge penale riguardanti il concorso esterno in associazione mafiosa non fosse prevedibile essendo risultato di un'evoluzione giurisprudenziale successiva”.

²²¹ Corte cost., 13 gennaio 2004, n.5 ; Corte cost., nn. 34 e 31 del 1995; n.274 del 1989 ; n. 122 del 193.

²²² Quale diritto fondamentale dell'uomo internazionalmente riconosciuto; art.11 Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo; art. 7 Conv. EDU; art.15 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; art. 49 Carta fondamentale dell'unione Europea; cfr. PALAZZO, voce *Legalità (dir.pen.)*, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano 2006, 3373.

²²³ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonte di sovranazionali*, Roma, 2012,43 ss.

²²⁴ Così, testualmente FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale? Di “mafia” in “mafia”, fino a “Mafia Capitale”*, 4.

²²⁵ Corte cost., n. 5 del 2004; Id., nn. 34 e 31 del 1995; Id., n. 274 del 1989; n. 122 del 193.

²²⁶ MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art.7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in www.penalecontemporaneo.it.

²²⁷ “Se la determinatezza intende garantire la libertà di autodeterminazione del soggetto, ciò può avvenire solo assumendo a parametro di riferimento per la decisione proprio gli esiti interpretativi, cioè la (prevedibile) regola iuris ricavata dal giudice e applicata al caso concreto, poiché è questa che produce quelle conseguenze giuridiche su cui si orienta la decisione dell'agente”, così PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 54.

²²⁸ MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 17.

La prevedibilità²²⁸, quindi, nel suo significato di *agevole conoscibilità* e di *accessibilità* di una norma²²⁹, si pone come una nozione *omnicomprensiva*²³⁰ secondo la quale un cittadino deve essere messo in grado, agevolmente, di comprendere non solo *le possibili conseguenze penali della sua condotta* ma, prima ancora, *il significato di una norma* ed i suoi confini²³¹.

La *prevedibilità*, difatti, è un principio strettamente legato alla *determinatezza* in quanto rappresenta il criterio per misurare la determinatezza stessa del contenuto interpretativo²³².

È sempre in forza del principio di determinatezza che debbono sussistere i *requisiti minimi di riconoscibilità ed intelligibilità* del precetto penale²³³ ed è sempre al criterio della riconoscibilità che deve orientarsi il c.d. *diritto penale "in azione"*²³⁴ ovvero l'operato dell'interprete poiché una norma penale, anche nel suo *divenire* giurisprudenziale, deve sempre risultare riconoscibile e intellegibile.

D'altra parte, è la stessa Corte EDU a indirizzare il principio di legalità sul terreno della conoscibilità della norma e sulla ragionevole prevedibilità degli esiti applicativi²³⁵ con una differenza di non poco conto rispetto al nostro sistema: nel quadro sovranazionale l'indirizzo giurisprudenziale costante si ritiene *diritto penale a tutti gli effetti*, mentre nel nostro sistema l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante "può costituire solo un indice della sufficienza determinatezza dell'illecito"²³⁶.

²²⁸ FALCINELLI, *Sulla prevedibilità ex ante dell'interpretazione ed applicazione della legge penale, id est sulla comprensibilità del precetto penale*, in www.diritti-cedu.unipg.it.

²²⁹ FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte Europea dei diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale Italiana*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2014.

²³⁰ MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, cit.

²³¹ e questa condizione è "realizzata allorché il giudicabile può conoscere, a partire dalla formulazione testuale della disposizione pertinente e, ove occorra, con l'aiuto della interpretazione di quest'ultima da parte dei Tribunali, quali azioni od omissioni impegnano la sua responsabilità penale", così PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 75.

²³² PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 73; sul collegamento funzionale tra determinatezza e conoscibilità della norma, cfr. Corte cost., n. 364 del 1998.

²³³ "(...) rappresentanti anche i requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa - in difetto dei quali la libertà e sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate", Corte cost., n. 364 del 1998.

²³⁴ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 355.

²³⁵ Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

²³⁶ Corte cost., n. 327 del 2008; FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte Europea dei diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale Italiana*, cit.

Ritornano alla mente, sul tema, quelle poche parole “*infracction d’origine jurisprudentielle*” contenute nella decisione Contrada²³⁷ con le quali, con una naturalezza sconvolgente ed una *disinvolta forzatura tecnica*²³⁸, si è dato risalto ad una pretesa funzione *creatrice* della giurisprudenza, del tutto assente, invero, nel nostro sistema.

Fatta questa doverosa premessa, non vi è dubbio che i principi di prevedibilità e di determinatezza in concreto, debbano procedere di pari passo.

Ben si comprende, dunque, la necessità di addivenire ad un indirizzo giurisprudenziale univoco in tema di confini della fattispecie di cui all’art. 416-*bis* c.p. nel rispetto del principio di prevedibilità come declinato nella giurisprudenza di Strasburgo che ritiene ammissibile un mutamento giurisprudenziale con effetti in *malam partem*, solo *se reasonably foreseeable* e, dunque, in ragione “della presenza di precedenti giurisprudenziali in termini ovvero a seguito del mutamento delle condizioni storico-sociali”²³⁹.

Nel nostro sistema, tuttavia, non esiste il precedente vincolante, il c.d. *judge-made law*²⁴⁰, né la mafia tradizionale o *storica* risulta essersi trasformata – in senso assoluto e rilevante – ovvero è scomparsa, lasciando così il campo libero alle sole *nuove e piccole* mafie.

Di certo, l’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo vieta di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti e, quindi, di *applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell’imputato*²⁴¹.

Resta, dunque, da conciliare la necessaria prevedibilità di una fattispecie con le esigenze evolutive della giurisprudenza nel rispetto del principio di legalità e del divieto di retroattività²⁴², in un quadro di “mancata saldatura tra la tensione

²³⁷ MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

²³⁸ Cit. Corte d’Appello di Caltanissetta, 17 marzo 2016, n. 924/2015, 13, in sede di rigetto della domanda di revisione di Contrada a seguito della nota sentenza CEDU 14.4.2015;

²³⁹ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonte di sovranazionali*, cit., 69.

²⁴⁰ MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, cit.; MARINO, *La presunta violazione da parte dell’Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, cit.

²⁴¹ Achour c.Francia, GC, n.67335/01, par. 43, CEDU 2006 IV; Coeme e altri c.Belgio nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, par. 145, CEDU, 2000, VI.

²⁴² PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 74; AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall’interazione tra “diritto penale giurisprudenziale” e legalità*, in www.penalecontemporaneo.it.

discontinua del legislatore e l'interpretazione continuista degli operatori del diritto"²⁴³. Negli ultimi decenni, infatti, le norme penali si sono contraddistinte per "un'inaspettata dinamicità e instabilità delle prescrizioni e delle discipline", rivolte ad una *nuova modernità*²⁴⁴, una realtà in cui risultano "sfumati i confini stessi tra lecito ed illecito, tra sacro e profano"²⁴⁵.

Si ritiene, in definitiva, che nel necessario quanto mai inevitabile percorso interpretativo, l'interprete non debba mai perdere di vista la *sostanza della incriminazione*²⁴⁶, così affidandosi ad un criterio interpretativo *sostanziale-valutativo* in modo da rimanere coerente con il *contenuto* del reato.

Sarebbe, dunque, la *sostanza dell'incriminazione*²⁴⁷ a segnare i confini della fattispecie senza che gli argomenti interpretativi possano *oltrepassare* la cornice del reato²⁴⁸.

Ebbene, nell'interpretare la norma di cui all'art. 416-*bis* c.p. secondo la *sostanza* del delitto, non si può non tenere a mente ciò che *era* ed è la *mafia*, le sue azioni ed i suoi propositi, né può dimenticarsi quale fosse l'intendimento del legislatore²⁴⁹, la finalità dell'incriminazione ed il quadro normativo di riferimento²⁵⁰.

²⁴³ ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 10.

²⁴⁴ BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 122 ss.

²⁴⁵ ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, cit., 4; FERRARESE, *Il diritto al presente - Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 46; BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

²⁴⁶ PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 75.

²⁴⁷ Affaire Radio France et autres c. France, arret du 30 marzo 2004; sulla stretta affinità della sostanza dell'incriminazione con il tipo di disvalore di un illecito, cfr. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 75.

²⁴⁸ VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, cit., 498 ss: "il contesto, sia testuale, sia situazionale, gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche operano all'interno della cornice e non la determinano: essi servono a scegliere tra i significati possibili di un enunciato normativo, ad argomentare a favore di uno di essi".

²⁴⁹ Sulla necessità di non arrestarsi al significato storico della fattispecie, cfr. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., in cui: "(...) l'opera di ricostruzione del significato della norma non può non arrestarsi - mai come in questo caso - ad una presa d'atto degli obbiettivi del legislatore storico e va alla ricerca di tutte le virtualità applicative di una norma-cardine dell'ordinamento".

²⁵⁰ Corte cost., n. 472 del 1989 "la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero...di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui si colloca - di stabilire il significato di tale elemento, mediante una operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie

D'altra parte, gli indici qualitativi della fattispecie rappresentano concetti descrittivi riferibili a "circostanze e comportamenti del mondo umano, prima ancora che della natura"²⁵¹ cosicché, degli stessi, è sempre possibile fornire un'interpretazione *coerente* con la sostanza della infrazione senza ispirarsi, invero, a modelli di interpretazione *estensivi o restrittivi*²⁵².

In questo senso, peraltro, sembra essersi orientata anche la Consulta — più sensibile negli ultimi anni al principio di determinatezza/tassatività²⁵³ — con la sentenza n. 48 del 2015, sia pure in tema di concorso esterno²⁵⁴. A fronte di un panorama giurisprudenziale così variegato che pone sullo stesso piano mafie *tradizionali, etniche, similari, nuove e piccole*, difatti, anche l'interprete sembra essere ritornato sugli originari confini della fattispecie, quelli storici e tradizionali, come se avesse accolto l'invito della dottrina²⁵⁵ a dirimere ogni questione di indeterminatezza delle norme incriminatrici.

Con una "sorta di correzione di tendenza"²⁵⁶, infatti, la Consulta sembra essersi orientata verso l'orientamento *forte* della fattispecie, assumendo una posizione interpretativa di *contenimento* del delitto, ricollocando nella struttura della fattispecie i *paletti tradizionali del metodo mafioso*²⁵⁷: non solo "una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una

concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo", testualmente riportato in PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 68.

²⁵¹ Così, PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 148, nota 3, "per es. facendo riferimento a un "preciso significato tradizionale generalmente accettato", sentenza n. 57 del 1984.

²⁵² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, VI ed., 2009, 2014, 114.

²⁵³ PALAZZO, *La legge penale*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, 356: superata la fase della "preoccupazione per la conservazione dell'esistente" - cfr. MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 64 - si è giunti ad una nuova considerazione del principio di determinatezza/tassatività che se non si traduce in una sentenza di incostituzionalità ad es. la sentenza n. 96 del 1981 in materia di plagio "goccia" "nell'oceano della imprecisione delle norme penali" sicuramente possono ottenere attraverso una sentenza interpretativa di rigetto i confini ella ermeneutica.

²⁵⁴ Cfr. in tema, FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 31.

²⁵⁵ "(...) un interprete attento dovrebbe investire di tali problemi la Consulta, e, comunque, dovrebbe farlo con maggiore frequenza rispetto a quanto è accaduto finora", MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 31.

²⁵⁶ Così, testualmente FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 31.

²⁵⁷ Così, testualmente FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 31.

rete di collegamenti e un radicamento territoriale”, ma anche “il radicamento nel territorio e l’intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice”.

Ritornano nella decisione della Corte costituzionale, dunque, quegli indici di mafiosità tradizionali, originari, che lasciano assai poco spazio alle *piccole e nuove* mafie.

In questa prospettiva, la decisione della Corte sembra voler porre un freno alla deriva espansionistica della fattispecie, ponendo di nuovo al centro del delitto quel sodalizio “talmente temibile, efficiente e radicato in un tessuto sociale”²⁵⁸, incompatibile con gli indici degradati della più recente giurisprudenza.

6. Conclusione

Si sente, dunque, il bisogno di ritornare alle originarie connotazioni del delitto, a quell’*alone permanente di intimidazione diffusa*²⁵⁹ necessario per la sussistenza del reato.

Si rende, a questo punto, necessario contenere l’*espansione* della fattispecie, determinando con precisione i dati qualitativi della *capacità intimidatoria* necessari per la sussistenza del delitto²⁶⁰, ma soprattutto fissando una netta linea di demarcazione tra i piccoli e nuovi sodalizi e le mafie storiche o equivalenti, al fine di eliminare quelle macroscopiche incongruenze, in termini di ragionevolezza e di proporzione, che si verificano ai nostri giorni non solo in termini di previsione sanzionatoria – identica per fenomeni assai diversi – ma anche in tema di prevenzione antimafia²⁶¹ e di esecuzione della pena²⁶².

²⁵⁸ “(...) il mafioso deve essere in grado di incutere timore e di avere davanti a sé la paura del sottomesso, per poter concio esercitare un’influenza sugli altri attraverso la sempre presente possibilità di applicare una concreta costrizione fisica”, HESSE, *Mafia*, cit. in SPAGNOLO, *Ai confini tra l’associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1733.

²⁵⁹ Ricollegabile ad una “generale percezione della loro temibile efficienza nell’esercizio della coercizione fisica”, così SPAGNOLO, *Ai confini tra l’associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, cit., 1732.

²⁶⁰ Cfr. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la “mafia silente” al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, cit.; testualmente: “In conclusione: il contrasto giurisprudenziale in seno alla Corte di cassazione è evidente e permanente (...) Applicare il dleitto di associazione mafiosa laddove vi sarebbero al più gli estremi per contestare l’associazione per delinquere semplice non può considerarsi un problema di poco conto, magari da tenere “in sordina” per non ostacolare la repressione delle mafie al nord. Spiace doverlo ricordare, ma il rispetto della legalità penale significa anche che “la legge è uguale per tutti”, a prescindere dai “tipi d’autore” e dai contesti geografici.”

²⁶¹ NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 2015; BALSAMO-CONTRAFFATTO-NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 60 ss.

²⁶² Dal 41 bis O.P. sino alle forti limitazioni in materia di misure alternative alla detenzione.

Si chiede, in definitiva, all'interprete di prendere una netta posizione sul punto, *arretrando* i confini della fattispecie, oramai divenuti *indefiniti*, sino a farli coincidere con la previsione originaria.

Non bisogna dimenticare, difatti, quel vero e proprio regime penitenziario differenziato²⁶³, riservato alla disciplina speciale antimafia, rappresentato anche dagli articoli 4 *bis*, 58-*quater* e 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Sono proprio queste norme a sottolineare il trattamento di eccezionale rigore riservato ai condannati per *mafia*, mitigato solo dalla collaborazione *ex art.* 8 d.l. n. 152/1991 ovvero dalla inesigibilità della stessa.

Ma non è solo un problema di *confini* della fattispecie: si avverte anche il bisogno di sanzionare quei piccoli e nuovi sodalizi che talvolta utilizzano anche il metodo mafioso pur ~~anche~~ in ambiti ristretti, senza avere il *peso*, la *dimensione* e le caratterizzazioni intrinseche della *mafia*, quella "vera".

Sul tema, in effetti, potrebbe intervenire il legislatore attraverso una *rivisitazione* del delitto di cui all'art. 416 c.p. ovvero introducendo, nell'art. 416 *bis* c.p., una fattispecie attenuata presente in quasi tutti i delitti associativi²⁶⁴, semmai legata alla minore intensità della capacità intimidatoria (e conseguente minore radicamento sul territorio) ovvero alla dimensione minima del sodalizio in termini di struttura e di operatività.

Di certo, a prescindere da ogni ulteriore considerazione di carattere sociologico²⁶⁵, occorre tenere ben distinta, pur nell'ambito della stessa norma, la *mafia* tradizionale o simile – per intendersi, quella stragista, che aveva dichiarato guerra allo Stato – da quei *nuovi o piccoli* sodalizi distanti *anni luce* da quel fenomeno che è stato ritenuto, addirittura, la "più triste e infamante" caratterizzazione del nostro Paese²⁶⁶.

²⁶³ LO GIUDICE, *Limiti e condizioni di accesso ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 367; ARDITA, *Il regime differenziato ex art. 41 bis O.P.*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 349.

²⁶⁴ Cfr. ad es. art. 74, comma 6, D.P.R. 309/90.

²⁶⁵ Note le considerazioni sulla negazione del fenomeno mafioso, "è sciocco e dannoso il principio che il male di cui una popolazione è afflitta bisogna nascondere o minimizzarlo. I mali sociali sono, infatti, proprio come le malattie individuali: nascondarli, negarli, minimizzarli vuole dire soprattutto non volerli curare, non volere liberarsene", cfr. SCIASCIA, *La storia della mafia*, da *Quaderni radicali*, 30/XV (gennaio 1991), 31/XV giugno 1991; ANNICCHIARICO, *Associazione mafiosa. Profili giuridici e storico-criminologici*, 35, nota 2.

²⁶⁶ CANCELLIERI - SEVERINO, *Prefazione, Mafie. La criminalità straniera alla conquista dell'Italia* di CONZO - CRIMALDI, cit., in cui: "Se la parola mafia, assieme alle più recenti (ma certamente non più gratificanti) "macaroni" e Spaghetifresser, è stata per quasi un secolo il più triste infamante tra i sinonimi di "italiano", da un po' di tempo a questa parte lo è assai meno".

In realtà il fenomeno mafioso originario, quello storico, ancora esiste, così come risultano pendenti numerosi procedimenti di *mafia* intesa nel suo significato tradizionale.

La scelta, dunque, di indirizzare la fattispecie verso altri ambiti, anche ridotti e diversi, è spontanea ed intenzionale e non dovuta ad una trasformazione del *modello classico*: non è la mafia originaria ad essersi trasformata nella direzione delle *piccole mafie* o dell'*alleggerimento qualitativo* delle proprie caratterizzazioni, ma è la interpretazione della norma che si è spinta volontariamente oltre i confini della fattispecie, anche a considerare i fenomeni criminali associativi contraddistinti da una notevole *fluidità*²⁶⁷.

Da tempo si parla, infatti, di *fluidità* nel diritto penale o di *logica flou*²⁶⁸ o di *fluttuazioni delle garanzie penalistiche*²⁶⁹. D'altra parte, sarebbe proprio la *post-moderinità* a richiedere *forme di controllo penali più flessibili, più dinamiche, anche ai fini di una semplificazione processuale*²⁷⁰.

Tuttavia, a dispetto di qualunque visione *fluida o flessibile* del diritto penale, il principio di tassatività ed i suoi risvolti²⁷¹ della determinatezza in concreto²⁷² e del divieto di analogia, si mostrano come limiti insuperabili²⁷³.

Ebbene, non vi è dubbio che l'indirizzo *estensivo* della fattispecie determini, se non un vero e proprio "svuotamento della norma sul piano della determinatezza e della materialità"²⁷⁴, gravi profili di tensione con i richiamati principi cardine del sistema, risultando il prodotto di un procedimento giurisprudenziale *additivo*²⁷⁵ che viene ad estendere *oltre misura* l'ambito di applicazione della norma, ricomprendendovi situazioni originariamente non previste né prevedibili.

²⁶⁷ APOLLONIO, *Rilevi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *Cass. pen.*, I, 2016, 128; VISCONTI, *A Roma una mafia c'è e si vede...*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶⁸ MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all'interno dell'Unione Europea*, cit., 26.

²⁶⁹ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 135.

²⁷⁰ MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 20.

²⁷¹ CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 125.

²⁷² PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

²⁷³ VELLUZZI, *Analogia giuridica e divieto di analogia: usi ed abusi nel diritto penale*, cit.; cfr. in tema anche la norma ordinaria di cui all'art.14 delle c.d. Preleggi: "le leggi penali e le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati".

²⁷⁴ SEMINARA, *Gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art.416 bis c.p.*, in *Quaderni del CSM*.

²⁷⁵ CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari-Roma, 1994, 70.

Si ritorna, dunque, a quel confine incerto tra la interpretazione estensiva consentita²⁷⁶ – che si limita ad *estendere l'area semantica già delimitata dalla legge, sino alla sua massima portata linguistica*²⁷⁷ – ed il superamento dei confini tipici della fattispecie che si traduce anche nel divieto dell'analogia²⁷⁸.

Si tratta di un rapporto difficile e delicato anche per l'assenza, nel nostro ordinamento, di speciali regole interpretative in materia penale²⁷⁹ tanto che, nei lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, si era prevista, addirittura, l'introduzione di un preciso obbligo di interpretazione restrittiva delle norme penali o, meglio, di un espresso divieto di interpretazione estensiva²⁸⁰, ritenuto, peraltro, una *tautologica riaffermazione del principio di legalità*²⁸¹.

Occorre, sul punto, che l'interprete ed il legislatore assumano una definitiva posizione.

Certamente la tipicità possiede una propria *dimensione ermeneutica* e l'interpretazione presenta delle inevitabili componenti di valutazione e di creatività. Esiste, tuttavia, nelle regole della ermeneutica un obbligo *sotteso ed implicito* di *stretta interpretazione* in materia penale finalizzato a proteggere “la purezza

²⁷⁶ VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942; ID., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, vol. I, 1987, 158 ss.; BOSCARDELLI, *Analogia e interpretazione estensiva in diritto penale*, Palermo, 1955.

²⁷⁷ CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 135. BOSCARDELLI, *Analogia e interpretazione estensiva in diritto penale*, cit.

²⁷⁸ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 356.

²⁷⁹ MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit., 28, in cui: “A questo proposito va ricordato che il progetto di riforma della Costituzione redatto nel 1997 dalla Commissione bicamerale, con una approssimativa equiparazione tra procedimento analogico ed interpretazione estensiva, prevedeva all'art.129.3 che “ le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo” con riferimento al Progetto di legge costituzionale della Commissione bicamerale, istituita con legge cost. 24 gennaio 1997, in *Ind. Pen.*, 1998, 303 ss.; DONINI, *L'art.129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Crit. Dir.*, 1998, 121; PALAZZO, *Riforme costituzionali: diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 37 ss.

²⁸⁰ L'art.129 comma 3 della proposta di riforma costituzionale della c.d. Commissione bicamerale istituita con legge cost.n.1 del 1997 prevedeva un divieto di interpretare la legge penale “in modo analogico o estensivo”; in tema FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro It.*, 1997, V, c.167; DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 67 ss.; PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, in *Foro It.*, 1998, V, 288 e ss.

²⁸¹ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 143.

della legge dall'immane arbitrio della interpretazione²⁸².

²⁸² CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 136; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 303; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.