

QUESITI

GASPARE STALLONE

Associazioni criminali e società commerciali: la “sovrapposizione” tra enti tra problemi di struttura e di accertamento

Il contributo analizza il rapporto tra associazioni criminali e società commerciali con l'obiettivo di valutare la sua incidenza sull'ordinamento italiano.

Dopo aver esaminato i fattori che hanno portato alla nascita di questa relazione tra enti - definita tramite il concetto di “*sovrapposizione*” tra strutture organizzative - vengono passate in rassegna, attraverso un approccio casistico, le forme che questa “*sovrapposizione*” può assumere. Nel tentativo di proporre una categorizzazione che risulti aderente al dato dell'esperienza, viene enucleata la distinzione tra “*sovrapposizione apparente*” e “*sovrapposizione effettiva*” tra associazioni criminali e società commerciali.

La trattazione si sofferma poi sulla “*positivizzazione*” di questa distinzione e sulla sua corrispondenza rispetto ad un'altra partizione già elaborata dalla dottrina, vale a dire quella tra paradigma “*confiscatorio*” e paradigma “*recuperatorio*”, che descrive la diversa risposta dell'ordinamento nei confronti dell'ente lecito che si trovi ad avere legami con un'organizzazione criminale.

Evidenziato il nesso di relazione necessaria tra le due forme di sovrapposizione ed i due diversi tipi di risposta dell'ordinamento - che porta ad affermare che la sovrapposizione apparente implica sempre l'applicazione del paradigma confiscatorio, mentre la sovrapposizione effettiva solo ed esclusivamente l'applicazione del paradigma recuperatorio - vengono analizzati i profili di utilità di quest'impostazione categoriale rispetto ad alcuni temi di non secondaria importanza, tra cui l'accertamento dei reati associativi, l'applicazione della c.d. pena di morte dell'ente (artt. 16, ult. co., e 24 *ter*, ult. co., d.lgs. 231/2001), e la differenza tra “*impresa mafiosa*” e “*impresa a partecipazione mafiosa*”.

Criminal organisations and business corporations: the coexistence of these entities between structure and assessment problems

The paper analyzes the relationship between criminal organisations and business corporations with the aim of assessing its impact on the Italian legal system.

After investigating the causes that led to the emergence of this relationship between entities - defined through the concept of coexistence between organizational structures - the forms that this coexistence can take are reviewed through a casuistic approach. In an attempt to propose a categorization that adheres to data of experience, the distinction between “apparent coexistence” and “actual coexistence” between criminal organisations and business corporations is enunciated.

The paper also focuses on the “positivization” of this distinction and on its correspondence to another partition already elaborated, that between the “confiscatory” and “recuperative” paradigm, which describes the different response of the legal system to the lawful entity found to have ties with a criminal organization. Highlighting the necessary relationship between the two forms of coexistence and the two different types of the legal system reaction - which leads to the assertion that the apparent coexistence implies the application of the confiscatory paradigm, while the actual coexistence only and exclusively the application of the recuperative paradigm - the usefulness profiles of this categorical approach are analyzed in relation to some issues of no small importance, such as the assessment of conspiracy, the application

of the so-called death penalty of the entity (Articles 16 and 24 ter, Legislative Decree no. 231/2001), and the difference between “mafia enterprise” and “enterprise with mafia participations”.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La sovrapposizione tra associazioni criminali ed enti leciti. - 2.1. (*Segue*) La sovrapposizione tra enti: una proposta definitoria. - 2.2. (*Segue*) Le forme della sovrapposizione e le modalità di accertamento. La pseudo-sovrapposizione. - 2.3. (*Segue*) la sovrapposizione effettiva. - 3. La risposta ordinamentale alla sovrapposizione tra enti. La necessità di una distinzione. - 3.1. (*Segue*) I diversi profili di utilità della nozione di “sovrapposizione tra enti”. - 3.1.1. (*Segue*) L’accertamento dei reati associativi. - 3.1.2. (*Segue*) L’applicazione dell’ultimo comma dell’art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001. - 3.1.3. (*Segue*) L’impresa “mafiosa” e l’impresa “a partecipazione mafiosa”. - 4. Conclusioni.

1. *Premessa.* Il contributo si propone di offrire qualche spunto di riflessione sulle relazioni tra associazioni criminali e società commerciali. Prima di analizzare le forme che queste relazioni possono assumere e le loro conseguenze sul piano giuridico, è opportuna qualche breve considerazione sulla genesi del fenomeno, che può essere descritto, per le ragioni di cui si dirà a breve, come “sovrapposizione” tra enti.

Un primo obiettivo di quest’analisi preliminare potrebbe essere dato dalla necessità di stabilire, pur in modo sommario e senza alcuna pretesa di esaustività, le ragioni per cui, da un certo momento in avanti nella storia dell’ordinamento italiano, si è manifestata una forte convergenza tra modelli d’incriminazione come quelli previsti dagli artt. 416 e 416 *bis* c.p. e il più importante strumento di esercizio dell’iniziativa economica privata in forma collettiva.

La trattazione del tema non può che partire dalla storia dei reati associativi.

Il processo evolutivo che si riscontra all’interno di questa categoria di reati porta ad individuare un nesso tra le forme aggregate di delinquenza e l’evoluzione delle strutture sociali e dei “corpi intermedi”¹ dell’ordinamento, nel senso che lo sviluppo del sistema economico, nel condizionare l’evoluzione dei rapporti sociali, ha indubbiamente contribuito a rendere desuete alcune incriminazioni associative, determinando la fortuna di altre.

¹ Da intendersi come “formazione sociale”, secondo l’autorevole insegnamento di MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, 1159. L’equiparazione tra i due concetti porta a ricomprendere in questa nozione anche gli enti frutto dell’autonomia privata, come appunto le società commerciali (cf. GALGANO, *Art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, Bologna, II, 1982, 2-3; nonché BATTELLI, *Il ruolo dei corpi intermedi nel modello italiano di società pluralista*, in *Pol. dir.*, 2018, 2, 259 ss.). Per un utilizzo del termine nel lessico penalistico si può far riferimento a DE FRANCESCO, *La societas e l’ineffabile duale: destinatario o garante dell’osservanza dei precetti?*, in *Studi sen.*, 3, 487 ss.

Basti pensare al passaggio dalla “*associazione di malfattori*” alla “*associazione per delinquere*”: il fine delle codificazioni ottocentesche, attraverso la prima forma d’incriminazione associativa, era essenzialmente quello di estirpare forme di brigantaggio organizzato², perché in quel momento storico la principale minaccia per la nascita società industriale era costituita dalla presenza di gruppi di soggetti “*devianti*”, che rifugivano l’inserimento nel mercato del lavoro³.

Con i profondi mutamenti sociali determinati dalla diffusione della ricchezza e dall’affermazione di un modello di produzione basato sul ricorso diffuso allo strumento societario⁴, fattispecie costruite sulla falsariga della “*associazione di malfattori*” – che vedono accostarsi all’organizzazione criminale un solo altro soggetto superindividuale (cioè lo Stato, nella dinamica di contrapposizione tipica della repressione) – hanno ceduto il passo a reati associativi che non assumono necessariamente, come referente criminologico, un fenomeno così circoscritto – e definito – dal punto di vista storico.

² Si pensi alla “*association des malfaiteurs*” prevista dagli artt. 265-266 del *Code pénal* napoleonico (art. 265: «*Toute association de malfaiteurs envers les personnes ou les propriétés, est un crime contre la paix publique*»; art. 266: «*Ce crime existe par le seul fait d’organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, pu de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits*»); oppure alla “*comitiva armata*” definita dall’art. 157 del codice del Regno delle Due Sicilie come «*quella, che in numero non minore di tre individui, dei quali due siano portatori di armi proprie, vada scorrendo le pubbliche strade e le campagne con animo di andar commettendo misfatti e delitti*»; od ancora alla “*associazione di malfattori*” descritta dagli artt. 426-427 del codice penale sabauda come «*ogni associazione di malfattori di numero non minore di cinque, all’oggetto di delinquere contro le persone o la proprietà*». È evidente che si discute di modelli d’incriminazione tutti incentrati sulla figura del mendico, del brigante o del malfattore, ossia di colui che abbracciando volontariamente uno stile di vita dissipato e sottraendo la propria forza al mercato del lavoro salariato, viola il dovere «*naturale*», imposto a ogni uomo dalla società, di non essere «*d’aggravio al corpo sociale*» (INSOLERA, *L’associazione per delinquere*, Padova, 1983, 7 ss.). L’unica rilevante eccezione nel panorama dei codici preunitari era rappresentata dall’art. 421 del Codice Penale del Regno di Toscana, che, essendo priva della pregnanza della figura del malfattore, ricorreva già quando «*tre o più persone hanno formato una società per commettere delitti di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima o di frode, benché non ne abbiano ancora determinato la specie od incominciata l’esecuzione; [...]*». La ragione di questa vistosa eccezione è precisamente spiegata dal Carrara: «*Se dunque si domandi fra noi in Toscana la definizione del delitto di associazione a delinquere, noi, che nella nostra provincia non abbiamo tradizione né di briganti, né di bande, né di guerrille, né di conventicole, dobbiamo affermare che quello non ha nulla a che fare con le associazioni di malfattori previste dalle altre moderne legislazioni*» (CARRARA, *L’associazione a delinquere secondo l’abolito codice toscano*, in *Enciclopedia giuridica italiana secondo la direzione di P. S. Mancini*, Milano, I, 1118).

³ INSOLERA, *L’associazione*, cit., 8-9.

⁴ Incentivato, proprio a partire dall’unità d’Italia e, in particolare, dall’applicazione a tutto il regno del codice sabauda, attraverso la legittimazione delle associazioni private tra cittadini, che erano state rese lecite in considerazione della loro capacità di amplificare e diffondere “*la potenza economica del singolo borghese*”, nell’interesse della collettività nazionale (INSOLERA, *L’associazione*, cit., 24, e MINNA, *Criminali associati, norme penali e politica del diritto*, Milano, 2007, 7).

Si pensi al reato di “*associazione per delinquere*” – nella forma prevista, prima dall’art. 248 del Codice Zanardelli, poi dall’art. 416 del Codice Rocco⁵ – oppure, venendo a tempi relativamente più recenti, alle “*associazioni di tipo mafioso*” descritte dall’art. 416 *bis* c.p.⁶. Si tratta di incriminazioni che, essendo meno precise nella descrizione del “*fatto associativo*” – ad esempio, in punto di delitti-scopo dell’associazione, che, infatti, non sono predeterminati – hanno mostrato una maggiore capacità di adattamento ai cambiamenti del corpo sociale e all’evoluzione delle manifestazioni criminose che si prestano ad essere realizzate, pur con le loro specificità, in forma collettiva⁷. Si potrebbe affermare che l’evoluzione socio-economica iniziata nei primi decenni di vita dello Stato italiano, se, da un lato, ha sempre più contribuito a ridimensionare l’importanza di norme incriminatrici che erano espressione di un sistema-paese ancora poco sviluppato, dall’altro ha determinato la fortuna di alcune fattispecie associative che, per la loro estrema duttilità, soprattutto sotto il profilo teleologico, si adattavano – e tuttora si adattano – alla repressione di fenomeni criminali in grado di innestarsi, in maniera strutturata, negli ambienti sociali e nei contesti economici più vari⁸.

⁵ L’art. 248, comma 1°, del codice penale del 1889 statuiva: «*Quando cinque o più persone si associano per commettere delitti contro l’amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l’incolumità pubblica, o il buon costume e l’ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà, ciascuna di esse è punita, per il solo fatto dell’associazione, con la reclusione da uno a cinque anni*». Invece l’art. 416, commi 1°, 2° e 3°, c.p. prevede che «*1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. 2. Per il solo fatto di partecipare all’associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. 3. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori*».

⁶ Per quanto sia evidente che, al momento di introduzione del reato di cui all’art. 416 *bis* c.p. con la legge “Rognoni-La Torre” (l. 13 settembre 1982, n. 646), il riferimento sociologico fosse costituito dalle c.d. *mafie storiche* – e, in particolare, da Cosa Nostra – (per tutti, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 3 ss., ove si valorizza come, a monte della formulazione dell’art. 416 *bis* c.p., si collochi l’imponente attività della Commissione parlamentare d’inchiesta del 1962 sul fenomeno della mafia in Sicilia), non si può fare a meno di osservare come la norma si sia prestata ad interpretazioni evolutive, che descrivono la tendenza, attualissima, di individuare sempre più spesso “*nuove mafie*”: ne è un esempio la recente decisione della Corte d’Assise d’Appello di Roma, recentemente confermata dalla Suprema Corte, che ha riconosciuto nel clan Spada di Ostia un’associazione di stampo mafioso (Corte d’Assise d’Appello Roma, Sez. I, 10 marzo 2021, n. 2).

⁷ In generale, sul progressivo processo di astrazione delle fattispecie associative si v. ALEO, *Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell’organizzazione*, in *Rass. pen. e crim.*, 2012, 12 ss. Per un’attenta analisi della vocazione espansiva recentemente dimostrata dalla fattispecie di cui all’art. 416 *bis* c.p., si rinvia a: VISCONTI, *La mafia è dappertutto. Falso!*, Roma, 2016, 17 ss.; nonché AMARELLI, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 956 ss., e più recentemente ID., *Mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l’art. 416-bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 2249 ss.

⁸ V. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 2010, 34.

Con la nascita e lo sviluppo di un'economia complessa, in cui gli attori sono costituiti da società, gruppi di società o, addirittura, conglomerati operativi su scala mondiale, non potevano che essere organizzazioni rientranti nel paradigma di queste due fattispecie ad accostarsi al mondo dell'imprenditoria lecita⁹: come si diceva, uno dei fattori più significativi di questa convergenza è rappresentato dalla capacità di questi modelli repressivi di attirare a sé la stragrande maggioranza delle manifestazioni delittuose organizzate, comprese quelle collegate al mondo dell'impresa collettiva.

Inquadrandolo il tema da un altro punto di vista, si potrebbe sostenere che sono state le potenzialità delle strutture imprenditoriali ad attirare l'attenzione degli ambienti criminali, così favorendo l'avvicinamento tra questo tipo di associazioni e le società commerciali. Del resto è noto che tra le ragioni che portarono all'introduzione del delitto di associazione di stampo mafioso vi fosse proprio la necessità di porre un freno alla forte vocazione imprenditoriale che queste organizzazioni criminali avevano già manifestato¹⁰. In tale ottica, il nuovo reato associativo venne guardato come uno strumento repressivo più efficiente rispetto al "*prototipo*" costituito dall'associazione per delinquere, poiché esonerava – come tuttora esonera – l'autorità inquirente dalla prova di un programma criminoso cui riconnettere il possibile arricchimento dalla *societas sceleris*¹¹: eliminando il "*mediūm*" della serie indeterminata di delitti, si è alleggerito

⁹L'avvicinamento delle organizzazioni criminali alle attività economiche lecite emerge, rispetto all'associazionismo mafioso, sin dai lavori preparatori alla Legge "Rognoni-La Torre". Nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge si sostiene, infatti, la necessità di «*misure che colpiscano la mafia nel patrimonio, essendo il lucro e l'arricchimento l'obiettivo di questa criminalità che ben si distingue per origini e funzione storico-politica dalla criminalità comune e dalla criminalità politica strettamente intesa. L'espansione dell'intervento mafioso e l'articolazione complessa della mafia, che, mentre non trascura alcun settore produttivo e di servizi, trova nell'intervento pubblico la sua principale committenza, esigono oggi più puntuali strumenti proprio nell'ambito di arricchimenti illeciti e dei reati finanziari. La mafia, peraltro, opera ormai anche nel campo delle attività economiche lecite, e si consolida l'impresa mafiosa, che interviene nelle attività produttive forte dell'autofinanziamento illecito [...], e mira all'accaparramento dell'intervento pubblico [...] scoraggiando la concorrenza con la sua forza intimidatrice*» (Atti preparatori della legge n. 646 del 1982, in *Cons. Sup. Mag.*, 1982, 3, 243).

¹⁰Già nella relazione alla proposta di legge n. 1581, presentata il 31 marzo 1980, da cui, poi è scaturita la l. 13 settembre 1982, n. 646 (Legge "Rognoni-La Torre, che, com'è noto, ha introdotto il delitto di associazione di stampo mafioso), si sosteneva l'importanza di «*misure che colpiscano la mafia nel patrimonio essendo il lucro e l'arricchimento l'obiettivo di questa criminalità che ben si distingue per origini e funzione storico-politica dalla criminalità comune e dalla criminalità politica strettamente intesa [...]. La mafia, peraltro, opera ormai anche nel campo delle attività economiche lecite, e si consolida l'impresa mafiosa, che interviene nelle attività produttive forte dell'autofinanziamento illecito [...]*» (Atti preparatori della legge n. 646 del 1982, in *Cons. Sup. Mag.*, 1982, 3, 243).

¹¹La necessità di rendere più efficiente il contrasto alle associazioni mafiose, sopperendo ad alcuni profili di inadeguatezza dell'art. 416 c.p., si evince ancora una volta dai lavori preparatori alla Legge "Rognoni-La Torre": «*si vuole colmare una lacuna legislativa, già evidenziata da giuristi e operatori del diritto, non*

l'onere probatorio, rendendo sufficiente, per la punibilità del fatto associativo secondo il paradigma dell'art. 416 *bis* c.p., la sola dimostrazione del metodo mafioso utilizzato dall'organizzazione criminale e la prova della sua preordinazione all'ottenimento di profitti (o anche solo vantaggi) ingiusti¹².

Comunque, quale che sia il fattore che più di altri ha incentivato l'accostamento tra enti leciti ed enti illeciti, il dato che interessa far emergere in questa sede è che il fatto stesso di questa convergenza tra organizzazioni si è tradotto nell'ingresso di un terzo gruppo di soggetti nel rapporto originariamente bilaterale, di pura lotta, tra lo Stato e il prodotto di queste forme di associazionismo criminale.

Il terzo gruppo di soggetti è, appunto, quello costituito dagli enti collettivi che nascono dall'iniziativa privata e che si propongono di realizzare fini non solo penalmente irrilevanti, ma addirittura meritevoli di tutela, secondo l'assetto di valori definito dalla Costituzione repubblicana; tra questi spiccano le società commerciali, vale a dire quei

essendo sufficiente la previsione dell'art. 416 del codice penale [...] a comprendere tutte le realtà associative di mafia, che talvolta prescindono da un programma criminoso secondo la valenza data a questo elemento tipico dell'art. 416, affidando il raggiungimento degli obiettivi alla forza intimidatrice del vincolo mafioso in quanto tale, [...] che raggiunge i suoi effetti anche senza concretarsi in una minaccia o in una violenza negli elementi tipici prefigurati nel codice penale" (Atti preparatori, cit., 244).

¹² Com'è noto, l'art. 416 *bis* c.p. tra le quattro finalità tipiche dell'associazione di stampo mafioso, prevede, *in alternativa* tra loro, quella costituita dalla commissione di delitti e quella costituita dall'ottenimento di profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri. Sul tema del la dimensione imprenditoriale delle associazioni mafiose la letteratura è piuttosto ampia. A titolo certamente non esaustivo si può fare riferimento ai seguenti lavori: BASSIUNI in *Organized Criminality, Quaderni (Rassegna di Studi a cura dell'IS.I.S.C.)*, Padova, 1979, I, 122 ss.; CEPIG, *Gli investimenti della mafia*, 1987, 117 ss.; ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, 2007, *passim*; DALLA CHIESA, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, 2012, *passim*. Dimostra il naturale orientamento delle organizzazioni criminali all'ottenimento di profitti - anche in settori leciti - il fatto che il primo strumento giuridico che ha sintetizzato un approccio generalizzato al fenomeno della criminalità organizzata - ossia la Convenzione O.N.U. contro la criminalità transnazionale organizzata del 2000 - abbia assunto come obiettivo proprio i "gruppi criminali organizzati" che perseguono finalità economiche (secondo l'art. 2 della Convenzione, «l'espressione "gruppo criminale organizzato" designa un gruppo strutturato, che esiste da un certo tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto con lo scopo di commettere una o più infrazioni gravi o infrazioni stabilite conformemente alla presente Convenzione, per trarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»). Inoltre, rispetto al tema delle infiltrazioni delle organizzazioni mafiose nelle imprese, è stato valorizzato, come ulteriore fattore dell'avvicinamento tra i due mondi, il fatto che l'attività di impresa possa rappresentare, agli occhi delle cosche, uno strumento per implementare la rete di relazioni dell'associazione criminale e, dunque, il suo "capitale sociale" (SCIARRONE, *Mafie vecchie Mafie nuove*, Roma, 2009, 46 ss.). Valorizza, invece, la necessità di non ridurre il fenomeno mafioso alla sola "mafia imprenditrice", in considerazione del fatto che la vicinanza al mondo dell'impresa è tipica anche di altre associazioni per delinquere, AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dottrinali e applicativi*, Roma, 2017, 22-23.

soggetti collettivi che trovano la loro ragion d'essere nel libero esercizio dell'iniziativa economica¹³.

Se, dunque, nell'ambito di quello che è stato autorevolmente definito «*diritto penale delle associazioni*», sul piano teorico è ancora validissima la distinzione tra «*reati di associazione*» e «*reati dell'associazione*»¹⁴, distinzione che oppone l'ente criminale ai crimini dell'ente strutturalmente lecito, è indiscutibile che all'atto pratico questi due opposti tendono a convergere. Tale convergenza è dimostrata dalla sempre maggiore frequenza con cui si assiste alla contestazione di questi reati associativi, per il sol fatto che venga in discussione una pluralità di episodi di possibile rilievo penale, riconducibili ad almeno tre soggetti, in un contesto collettivo lecito (principalmente, di stampo societario)¹⁵.

È in questo modo che si pone all'attenzione dell'interprete la potenziale intersezione o, più correttamente, come la si è definita in precedenza, la «*sovrapposizione*» tra associazioni criminali e società commerciali¹⁶; e non si può certo sostenere che rispetto a tale fenomeno l'ordinamento sia rimasto insensibile, in quanto sono numerose le disposizioni di legge, frutto della strategia di contrasto al crimine organizzato, che sottolineano la necessità di evitare contatti tra queste tipologie di organizzazioni criminali e l'economia lecita: si allude a scelte legislative che si sono tradotte nell'individuazione e repressione – o prevenzione – di *diverse* forme di cointeressenza tra i due contesti¹⁷.

¹³ La libertà di impresa è riconosciuta a livello transnazionale anche dall'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ove è stabilito che: «*È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*».

¹⁴ PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 422-423.

¹⁵ Il supporto a questa tendenza – e la confusione tra i due piani che da questa deriva – è dato anche da quell'orientamento giurisprudenziale come quella secondo cui «*per la configurabilità del delitto di associazione per delinquere la legge non richiede la apposita creazione di una organizzazione, sia pure rudimentale, ma l'uso di una struttura che può anche essere preesistente alla ideazione criminosa e già adibita a finalità lecite*» (già Cass., Sez. I, 3 ottobre 1989, n. 134, in *Cass. pen.*, 1991, V, 744-745).

¹⁶ Sulle ragioni per cui è preferibile non descrivere il fenomeno come un'intersezione tra due strutture organizzative, si rinvia a *infra* par. 2.1.

¹⁷ La necessità di prevenire o reprimere ingerenze della criminalità organizzata nel circuito dell'economia lecita si può evincere da numerose disposizioni di legge: a partire dalla peculiare formulazione del terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., nella parte in cui vengono cristallizzati, tra i possibili fini alternativi dell'associazione mafiosa, il monopolio di attività economiche ed anche il più generico ottenimento di profitti ingiusti; fino alla recentissima introduzione dell'art. 94 *bis* d.lgs. 6 novembre 2011, n. 159 (d'ora in avanti, Codice Antimafia), ad opera dell'art. 49, d.l. 6 novembre 2021, n. 152 (convertito con l. 29 dicembre 2021), rubricato «*Misure amministrative di prevenzione collaborativa in caso di agevolazione occasionale*», passando per l'amministrazione controllata (art. 34 del Codice Antimafia) e il controllo giudiziario delle aziende (art. 34 *bis* del Codice Antimafia).

Perché, come si vedrà, l'accostamento tra associazionismo illecito e associazionismo lecito può realizzarsi in modi diversi¹⁸, e, dunque, le esigenze connesse all'accertamento penale risultano diverse, così come diverse sono le implicazioni in punto di conseguenze sanzionatorie e para-sanzionatorie (sia per i membri dell'associazione criminale, sia per la società commerciale e, dunque, per i suoi soci)¹⁹.

L'osservazione che può essere formulata, a margine di queste brevi considerazioni preliminari, è che ormai, in molteplici settori dell'ordinamento, viene dato per assunto che enti illeciti, rispondenti ai tipi di associazione annoverati tra i delitti contro l'ordine pubblico, si possano accostare, collegandosi, ad enti leciti: il dato è di per sé meritevole di grande attenzione, perché rivela come la sovrapposizione tra organizzazioni abbia acquisito un rilievo normativo, quasi sistematico, che ne rende opportuna l'analisi.

Chiarite, sommariamente, le origini del fenomeno e le ragioni dell'indagine, si procederà, nel corso dei prossimi paragrafi, ad approfondire le diverse forme di sovrapposizione tra queste associazioni criminali e le società commerciali, oltre che le loro conseguenze sul piano normativo.

Al termine di quella che si spera essere una valutazione complessiva del fenomeno, si tenterà di proporre un processo di accertamento dei reati associativi inseriti tra i delitti contro l'ordine pubblico, articolato in più fasi, che abbia come obiettivo quello di evitare che, nel dinamico rapporto – ormai a tutti gli effetti trilaterale – tra pretesa punitiva dello Stato, ente illecito e società commerciale, le ripercussioni della sovrapposizione vadano *indebitamente* a scapito del soggetto collettivo lecito, che costituisce estrinsecazione di ben due prerogative costituzionalmente garantite²⁰.

2. La sovrapposizione tra associazioni criminali ed enti leciti.

¹⁸ Cfr. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 126 ss.

¹⁹ V. *supra* n. 12, nonché, sempre titolo puramente esemplificativo: la disciplina in tema di confisca prevista dall'art. 416 *bis*, co. 7, c.p., la disciplina delle misure di prevenzione – in particolare, quelle patrimoniali – che poggia sull'elaborazione normativa giurisprudenziale sul tema dell'impresa “a partecipazione mafiosa”, la disciplina in tema di controllo giudiziario (art. 34 *bis* del Codice Antimafia), quella che riguarda le recentissime misure amministrative di competenza prefettizia ora previste dall'art. 94 *bis* del Codice Antimafia.

²⁰ L'esigenza di prestare particolare attenzione, nell'utilizzo del diritto penale come strumento di governo dell'economia, è stata già evidenziata da Guerini, il quale osserva come il Legislatore, nel porre l'ente lecito sempre più al centro del sistema penale, dimentichi talvolta che «*dietro e dentro alle persone giuridiche vi sono esseri umani in carne ed ossa: imprenditori, amministratori, dipendenti, creditori, consumatori, Stakeholders in generale, tutti direttamente interessati dalle vicende sanzionatorie che coinvolgono una società*» (GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, 34-35).

2.1. (Segue) *La sovrapposizione tra enti: una proposta definitoria*. Finora, per descrivere il rapporto tra associazioni criminali ed enti leciti, si è parlato di “*accostamento*”, “*convergenza*”, “*sovrapposizione*”, invece che di “*infiltrazione*”, “*intersezione*” o “*commistione*”, nonostante questi termini s’incontrino spesso nei numerosi – e autorevoli – studi sul tema²¹.

La ragione della scelta di sostantivi che non evocano quella “*condivisione di punti tra due insiemi*” tratta dalla teoria matematica²², oppure anche solo l’idea di una “*unione, fusione o mescolanza di cose e/o elementi*”²³, è dettata dall’opportunità di mantenere sul piano del linguaggio comune, prima che normativo, una distinzione netta tra le due entità che si pongono agli estremi del rapporto.

L’idea di “*sovrapposizione*”, cui d’ora in avanti si farà riferimento, non verrà utilizzata per esprimere una coincidenza materiale perfetta – cioè totale, riguardo sia alle persone che ai mezzi – tra le organizzazioni criminali e le strutture societarie; piuttosto, verrà evocata nella sua accezione figurata per alludere alla concomitanza temporale tra le due entità²⁴, perché, ovviamente, ha senso discutere del rapporto tra enti leciti ed enti illeciti nella misura in cui essi coesistano in un preciso contesto temporale, oltre che spaziale, e siano tra loro correlati.

La sovrapposizione tra associazioni criminali e società commerciali può essere perciò definita, in prima battuta, come la coesistenza di due diverse tipologie di enti, in certa misura connessi, volti al perseguimento di obiettivi differenti, se non antitetici.

²¹ A titolo esemplificativo si v. *supra* n. 10. In quest’analisi terminologica, non si può fare a meno di segnalare che, rispetto al tema dei rapporti tra criminalità organizzata e criminalità economica – e, in particolare, sul ruolo di punto di contatto costituito dalla fattispecie del riciclaggio – autorevole dottrina ha parlato di “*una consistente area di intersezione per sovrapposizione dei due corrispondenti fenomeni*” (PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 145).

²² Il vocabolo “*intersezione*” viene definito nel Dizionario Treccani come «*l’intersecarsi di due linee, di due piani, di una linea con un piano, ecc.; anche, in senso più concreto, l’insieme dei loro punti comuni. Per estens., nel linguaggio com., punto d’incrocio: all’i. delle due strade. Con sign. specifico, nella teoria degli insiemi, il termine indica l’operazione (detta anche prodotto logico) che associa a due insiemi dati un nuovo insieme (detto anch’esso intersezione) formato dai punti comuni a quei due insiemi*». (<https://www.treccani.it/vocabolario/intersezione/>). In senso figurato, nel Dizionario De Mauro (1999), l’intersezione viene definita come «*parziale coincidenza di due concetti o del significato di due termini*».

²³ Questo è il significato primario del termine “*commistione*” (www.treccani.it/vocabolario/commistione).

²⁴ In questa sua accezione, il lemma “*sovrapposizione*” è sinonimo del «*prodursi allo stesso tempo: s. di due fatti*» ([www.treccani.it/vocabolario/sovrapposizione_\(Sinonimi-e-Contrari\)](http://www.treccani.it/vocabolario/sovrapposizione_(Sinonimi-e-Contrari))).

Il primo elemento che contraddistingue le due parti del rapporto - e che in effetti le accomuna - è quello strutturale: che si tratti di enti leciti o di enti illeciti, si discuterà sempre di organizzazioni di mezzi e persone, teleologicamente orientate²⁵.

Tanto il “*fatto associativo*” lecito quanto il “*fatto associativo*” illecito non possono, per vero, essere sottoposti a letture che riducano la loro componente più importante ad un “*mero accordo*”, così da tradurre il fenomeno della sovrapposizione tra enti nella semplice conclusione di accordi paralleli tra più persone: qualcosa di più rispetto al mero incontro di volontà è richiesto tanto per l’esistenza della società commerciale, quanto per l’esistenza dell’associazione criminale.

Gli argomenti che possono essere spesi a dimostrazione di tale assunto sono numerosi.

Anzitutto, è indubbio che l’organizzazione - intesa nella sua accezione più comune, come conseguenza dell’atto di organizzare, cioè del mettere in relazione elementi, in forma sistematica, in vista di un fine²⁶ - rappresenti un tratto essenziale dell’ente lecito. Le società - in particolar modo, quelle commerciali - consistono per definizione in «*strutture organizzative tipiche, anche se non esclusive, previste dall’ordinamento per l’esercizio in forma associata dell’attività d’impresa*»²⁷. Per l’esecuzione del contratto societario - ormai da tempo annoverato nella categoria dei «*contratti di organizzazione di una futura attività*» - è necessario lo svolgimento di un’attività comune e «*la conseguente creazione di un’organizzazione di gruppo deputata allo svolgimento di una serie di atti giuridici*»²⁸. La componente organizzativa è talmente indispensabile per l’esistenza dell’istituzione societaria che una sua eventuale inadeguatezza determina lo

²⁵ Già nella sociologia contemporanea, l’organizzazione, nell’accezione di componente comune a tutte le attività umane, è stata valorizzata come «*la vera grande scoperta della specie umana del XX secolo*» (così MARTINOTTI, *Prefazione* a CASTELLS, *La nascita della società in rete*, Milano, 2002, 2003, XXVI). Negli studi di teoria generale del diritto, la si identifica come quell’entità, comune a qualsiasi “*istituzione*” - nel senso di “*ente*” o “*corpo sociale*” - che, nella sua stabilità temporale, «*riduce ad unità gli individui, nonché gli altri elementi che lo compongono, acquistando di fronte ad essi una vita propria e formando un corpo a sé [...]*» (ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, I, 55).

²⁶ Più nel dettaglio: «*Nel linguaggio com.: a. Attività intesa a organizzare, cioè a costituire in forma sistematica un complesso di organi o di elementi coordinandoli fra loro in rapporto di mutua dipendenza in vista di un fine determinato: o. di uno stato, delle forze armate, di un’amministrazione, di un ufficio; l’o. dei servizi pubblici. [...]. b. Il modo in cui un organismo, un istituto, un ente è organizzato, cioè il suo ordinamento strutturale e funzionale*» (<https://www.treccani.it/vocabolario/organizzazione/>).

²⁷ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, 2012, 1 ss.

²⁸ CAMPOBASSO, *op. cit.*, 4. Nella dottrina civilistica, sul rilievo centrale che assume l’elemento organizzativo nei contratti societari, già FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, 242 ss., nonché SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 127 ss.

scioglimento del rapporto societario, oltre che possibili responsabilità per gli organi gestori²⁹.

L'organizzazione è poi l'elemento che più di altri identifica le associazioni criminali. Nonostante sia ancora viva la tendenza a degradare i reati associativi – e, in modo particolare, l'associazione per delinquere – ad un mero «*accordo volto a commettere una serie indeterminata di delitti*»³⁰, sono numerosi – e non controvertibili – gli argomenti che portano ad individuare l'*ubi consistam* di questa categoria di illeciti – e la ragione della loro punibilità – nella creazione di una struttura organizzativa, piuttosto

²⁹ Sul punto diffusamente IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 68 ss., nonché F. SANTONASTASO, *Responsabilità gestoria per inadeguatezza dell'organizzazione*, in *Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori. Giornata di studio in ricordo di Salvatore Pescatore*, a cura di Adiutori, Padova, 2012, 21 e ss. Rileva un collegamento tra la disciplina civilistica e quella sulla responsabilità da reato degli enti DEMURO, *I modelli organizzativi tra obbligatorietà e moral suasion*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, 916, ove si osserva come nel processo di «*aziendalizzazione del diritto*», che denota un maggiore coinvolgimento degli amministratori in compiti di carattere organizzativo piuttosto che nella gestione diretta dell'impresa, la riforma del diritto societario del 2003 sia stata precorsa proprio dalle disposizioni contenute nel d.lgs. 231/2001. A riprova dell'importanza dell'assetto organizzativo e della sua adeguatezza si consideri quanto oggi previsto, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs., 12 gennaio 2019, n. 14, dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., secondo cui «*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*» (per una prospettiva sul punto si v. RORDORF, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, in *Le Società*, 2021, 12, 1325 ss., nonché 1328, ove peraltro si pone in particolare risalto il rilievo normativo progressivamente assunto dall'organizzazione dell'attività di impresa). Sulla rilevanza che gli assetti organizzativi hanno assunto di recente, nella disciplina della crisi d'impresa, si rinvia a: CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della Crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, 1, 5 ss.; GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477 e 14 c.c.i.i.*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 1, 211 ss., nonché MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *loc. ult. cit.*, 23 ss.

³⁰ Solo da ultimo Cass., Sez. V, 12 febbraio 2021, n. 25251, secondo cui la differenza tra associazione per delinquere e mero accordo – che contraddistingue il concorso di persone nel reato – non sta nell'esistenza di una struttura organizzativa, bensì l'indeterminatezza dell'accordo criminoso (nello stesso senso anche Cass., Sez. III, 30 gennaio 2020, n. 11570). Sul punto, per una giusta critica, si v. Spagnolo: «*è forte il sospetto che affermazioni del genere nascondano la scelta inconsapevole di anteporre esigenze pratiche (di rendere più semplice la motivazione, di non indebolire la sentenza) a quelle che impongono una corretta interpretazione della norma di diritto penale sostanziale*» (SPAGNOLO, *I reati associativi*, in *Enc. giur.*, 2006, 3). Sul punto anche FORTI, *Artt. 414-421*, in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 1992, 829.

che nel mero incontro di volontà, connotato da un'indeterminatezza programmatica dai contorni estremamente labili³¹.

Se si guarda al “*precepto primario*” dei delitti associativi³², ciò risulta evidente: descrivendo fattispecie a concorso necessario, le norme incriminatrici richiedono, per la configurabilità del reato, il coordinamento di tutte le condotte tipiche, ossia il combinarsi di contributi di estrema rilevanza – tra cui, appunto, quello dell'organizzatore³³ – con contributi meno significativi, come quello del partecipe; ed è proprio il necessario rapportarsi di tutte queste condotte che determina la nascita dell'organizzazione, che, per quanto di interesse in questa sede, può essere orientata al perseguimento di finalità delittuose³⁴, oppure anche di finalità lecite, ma con modalità che presuppongono l'avvenuta commissione di reati³⁵.

³¹ È già stato osservato che, in definitiva, l'indeterminatezza del programma dell'associazione per delinquere «*riguarda solo le concrete modalità di commissione dei singoli reati, quindi il “fatto” del reato*», dal momento che, all'atto pratico, ad essa solitamente si affianca la determinatezza delle tipologie delittuose (IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, in *Giust. pen.*, 1990, 58). Sul punto si v. anche DEL CORSO, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *Cass. pen.*, 1985, 4, 624 ss.

³² Vale a dire quella parte della disposizione che individua il fatto punito. Così FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 23 ss.

³³ Che è colui che «*ordina la congrega criminosa in modo da rendere possibile l'attuazione del fine*» (così CONTIERI, *Associazione per delinquere*, in *Foro pen.*, 1955, 445). Nello stesso senso, di recente Cass., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 30410, in *Guida al dir.*, 2019, 34, 75, secondo cui la qualifica può essere attribuita a chi assume poteri di gestione, quand'anche non pienamente autonomi, in uno specifico e rilevante settore operativo del gruppo e a chi coordina l'attività degli associati e li assicura la funzionalità delle strutture del sodalizio, non essendo peraltro necessario che tale ruolo sia svolto con riferimento all'associazione nella sua interezza, potendo risultare sufficiente il coordinamento di una sua articolazione territoriale.

³⁴ Sull'importanza del requisito strutturale si v. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, 1971, 89 ss., che mette in evidenza come la formulazione della norma – e, in particolare, il riferimento al necessario contributo del promotore, del costituente e dell'organizzatore – implichi il necessario fondamento dell'associazione nell'organizzazione: «*È solo l'organizzazione, infatti, che garantisce la realizzazione di quell'ordine c.d. sociale dal quale scaturisce l'unità concreta che, distinta dai singoli individui associati, assicura al sodalizio il perseguimento dei propri fini*». Non passa nemmeno inosservato che la distinzione concettuale tra accordo e associazione – e la sua affinità al concetto di società – era ben chiara già nella Relazione ministeriale sul progetto definitivo di codice, ove si osservava che «*a differenza del semplice accordo per commettere un delitto, il quale costituisce un primo tratto, preliminare, di quell'iter criminis che nell'intenzione dei partecipanti deve sboccare nel delitto, l'associazione come entità criminosa finisce col separarsi nettamente dai singoli delitti che ne formano il programma, come la costituzione di una società è cosa distinta dai singoli atti che formano l'oggetto dell'attività sociale*» (Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo di codice penale, Roma, 1930, V^o2, 339, 110). Sull'importanza della componente organizzativa si v. anche: INSOLERA, *L'associazione*, cit., 87 ss.; BOSCARRELLI, voce *Associazione per delinquere*, in *Enc. dir.*, 1958, 871-872; PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., 429; nonché, di recente, MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, 2016, 109 ss.

³⁵ Si fa riferimento alla distinzione tra reati associativi “*puri*” e reati associativi “*a struttura mista*”, sulla

Anche ponendosi nella prospettiva del “*precetto secondario*” – che individua il trattamento sanzionatorio – la conclusione non cambierebbe: sarebbe del tutto irragionevole riconnettere pene di quella entità³⁶ ad un semplice accordo, cui non ha fatto seguito alcuna attività concreta, come la predisposizione di un apparato organizzativo in funzione di un fine (sia esso più o meno determinato).

L'incongruenza che scaturirebbe da un'interpretazione riduttiva del *Tatbestand* dei reati associativi sarebbe immediatamente percepibile: l'accordo volto a commettere una serie indeterminata di delitti, che denoterebbe una minore pericolosità rispetto a quello che comprende una serie di delitti determinati – data la minore precisione dell'intento criminoso che lo caratterizza – verrebbe sottoposto, paradossalmente, ad un trattamento sanzionatorio più sfavorevole – i.e. le pene previste per i reati associativi – rispetto al cumulo giuridico che, ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p., sarebbe applicabile al secondo tipo di accordo; nonostante questo possa sembrare più grave proprio perché implica che, nella rappresentazione mentale dei correi, siano già state definite le modalità di aggressione ai beni giuridici attinti dal programma criminoso³⁷.

Un altro indizio del ruolo che l'organizzazione gioca nelle incriminazioni associative si può trarre dalla rubrica dell'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001.

Secondo un orientamento che ha avuto una certa fortuna nell'ermeneutica tradizionale, non sarebbe corretto ricavare da norme speciali – o addirittura dalla rubrica di una disposizione della legislazione complementare³⁸ – argomenti per l'interpretazione

quale, diffusamente: SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 156; FIANDACA, *Le fattispecie associative “qualificate”*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, 53 ss.; VISCONTI, *Malie straniere e ‘ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell’art. 416 bis?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 355 e 374; INSOLERA-GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2022, 94.

³⁶ Le pene previste dagli artt. 416 e 416 *bis* c.p. oscillano da un massimo di cinque anni di reclusione per la partecipazione all'associazione per delinquere, fino ad un massimo di diciotto anni, per le condotte degli apicali nelle associazioni di tipo mafioso. Peraltro, il loro progressivo aumento – pacificamente riscontrabile, se si considerano le cornici edittali originarie – non può che confermare, indirettamente, la tesi della necessaria rintracciabilità nel fatto tipico dei reati associativi di un *quid pluris* rispetto al mero accordo volto a commettere una serie indeterminata di delitti.

³⁷ Cfr. BARAZZETTA, *sub art. 416 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2015, II, 1597.

³⁸ Sul valore della rubrica nell'interpretazione della legge cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, 1980, 207 e ss., che critica l'approccio – della dottrina civilistica, in particolare – volto ad escludere la vincolatività della *rubrica legis*: l'A., nel tracciare la differenza con le definizioni “*per semplice menzione*”, valorizza il rilievo interpretativo della rubrica, ove in particolare il *definiendum* contenuto nella stessa non ricorra nel testo dell'enunciato legislativo, in considerazione del fatto che le “*intitolazioni e le rubriche fanno parte della legge*” e perciò “*sono vincolanti alla stregua di tutti gli altri segmenti del discorso legislativo*”. Per una prospettiva

di categorie più generali. Ma, forse, non è del tutto improprio sostenere che, nel raggruppare diversi illeciti sotto la comune nozione di “*delitti di criminalità organizzata*”, il legislatore abbia voluto porre in risalto la centralità del concetto stesso di “*organizzazione criminale*”: nella disposizione sui reati-presupposto della responsabilità dell’ente, la struttura organizzativa costituisce il *trait d’union* delle fattispecie associative ivi richiamate, o, comunque, viene valorizzata come lo strumento o il punto di approdo di una serie di condotte che, pur non dando luogo a reati associativi, esprimono, secondo il portato dell’esperienza, una contiguità alla stesse organizzazioni criminali tale da legittimare il loro assorbimento nel binario che l’ordinamento riserva alla “*criminalità organizzata*” (così può essere letto il richiamo ai delitti aggravati ai sensi del vigente art. 416 *bis*-1 c.p. oppure a quelli in materia di armi, previsti dall’art. 407, comma 2°, lett. a), n. 5) c.p.p.).

È poi innegabile che un’interpretazione che tende a valorizzare l’elemento strutturale dei reati associativi, in luogo del mero accordo, non solo sarebbe coerente con i principi di materialità del fatto e proporzionalità della pena³⁹, ma troverebbe riscontro anche nel diritto primario dell’Unione Europea: sono numerose le fonti sovranazionali che, nel coordinare la strategia di contrasto alle “*organizzazioni criminali*”, hanno mostrato di aver assunto come obiettivo i fenomeni criminosi che traggono il loro disvalore proprio da quel momento organizzativo da cui scaturisce la struttura destinata a durare nel tempo tipica dei reati associativi⁴⁰.

sull’importanza della *rubrica legis* nel diritto penale si rinvia a SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1377 ss., ove si evidenzia che la rubrica dell’articolo, in quanto parte del testo e come “*fonte qualificata dell’interpretazione*”, costituisce un importante fattore di connotazione della fattispecie.

³⁹ Recentemente Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, n. 36958, Modaffari, considerato in diritto § 12-13-14. Valorizza la componente organizzativa dei reati afferenti al settore della “*criminalità organizzata*” Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, considerato in diritto §13-14: «*Orbene, all’esito dell’analisi del complesso e variegato panorama offerto dalla giurisprudenza e dalla dottrina circa la nozione di “criminalità organizzata”, si ritiene di dover confermare quella precisata con la richiamata decisione delle Sezioni Unite, perché consente di cogliere l’essenza di un delitto di “criminalità organizzata” e nel contempo di ricomprendere tutti i suoi molteplici aspetti, nell’ottica riconducibile alla ratio che ha ispirato gli interventi del legislatore in materia, tesi a contrastare nel modo più efficace quei reati che - per la struttura organizzativa che presuppongono e per le finalità perseguite - costituiscono fenomeni di elevata pericolosità sociale. Principio confermato ancora di recente dalle Sezioni Unite, le quali hanno affermato che per procedimento di criminalità organizzata deve intendersi “quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati” (Sez. U, n. 37501 del 15/07/2010, Donadio, Rv. 24799f)*.

⁴⁰ Si consideri, ad esempio, l’art. 1 dell’Azione Comune adottata dal Consiglio dell’Unione Europea il 21 dicembre 1998 (98/733/GAI), ove si definisce l’organizzazione criminale come «*l’associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati*

In definitiva, il dettato normativo è piuttosto univoco nel collegare la caratteristica che l'ente lecito e l'ente illecito hanno in comune – e che dovrebbe costituire il punto di partenza di qualsiasi analisi sui loro rapporti – alla creazione di una struttura organizzativa, frutto dell'agire coordinato di più persone in vista del medesimo fine.

Non che questo possa sorprendere se si riflette su quel legame, tra le due forme di associazionismo, che passa per l'art. 18 Cost.: la norma costituzionale fa coincidere i limiti del diritto di associazione (tra gli altri, “*i fini vietati ai singoli dalla legge penale*”), con i requisiti che i fenomeni associativi devono avere per potersi vedere attribuito rilievo penale, posto che sono gli stessi “*fini vietati ai singoli dalla legge penale*” – oltre che, in alternativa, la natura della segreta dell'associazione o la sua organizzazione militare unita ai fini politici – a collocare il fatto associativo al di fuori dell'esercizio del diritto costituzionalmente garantito, esponendo i suoi autori al rischio di incriminazione¹¹.

Si potrebbe dire, con uno sforzo di sintesi – e con la consapevolezza delle approssimazioni concettuali che una sintesi comporta – che l'art. 18 Cost., nel momento in cui stabilisce i limiti di questa particolare prerogativa dei singoli, stabilisce anche le condizioni cui è subordinato l'intervento del Legislatore penale per la repressione di fatti collettivi strutturati, che abbiano una certa proiezione temporale¹².

punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità»; oppure anche l'art. 1 della Decisione-quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, del tutto analoga, nonché il “Documento di lavoro sulla criminalità organizzata del Parlamento Europeo” dell'ottobre 2012, che, peraltro, ha evidenziato le forti affinità tra le moderne associazioni criminali e le società commerciali: «il più recente volto del crimine organizzato, un crimine per l'appunto sempre più simile ad un'impresa commerciale transnazionale, caratterizzata dalla fornitura simultanea di diverse tipologie di beni e di servizi illegali», aggiungendo che «la criminalità organizzata è diventata, quindi, essa stessa economia e, usufruendo delle grandi risorse finanziarie accumulate grazie alle proprie attività illecite, opera avvalendosi di enormi vantaggi competitivi che alterano fraudolentemente il sistema: dispone di risorse finanziarie pressoché illimitate derivanti dai propri illeciti, può sbarazzarsi dei concorrenti mediante il ricorso all'intimidazione e alla violenza».

¹¹ Altro limite costituzionale si ricava dal divieto di ricostituzione del partito fascista di cui alla XII delle disposizioni transitorie e finali.

¹² Sul rapporto tra la disposizione costituzionale e reati associativi e, in particolare, sulla legittimità di alcune fattispecie associative alla luce del riparto con le molteplici manifestazioni della libertà associativa, si v. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, 388 e 399 ss. Nel ricondurre all'art. 18 Cost. i modelli d'incriminazione dei reati associativi (in particolare di quelli che non postulano una finalità delittuosa), l'A, osserva: «Per queste fattispecie la preliminare verifica di legittimità costituzionale, riguardante la libertà di associazione, si presenta come più complessa e problematica rispetto alla sottospecie fin qui esaminata delle associazioni criminose in senso stretto. Decisiva in proposito è la possibilità di ricondurre le figure legali ai tassativi divieti contenuti nella seconda parte

L'ambivalenza della norma costituzionale – che indica il perimetro di un'amplessissima libertà associativa⁴³, e, allo stesso tempo, dà fondamento ai modelli d'incriminazione dei reati associativi – assume importanza per il tema che ci occupa perché implica che entrambe le manifestazioni di volontà associativa, essendo riferibili alla stessa disposizione, vengono ad essere definite dallo stesso concetto ampio di “*associazione*” che da questa si può ricavare; e questa accezione – se vogliamo – “*costituzionale*” di associazione, che – lo si ripete – è comune ad entrambe le forme di associazionismo – porta con sé l'idea di un'organizzazione finalisticamente orientata⁴⁴: non è mai stato messo in discussione che la componente strutturale, assieme a quella personale (la pluralità di soggetti) e teleologica (la presenza di un fine condiviso), sia insita in tutti i comportamenti umani presi in considerazione dall'art. 18 Cost.⁴⁵.

Sicché, la struttura organizzativa che nasce dal coordinamento di più condotte in vista di un fine condiviso deve essere vista come uno dei connotati comuni a tutti quei soggetti collettivi che, o per la loro legittimazione o per la loro repressione, possono essere collegati al precetto costituzionale.

A questo punto la conclusione diventa intuibile: se la base giuridica delle due forme di associazionismo è comune – nel senso appena descritto – ed implica l'esistenza di un'organizzazione orientata ad un fine, allora la sovrapposizione tra associazioni criminali e società commerciali non può che risolversi nella coesistenza, non di due

*dell'art. 18 o nella dodicesima disposizione finale della carta costituzionale; ma non va esclusa l'eventualità di un ulteriore ricorso all'art. 18, primo comma, Cost., ove un'attenta operazione ermeneutica conduca a ravvisare una sostanza intrinsecamente criminosa del programma associativo al di là della squama del linguaggio legislativo». In senso analogo, PALAZZO, *Associazioni illecite*, cit., 423 ss., ove viene valorizzata la necessità di interpretare restrittivamente i limiti costituzionali al diritto di associazione alla luce del «favore con cui la Costituzione guarda al fenomeno associativo. Ed invero, la premessa «personalistica» che ispirò il costituente impone di circoscrivere la libertà di associazione nel modo minore possibile, poiché l'associazione costituisce la forma più tipica delle formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità umana».*

⁴³ Si è osservato come nella seduta dell'Assemblea costituente del 10 aprile 1947 il relatore Basso affermò che il diritto di associazione era stato proclamato «*in una forma sconosciuta non solo nello Statuto albertino, ma anche in altre Costituzioni*», aggiungendo «*Abbiamo detto che il diritto di associazione è riconosciuto senza limitazione per fini che non sono vietati ai singoli da leggi penali, cioè tutto quello che un cittadino può fare da solo, che può compiere senza urtare i precetti della legge penale, può essere oggetto e scopo di associazione ed è la forma più ampia che si trovi in qualsiasi Costituzione*» (PACE, sub art. 18, in *Commentario alla Costituzione, Rapporti civili*, a cura di Branca, Bologna, 1977, 192).

⁴⁴ Stante il riferimento espresso alla componente strutturale-materiale che il secondo comma disposizione contiene (PACE, sub art. 18, cit., 196 e ss.).

⁴⁵ V. *supra* n. 42, nonché, nella dottrina costituzionalistica anche MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2020, XV, 660, mentre, in quella penalistica, ritiene in concetto di “*organizzazione*” implicito in quello di “*associazione*”, SPAGNOLO, *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, 1996, 9-11.

semplici accordi, ma di due concrete strutture organizzative, di cui una è illecita, mentre l'altra è lecita.

Si tratta di un passaggio fondamentale del ragionamento che intendiamo sviluppare, poiché il fatto che la sovrapposizione tra enti consista, nella sua sostanza, in una coesistenza tra strutture organizzative, consente di spiegare la ragione per cui, nell'analisi delle forme di questa sovrapposizione, le questioni che si andranno ad indagare - e che pongono alcuni problemi di accertamento dell'illecito - attengono, in modo pressoché esclusivo, al rapporto tra le componenti strutturali delle due tipologie di enti.

2.2. Le forme della sovrapposizione e le modalità di accertamento. La pseudo-sovrapposizione. La sovrapposizione tra associazioni criminali e società commerciali può estrinsecarsi sostanzialmente in due modi.

Può verificarsi il caso dell'ente lecito, fittizio, interamente piegato alle esigenze dell'organizzazione criminale, o quello, opposto, che vede la *societas sceleris* in funzione servente - o perlomeno complementare - rispetto alle esigenze dell'ente lecito, effettivamente esistente e operativo.

Nella prima categoria vanno ricondotti quei casi in cui gli enti leciti vengano creati per occultare l'esistenza e l'operatività dell'organizzazione criminale, nonché le ipotesi di "svolta criminale" del soggetto collettivo inizialmente lecito⁴⁶.

Rispetto alla creazione di enti leciti fittizi - e in particolare di società commerciali - si è sviluppata in un'ampia casistica legata al fenomeno delle c.d. società *missing traders* o società "cartiera", che è assolutamente esplicativa del processo di progressivo avvicinamento, accennato in premessa, tra la criminalità organizzata e la criminalità d'impresa.

La società-cartiera - o più brevemente "cartiera" - è quel soggetto collettivo, di solito interamente fittizio (si parla, in tal caso, di cartiera "pura" o anche cartiera "morta"), che svolge un ruolo essenziale nelle frodi intracomunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto (c.d. frodi carosello): il meccanismo truffaldino che consente la realizzazione di questo tipo di frode normalmente prevede che, tra la società intermediaria, che effettua la fornitura di merci intracomunitaria fiscalmente esente, e la società c.d. *broker*, destinataria finale della fornitura, si frapponga una società fittizia - appunto,

⁴⁶ La vicenda più nota, in cui si è discusso della possibilità di criminalizzare un ente nella sua interezza, è quella legata alla Chiesa di *Scientology*, approfonditamente analizzata da FORMICA, *Scientology e l'accusa di associazione per delinquere: brevi riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Ind. pen.*, 1998, 711 ss.

la cartiera⁴⁷ - che acquista dalla prima a livello intracomunitario, senza pagare l'IVA, per poi vendere alla seconda, incassando l'IVA, non versandola all'Erario e, infine, scomparendo⁴⁸.

Quello delle frodi-carosello è un sistema molto insidioso, che, pur avendo come beneficiario immediato dell'ingiusto vantaggio il destinatario finale dei beni, consente a tutti i soggetti coinvolti di ottenere un ritorno dalla commercializzazione di beni a prezzi indebitamente concorrenziali; il tutto, tramite una serie non indifferente di attività propedeutiche alla realizzazione dello scopo illecito, quali, ad esempio, il reclutamento di prestanome cui affidare la legale rappresentanza delle cartiere, oppure la predisposizione della contabilità fittizia in chiave unitaria, od anche l'ideazione della fase di liquidazione e successiva cessazione dei soggetti giuridici utilizzati⁴⁹: è la complessità che questo tipo di frode postula, con la creazione di un'organizzazione articolata tra diversi soggetti, destinata a durare nel tempo per la riproducibilità del meccanismo fraudolento, che spesso induce a ravvisare gli elementi costitutivi di un'associazione criminale⁵⁰.

Quello delle società cartiera e delle frodi-carosello è soltanto un esempio, ma è piuttosto indicativo di come nel settore della criminalità di impresa possa realizzarsi, con le specificità di cui si dirà a breve, quella particolare forma di coesistenza tra enti in cui almeno uno dei soggetti leciti, tra quelli coinvolti, è interamente fittizio: nell'ambito delle frodi carosello, la società commerciale che effettua l'acquisto intracomunitario è spesso uno schermo, creato con l'unico scopo di agevolare la realizzazione del programma dell'organizzazione criminale, occultandone, possibilmente, le tracce.

Nei casi in cui l'ente lecito è fittizio, la sovrapposizione si atteggia in modo peculiare, perché, in realtà, la contiguità tra organizzazioni è apparente: nell'ottica di chi intende

⁴⁷ Così definita perché «*fa commercio esclusivamente della carta su cui sono scritte le fatture per operazioni inesistenti*» (MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2010, XVII, 475).

⁴⁸ La perdita per l'Erario è pari al valore dell'imposta di cui la società *broker*, acquirente tramite la fornitura nazionale, ha chiesto il rimborso, e che la società cartiera non ha, a suo tempo, versato. Per maggiori approfondimenti sulle dinamiche tipiche della frode carosello si rinvia alla Relazione della Commissione Europea al Consiglio ed al Parlamento Europeo sull'utilizzo degli accordi di cooperazione amministrativa nella lotta antifrode in materia di IVA, del 16 aprile 2004 COM (2004), 260 e ss.

⁴⁹ BORRELLI, *Gli effetti dell'associazione a delinquere nei reati tributari*, in *Fisco*, 2015, 1456.

⁵⁰ BORRELLI, *loc. ult. cit.* In giurisprudenza si segnala, e *pluribus*, Cass., Sez. III, 12 luglio 2017, n. 45964, in *Riv. pen.*, 2017, 11, 970, che, nel contesto della *querelle* legata alla "*saga Taricco*", aveva ancorato, sulla scorta delle indicazioni provenienti dal diritto comunitario, il requisito della gravità della frode ad indici quali «*l'organizzazione posta in essere, la partecipazione di più soggetti al fatto, l'utilizzazione di "cartiere" o società schermo, l'interposizione di una pluralità di soggetti*», nonché «*l'esistenza di un contesto associativo criminale*», frequentemente riscontrabili nei casi di frode carosello.

occuparsi del rapporto tra i due diversi tipi di soggetti collettivi, risulta evidente che, delle due strutture organizzative, che a prima vista potrebbero ritenersi esistenti e operative, soltanto una – quella illecita – esiste e opera, mentre l'altra – quella lecita – non è mai venuta ad esistenza.

Se calato nella dimensione processuale, il fenomeno pone un *thema probandum* semplice per nitore concettuale, ma sicuramente gravoso: bisognerà dimostrare che la società commerciale che si ritiene essere una cartiera “*pura*” non presenta *alcuna* struttura; che non è mai stata operativa, nel senso di non essersi mai attivata per la realizzazione dei suoi fini istituzionali³¹; e che, di conseguenza, l'unica organizzazione effettivamente esistente e operativa è quella sui cui s'impenna l'associazione criminale³².

In linea di massima, allo stesso paradigma possono essere ricondotte le ipotesi di “*svolta criminale*” dell'ente lecito, che ricorrono ogniqualvolta un soggetto collettivo nasca per il perseguimento di scopi leciti, ma poi venga destinato alla realizzazione di una serie indeterminata di delitti.

Per quanto, in tal caso, l'onere probatorio risulti ancora più consistente – perché occorrerà provare che, ad un certo punto, nella vita del soggetto collettivo lecito, *tutti* i suoi organi hanno deciso di far mutare geneticamente l'organizzazione, votandola al perseguimento di finalità delittuose³³ – non si può certamente porre il problema di una effettiva sovrapposizione tra strutture: con la svolta criminale dell'ente lecito, l'unica

³¹ Non è un caso che nella circolare n. 1/2018 della Guardia di Finanza sul contrasto all'evasione e alle frodi fiscali vengano individuati come indici dell'esistenza di una cartiera e del meccanismo tipico delle frodi carousel: la formale rappresentanza attribuita a “*presta-nome*” o “*teste di legno*”, soggetti in genere privi di esperienza manageriale e, nella maggioranza dei casi, nullatenenti o gravati da precedenti penali o di polizia; un'operatività limitata nel tempo ma, soprattutto, l'inattività o la mancanza di strutture organizzative e mezzi aziendali (Circolare n. 1/2018 della Guardia di Finanza, 156; per uno sguardo d'insieme sul contenuto della circolare, si rinvia a AMBROSI – IORIO, *Le direttive della GdF nel contrasto alle frodi IVA*, in *Corr. trib.*, 2018, 3, 181 ss.). Sempre sul tema delle cartiere, soccorrono gli indici sulla natura fittizia della società elaborati dalla giurisprudenza tributaria, tra i quali spicca l'assenza di «*dotazione personale e strumentale adeguata all'esecuzione della prestazione*» (da ultimo, Comm. trib. reg. Lazio, sez. VII, 12 luglio 2021, n. 3468); elementi di questo tipo vengono spesso esportati nel processo penale e valorizzati, come prove indiziarie, nei limiti stabiliti dall'art. 192 c.p.p.

³² È stato osservato che, in casi del genere, sarebbe più appropriato «*comotare l'attività come pseudo-imprenditoriale, posto che l'organizzazione lecita è in concreto priva di qualsivoglia funzione diversa dalla realizzazione di reati*» (così BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere nel contesto della criminalità d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2014, 3, 514).

³³ Già a partire dalla vicenda “*Scientology*”, in cui venne sostenuta la tesi della svolta criminale di un soggetto collettivo, la Suprema Corte ebbe modo di osservare che «*non sarebbe ipotizzabile una trasformazione di questa [n.d.r. associazione] in associazione per delinquere, a meno che tutti i membri della chiesa non avessero, di comune accordo, cambiato le regole statutarie, dando vita ad un soggetto nuovo e diverso da quello originario*» (Cass., Sez. I, 9 febbraio 1995, in *Foro it.*, 1995, II, 689 ss.).

organizzazione che ovviamente rimane - e che è rintracciabile - è quella della neo-costituita associazione per delinquere⁵⁴.

La prima delle due categorie raggruppa, dunque, casi che più correttamente potrebbero essere definiti di pseudo-sovrapposizione, in quanto la coesistenza tra l'associazione criminale e la società commerciale è soltanto apparente. Nonostante manchi quell'esigenza di mettere l'esercizio di libertà costituzionali al riparo da indebite ripercussioni - esigenza che ricorre, come si vedrà, per i casi di sovrapposizione effettiva - la categoria, in sé, potrebbe avere comunque un suo rilievo pratico, non solo perché valorizza il non indifferente onere probatorio che deve essere assolto dall'organo inquirente per la prova del reato associativo, ma soprattutto perché - ed il punto verrà approfondito a breve - essa costituisce il presupposto per la *dissolution* prevista dall'art. 16, comma 3°, d.lgs. 231/2001: si può affermare che l'accertamento della pseudo-sovrapposizione non può essere eluso in un ordinamento che qualifica le sanzioni a carico dell'ente lecito - e, in particolare, la più radicale tra esse, che presuppone questo tipo di fenomeno - come obbligatorie.

2.3. (Segue) *la sovrapposizione effettiva*. Dai casi di pseudo-sovrapposizione bisogna tenere distinti quelli in cui l'ente lecito esiste e opera nello stesso contesto spazio-temporale in cui esiste e opera l'organizzazione criminale.

Rispetto a questa seconda categoria di ipotesi - che comprende forme di sovrapposizione effettiva - l'esigenza che più di altre si avverte è quella di interpretare e applicare le fattispecie incriminatrici in modo rigoroso, per evitare sin dalle fasi preliminari al giudizio penale - in cui ampio spazio è dato all'esercizio di poteri cautelari - oppure nelle altre sedi in cui può venire in considerazione il fenomeno, che si ricostruisca l'organizzazione criminale - soprattutto la sua articolazione interna, in termini di ruoli e competenze - sulla falsariga della struttura della società commerciale⁵⁵.

Questa tendenza, con cui si finisce per sopperire, tramite fatti che riguardano la vita dell'ente lecito, all'assenza di prova del fatto associativo illecito, probabilmente deriva dalla somiglianza e dalla vicinanza tra le due entità del rapporto: come si è detto, la

⁵⁴ Non si è fatto riferimento al reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. perché non è pensabile un passaggio immediato da ente lecito ad associazione di tipo mafioso: trattandosi di reato a struttura mista, in relazione al quale, peraltro, non è incriminata la condotta di costituzione, è necessario che l'organizzazione criminale acquisisca un coefficiente di capacità intimidatrice attraverso la realizzazione di delitti connotati da una certa gravità, quindi che l'associazione operi prima come associazione per delinquere (sul passaggio dal "sodalizio-matrice" al sodalizio mafioso TURONE, *op. cit.*, 133 ss.).

⁵⁵ Già segnalata da BASILE, *op. cit.*, 524.

sovrapposizione è un fenomeno che riguarda strutture organizzative che si caratterizzano per una certa proiezione temporale, ma, soprattutto, per una interconnessione, che può passare dalle persone che costituiscono gli enti, o dall'apparato strumentale che utilizzano, oppure anche solo dai fini che essi si propongono di perseguire (il che si verifica quando, ad esempio, uno degli obiettivi dell'associazione criminale consiste nell'avvantaggiare la società commerciale durante lo svolgimento dell'attività d'impresa).

Non sembra azzardato sostenere che siano questi fattori - vicinanza e somiglianza tra le due strutture organizzative - ad alimentare la confusione tra i due piani, incoraggiando fughe dall'onere probatorio del reato associativo, attraverso ricostruzioni improntate ad una sorta di principio di "transitività" - privo di fondamento normativo - per cui ciò che accade nell'ente lecito, accade specularmente nell'ente illecito, dimostrando l'esistenza di questo o, addirittura, la sua concreta operatività⁵⁶.

La propensione a ricalcare la struttura dell'associazione criminale su quella della società commerciale, che è poi all'origine delle interferenze sull'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti⁵⁷, è più frequente quando l'organizzazione illecita che va a costituire uno dei due poli del rapporto rientra nel paradigma dell'associazione per delinquere, piuttosto che in quello dell'associazione di stampo mafioso.

La casistica è piuttosto variegata: sono venute all'attenzione della giurisprudenza associazioni finalizzate ad agevolare l'attività di imprese attraverso la commissione di reati fiscali (è l'ipotesi delle c.d. cartiere spurie)⁵⁸, così come associazioni finalizzate all'evasione di dazi doganali nell'ambito di gruppi di società impegnate nel commercio internazionale⁵⁹, associazioni "nascoste" dietro istituti di vendite giudiziarie⁶⁰, e associazioni che, nel loro collegamento con alcuni enti pubblici, si ritenevano, in tesi d'accusa, finalizzate alla commissione di delitti contro la pubblica amministrazione⁶¹; ed in casi

⁵⁶ Si consideri che la Suprema Corte si è trovata nella condizione di dover precisare, ad esempio, che "il subentro di un soggetto nel ruolo di apicale di una società coinvolta in una serie di delitti strutturati non determina, di per sé, la successione di tale soggetto nella posizione dell'eventuale predecessore aderente ad un sodalizio criminoso" (Cass., Sez. III, 18 marzo 2014, n. 30302, che ha censurato la motivazione dei Giudici di merito nella parte in cui si è fatto ricorso proprio ad un asserito "principio di transitività" che non può avere cittadinanza all'interno del processo penale).

⁵⁷ Cfr. BASILE, *op. cit.*, 519-520.

⁵⁸ Cfr. Trib. Catanzaro, Sez. II, 25 novembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 2, 501.

⁵⁹ G.u.p. Firenze, 16 aprile 2012, in *Giur. comm.*, 2014, II, 510.

⁶⁰ Cass., Sez. VI, 6 marzo 2014, n. 10886, Rv. 259493.

⁶¹ Cass., Sez. VI, 7 marzo 2012, n. 9117, Tedesco, Rv. 252387, che ha avallato due discutibili principi di diritto in certa misura già presenti nella giurisprudenza di legittimità: il primo sarebbe quello, già segnalato, in base al quale «ai fini della configurabilità di una associazione a delinquere, il cui programma

del genere è stata riscontrata – e talvolta criticata – la tendenza a valorizzare vicende dell'ente lecito – ad esempio, assunzioni, licenziamenti, trasferimenti di risorse, etc. – come indizi dell'esistenza e della manifestazione dell'associazione criminale⁶².

Sembra che quest'inclinazione a sopperire a carenze probatorie sulla sussistenza dell'illecito non si manifesti negli stessi esatti termini quando alle società commerciali si accostino associazioni di tipo mafioso, o, perlomeno, una mafia “storica” od una sua articolazione. Probabilmente perché, in tal caso, non vi sono particolari difficoltà nella ricostruzione della componente strutturale dell'ente illecito, dato che la prova dell'esistenza di un'organizzazione viene spesso soddisfatta con il ricorso a giudicati di condanna che, dopo decenni di contrasto al fenomeno mafioso, consentono ormai di

*criminoso preveda un numero indeterminato di delitti contro la P.A. finalizzati al controllo illecito dell'assegnazione di appalti e forniture, non si richiede l'apposita creazione di una organizzazione, sia pure rudimentale, ma è sufficiente una struttura che può anche essere preesistente alla ideazione criminosa e già dedita a finalità lecite»; il secondo principio di diritto porterebbe ad escludere che il vincolo associativo debba assumere carattere di stabilità «essendo sufficiente che esso non sia a priori circoscritto alla consumazione di uno o più reati predeterminati, né occorre il notevole protrarsi del rapporto nel tempo». Al primo arresto di potrebbe obiettare di essere fonte di grande imprecisione perché, ove non lo si riferisca alle ipotesi di svolta criminale del soggetto lecito, lascerebbe intendere che sia ammissibile una coincidenza tra strutture organizzative, quando, in realtà, esso è stato enunciato rispetto ad un'associazione per delinquere “sovrapposta” alla struttura amministrativa della sanità pugliese, e, dunque, non si discuteva di una surrogabilità tra le due organizzazioni. Il secondo principio di diritto, per come formulato, sconta, invece, una contraddizione in termini: la stabilità dell'organizzazione che connota l'associazione criminale non può che consistere, per le ragioni di cui si dirà *infra*, nella sua capacità di proiettarsi oltre la realizzazione dei delitti-scopo, perciò è contraddittorio affermare, per un verso, che la stabilità non è un carattere necessario e, per l'altro, che è necessario che l'organizzazione vada oltre la consumazione di “di uno o più reati predeterminati”. Nel solco tracciato dalla sentenza “Tedesco”, si colloca Cass., Sez. VI, 29 marzo 2017, n. 15573, Di Guardo, Rv. 269952. Nella recente giurisprudenza di merito, in tema di associazioni finalizzate alla commissione di delitti contro la pubblica amministrazione nel contesto di gruppi o consorzi di società, si segnala G.u.p. Bologna, 13 novembre 2020, n. 1024, riguardo un sistema di corruttela portato avanti da due sodalizi criminali per l'accaparramento di servizi funerari.*

⁶² V. *supra* n. 56, nonché G.u.p. Napoli, 23 aprile 2001, in *Dir. fall.*, 2002, 1055, ove, rispetto alla contestazione del reato di cui all'art. 416 c.p. sulla base di rapporti all'interno di un gruppo di società, pregevolmente è stato osservato: «Se si leggono gli argomenti presenti su tale reato nell'ordinanza di custodia e nella richiesta di misura del PM, si nota che si è dato molto rilievo al fatto del collegamento tra le società, tanto da potersi parlare di «gruppo»; ma non è tale l'esistenza del gruppo, pur unita alla circostanza del generale fallimento delle società di D'A. (anche di quelle, quali I. e F. che in realtà erano utilizzate per produrre profitti – allo stato appare che avevano una reale attività, ma che la stessa veniva fatta apparire di maggiori dimensioni al fine di fruire di maggiori finanziamenti) che fa ritenere esistente l'associazione criminale, né il collegamento tra le società può essere ritenuto esclusivamente destinato alle truffe e quindi dimostrare l'esistenza dell'associazione in questione. [...] Né tale accordo e programma è desunibile dalla creazione di un'organizzazione destinata alla commissione dei reati; il sostrato materiale indicato negli atti non è che la normale organizzazione delle singole società e la struttura di gestione complessiva di qualsiasi gruppo di società; non si può invece affermare che vi sia una specifica organizzazione destinata alla commissione di una «pluralità indeterminata» di reati contro l'economia, il patrimonio ecc.».

mappare questo tipo di associazioni, portandone alla luce struttura, *modus operandi* e territorio d'elezione.

Non che ciò sia sufficiente a scongiurare, in assoluto, il rischio di fughe dall'onere della prova posto dall'art. 416 *bis* c.p.: sebbene la struttura di una mafia storica possa essere nota nei suoi tratti essenziali per le vie segnate dai giudicati di condanna, può comunque manifestarsi la tentazione di ricostruire eventuali ramificazioni o vincoli associativi rispetto a soggetti che rivestirebbero una posizione terminale nella struttura organizzata, sulla base di – o, meglio, in forza della suggestione determinata da – rapporti leciti. Si pensi, ad esempio, alla tendenza ad intravedere forme di condotta partecipativa nel rapporto stabile – e lecito – che un soggetto può avere con l'impresa controllata dalla cosca, per il solo fatto che questo tipo di rapporto – che può assumere anche la forma di un vincolo societario – esista: gli arresti giurisprudenziali sul tema sembrano fondare il concetto di “*appartenenza*”, sul versante prevenzionistico, o quello di “*partecipazione*”, per quanto attiene al reato associativo, sul mero fatto di aver preso parte ad un'impresa in cui confluiscono i capitali illeciti della cosca e che, perciò, possa dirsi “*mafiosa*”, ancorché la struttura imprenditoriale non risulti interamente fittizia o, comunque, sotto il controllo totalizzante dell'organizzazione criminale⁶³. Se contestualizzato nella dimensione del sospetto tipica delle misure di prevenzione, oppure nella prospettiva cautelare penale – per l'applicazione di misure reali, più che personali – è evidente quanto possano essere dirompenti gli effetti di un simile approccio alla ricostruzione della sovrapposizione tra enti; approccio che, peraltro, mal cela l'idea di un'automatica specularità tra l'organizzazione criminale e quella imprenditoriale, dissimulando, ma non troppo, il ricorso a quell'inconsistente principio di transitività che incentiva la confusione tra i due piani.

Un'altra ragione per pretendere rigore nell'accertamento di questo tipo di illecito la si può rinvenire nell'indiscutibile evoluzione del fenomeno mafioso e, in particolare, nell'avvento di mafie diverse da quelle storiche: non si può escludere *a priori* che la

⁶³ In tal senso Cass., Sez. VI, 18 aprile 2019, n. 37520, che, pur stabilendo l'irrelevanza di condotte di mera contiguità o vicinanza al gruppo criminale (date, nel caso di specie, da rapporti familiari), ha avallato l'orientamento secondo cui integra la condotta di partecipazione il fatto che un soggetto sia parte di un'impresa la cui attività sia «*inquinata dall'ingresso nelle casse dell'azienda di risorse economiche provento di delitto, di tal che risulti impossibile distinguere tra capitali illeciti e capitali leciti*», e ciò nonostante manchi una fidelizzazione al sodalizio. Analogamente già Cass., Sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911, Rv. 261588. Forse, in casi del genere, ricorrendone i presupposti, sarebbe più corretto procedere alla contestazione di reati come quelli previsti dagli artt. 648 bis e 648 ter c.p., che, peraltro, vengono considerati quali “*momenti conclusivi dell'attività delittuosa associativa*” (così SOLDI, voce *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, 2011, II agg., 495).

nascita di “*nuove mafie*” – non ancora sondate e sicuramente meno strutturate rispetto a quelle storiche, oltre che territorialmente circoscritte – possa dare adito allo stesso rischio cui si faceva prima riferimento, e cioè che si sopperisca alle carenze probatorie sui profili strutturali dell’illecito traendo da comportamenti che, in realtà, si riferiscono a rapporti leciti, e che sono da contestualizzare nell’ambito di strutture complessivamente lecite, la prova dell’esistenza di un’organizzazione che abbia delinquito in modo così consistente – e aggressivo – da acquisire un certo coefficiente di capacità intimidatrice.

Se la conseguenza più problematica dell’effettiva sovrapposizione tra enti è data dunque dall’inclinazione a ricavare la struttura illecita da quella lecita – e ciò a prescindere dal tipo di associazione criminale considerato – il rimedio non può che consistere in un’interpretazione “*tassativizzante*” delle fattispecie.

Vero è che quest’imperativo metodologico dovrebbe valere per tutte le norme incriminatrici⁶⁴, ma non è men vero che è in casi come quelli di sovrapposizione effettiva che bisogna osservare maggiore rigore, perché l’accertamento di ciò che è penalmente rilevante non si muove in un contesto fattuale che è privo di riconoscimento giuridico, così scontrandosi con mere aspettative di fatto oppure con interessi legittimi, ma finisce per impattare su situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate, quali, appunto, il diritto di associazione e la libertà di iniziativa economica⁶⁵.

⁶⁴ Sull’interpretazione orientata al principio di tassatività nella materia penale la letteratura è piuttosto ampia. Si possono richiamare a titolo certamente non esaustivo: PAGLIARO, *Testo e interpretazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 2, 443 ss., nonché PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l’interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo “creativo” del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di Pellizzone, Milano, 2017, 65 ss.; PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 68 ss.; MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di deontologia ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 2233 ss. Sul rispetto della tassatività sostanziale in sede di interpretazione – e sulla sua differenza rispetto al concetto di tassatività processuale – si v. Corte. cost., 24 gennaio 2019, n. 24, per il cui commento si rinvia a MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità sostanziale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 340 ss.

⁶⁵ L’esigenza di ricostruire l’organizzazione tipica del reato associativo in via autonoma rispetto ad altre “*strutture*” è stata recentemente ribadita, con le dovute diversità del caso, rispetto a organizzazioni diverse da quelle date dall’esercizio di diritti, come, ad esempio, la struttura familiare: la Suprema Corte ha precisato «*il fatto che una pluralità di fatti delittuosi siano stati commessi da appartenenti allo stesso gruppo familiare non comporta di per sé l’esistenza di un pactum sceleris e di un generico programma criminoso. È necessario, infatti, al fine di distinguere se i componenti della stessa famiglia abbiano agito in concorso tra loro ovvero se ad essi sia riferibile anche il delitto associativo, accertare se della preesistente organizzazione familiare essi si siano di volta in volta avvantaggiati per la commissione dei vari reati, ovvero se, nell’ambito della medesima struttura familiare, o affiancata ad essa, altra essi abbiano voluta e realizzata, dotata di distinta e autonoma operatività delittuosa. Non è, infatti, l’accordo stretto tra i componenti di uno stesso nucleo familiare, di commettere nel tempo più delitti, espressivi di una comune deliberazione*».

Una precisazione è doverosa per evitare fraintendimenti: non s'intende sostenere che il diritto positivo preclude che possa esistere un'associazione criminale all'ombra di una società commerciale, oppure che i modelli d'incriminazione tipici dei reati associativi considerati non sono coerenti con il dettato costituzionale. Come si è già avuto modo di osservare, l'art. 18 Cost. è piuttosto preciso nell'individuare lo spartiacque tra associazionismo lecito e associazionismo illecito, fissando, in un certo senso, *a contrario* i presupposti per l'incriminazione delle fattispecie associative⁶⁶.

Piuttosto, si vuole porre l'accento sulla necessità che l'accertamento dell'apparato organizzativo dell'associazione criminale passi da un'interpretazione stringente delle norme incriminatrici, e da una altrettanto stringente selezione degli elementi di fatto che potranno ritenersi dimostrativi di una serie ordinata e coordinata di contributi, finalizzati a creare la struttura essenziale della *societas sceleris*.

La ragione di questo maggiore rigore interpretativo e applicativo deve rinvenirsi proprio nel bilanciamento tra la pretesa punitiva connessa alla tutela di determinati beni giuridici e i diritti soggettivi che potrebbero essere ingiustamente incisi in caso di interpretazioni ambigue o, comunque, più lasche delle norme incriminatrici. Il rischio è molto concreto per i reati associativi che sono inseriti tra i delitti contro l'ordine pubblico, in quanto le carenze descrittive ricollegabili al mero fatto di "associarsi" – oppure alla enunciazione delle condotte dei singoli sodali – difficilmente possono essere colmate invocando, ad esempio, una funzione selettiva del bene giuridico⁶⁷: anche a voler

criminosa, a costituire il requisito indispensabile dell'associazione per delinquere, ma piuttosto quello dell'organizzazione, sia pure in forma rudimentale» (Cass., Sez. V, 5 febbraio 2021, n. 11448). In senso analogo, pur se rispetto ad una vicenda di società-cartiera, Cass., Sez. III, 20 dicembre 2012, n. 19023, ove si osserva che la «*la mancanza di struttura organizzativa in capo alle società nulla può avere a che vedere, neanche in linea teorica, con l'organizzazione diretta alla commissione dei reati. Quest'ultima organizzazione, infatti, prescinde dalla struttura delle società perché consiste – come correttamente ricordato dalla Corte d'Appello – nell'insieme degli strumenti utilizzati dagli imputati, tra cui la falsa fatturazione e la creazione o la modificazione di compagni sociali, nonché la rotazione delle cariche sociali, che dimostrano inequivocabilmente la stabilità del vincolo e dell'intento criminale».*

⁶⁶ Vedi *supra* par. 2.1.

⁶⁷ Ne è dimostrazione l'evoluzione giurisprudenziale sul tema della partecipazione del reato associativo, per la cui approfondita analisi si rinvia a MAIELLO, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 2021, 5, 8 ss.

accogliere l'accezione "*materiale*" di "*ordine pubblico*"⁶⁸, il concetto resta piuttosto vago, quindi non è di particolare aiuto nella selezione delle condotte punibili⁶⁹.

La soluzione al problema dovrebbe trovarsi in un'interpretazione senz'altro improntata ai principi di tassatività della norma incriminatrice e di frammentarietà del diritto penale⁷⁰, ma soprattutto, da una prospettiva per certi versi innovativa, all'idea del "*minimo sacrificio necessario*", di "*non eccedenza della compressione ai diritti fondamentali*", che è il portato del principio di proporzionalità⁷¹: il modello di ragionamento giuridico che esso fonda, contribuisce, forse più del generale dovere di interpretazione

⁶⁸ Sulla nozione di "*ordine pubblico*" si v. FIORE, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, 1085, nonché, in particolare, sull'accezione "*materiale*" PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, XXIV, 1963, 113, secondo cui l'ordine pubblico consiste "*lo stato di concreta, tangibile, esteriore, pace sociale*". Analogamente Corte cost., 5 aprile 1974, n. 108, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p. ha dato particolare rilievo al dato della concreta idoneità pericolosa della condotta tipica rispetto alla "*pubblica tranquillità*".

⁶⁹ Nella relazione ministeriale rispetto ai reati contro l'ordine pubblico si osservava: «*posto che gli altri reati minacciano o ledono l'ordine pubblico solo in relazione a particolari manifestazioni (proprietà, economia pubblica, ecc.), i reati che rientrano nella categoria di cui parliamo ledono l'ordine pubblico non in qualche suo speciale aspetto, ma in sé, menomandolo nella sua essenza, in essi difficilmente è dato rinvenire un'obiettività giuridica immediata e distinta dal pericolo sociale che cagionano: la lesione dell'ordine pubblico in altri termini non è conseguenza di una particolare violazione dell'ordine giuridico, ma si delinea come un effetto a sé stante, che investe direttamente ed esclusivamente la pace pubblica*» (Relazione ministeriale al progetto del codice penale, II, Roma 1929, 202 ss.). L'inconsistenza del bene giuridico, soprattutto se considerato per funzioni di selezione del tipo, è stata posta in evidenza da DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, 23 ss.

⁷⁰ Valorizza il principio di *ultima ratio* come cardine di una regola etica per l'interpretazione del diritto penale PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3, 1276.

⁷¹ Sull'utilizzo del giudizio di proporzionalità in sede di interpretazione della norma penale, soprattutto in "*contesti leciti di base*", si v. MANES, *op. cit.*, 2238-2239, nonché, recentemente, RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 327, ove si osserva: «*Anche il principio di proporzionalità si presta ad essere adoperato come canone ermeneutico, consentendo di orientare la lettura dei singoli elementi del tipo secondo un equilibrio di "non eccedenza" rispetto alla compressione o al pregiudizio dei diritti fondamentali sottostanti*». Nella recente giurisprudenza di legittimità si segnala Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 21741: «*In tal senso è condivisibile quanto affermato in dottrina, e cioè che il rango conferito dall'ordinamento interno alle fonti sovranazionali consente di affermare che, qualunque sia la natura secondo cui sono costruite - sostanziale o processuale - le tutele dei diritti, si deve tenere conto del cd. test di proporzionalità. Il principio in esame è inoltre capace di fungere da guida per lo sviluppo futuro della materia in diversi ambiti: in particolare, per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, oggetto primario delle disposizioni normative processuali penali. Si può tuttavia affermare che, anche là dove non rientri espressamente in gioco il tema dei diritti fondamentali, il principio di proporzionalità rappresenti un utile termine di paragone per lo sviluppo di soluzioni ermeneutiche e, ancor prima, di nuovi modelli di ragionamento giuridico. In tal senso, si sostiene acutamente, il principio di proporzionalità assolve ad una funzione strumentale per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale, e ad una funzione finalistica, come parametro per verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto*».

“*tassativizzante*”, a far acquisire consapevolezza su un aspetto essenziale del fenomeno, vale a dire sul fatto che l’area di ciò che, almeno in potenza, è penalmente rilevante, in casi del genere è *puntualmente* circondata – anzi, circoscritta – da interessi costituzionalmente protetti.

Se si parte dall’assunto che l’ambito di ciò che è tutelato al più alto livello normativo è *immediatamente* attiguo all’area del penalmente rilevante, allora rispetto ai casi di sovrapposizione effettiva, che interessano in questa sede, si dovrebbero incriminare soltanto quei comportamenti che convergono *direttamente* – si badi, sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo – verso la creazione della struttura delinquenziale destinata a durare nel tempo; per altro verso, ma sempre sulla base della stessa premessa, dovrebbero essere relegati all’area dell’irrelevanza penale fatti che, non presentando una *connessione diretta e immediata* rispetto a quel “*momento organizzativo*” da cui nasce e su cui si impernia il disvalore delle associazioni criminali, ricadono nello svolgimento dell’iniziativa economica in forma collettiva⁷².

In definitiva, ciò che conta è stabilire se una determinata condotta – in sé lecita – sia sfociata *direttamente*, tramite il suo *necessario* coordinamento con quelle di almeno altri due soggetti, nella creazione dell’apparato organizzativo dell’associazione criminale.

Un approccio del genere osta chiaramente all’eventualità che, in tutte le sedi in cui possa venire in rilievo la sovrapposizione tra strutture eterogenee (procedimento penale, procedimento di prevenzione, etc.), si mutui l’esistenza dell’organizzazione illecita e il ruolo di un soggetto all’interno di questa, da una struttura societaria – lecita,

⁷² È conducente rispetto a questa osservazione il fatto che il dolo specifico che costituisce il programma dell’associazione criminale comporti la necessità di valorizzare i contributi convergenti dei singoli sodali sulla base di un dolo diretto, che investa l’esistenza e volontà dell’organizzazione illecita (in generale, sul nesso che lega il fatto-base al fine nei reati a dolo specifico, e sui suoi riflessi soggettivi, si v. PROSDOCIMI, *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, XI, 1996, 249); con la conseguenza che, per criminalizzare un comportamento altrimenti rientrante nell’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, è necessario che questo sia sorretto dalla piena consapevolezza e volontà di dare luogo, unitamente al contributo di altri, ad un’organizzazione criminale, oppure ad incentivarne l’operatività, facendovene parte; il che ovviamente è incompatibile con un eventuali stati di dubbio oppure anche con l’accettazione del rischio che il proprio contributo – fornito, ad esempio nell’ambito di un rapporto contrattuale – possa ridondare a favore di una struttura illecita, piuttosto che di quella lecita (esistente ed operativa). A sostegno di quest’impostazione si segnala l’autorevole pensiero di GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte speciale: I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2021, 21, che, nella riflessione sulla natura del reato di corruzione di cittadino da parte dello straniero (art. 246 c.p.), evidenzia la differenza tra questa fattispecie e i reati – come quello di cui all’art. 416 c.p. – che più correttamente possono essere annoverati nella categoria dei reati a concorso necessario, in quanto strettamente connotati dalla comune e netta proiezione finalistica delle condotte di più soggetti.

esistente e operativa – e dal ruolo ricoperto dalla stessa persona all'interno degli organi sociali⁷³.

Peraltro, rimarcando la distinzione tra il lecito e l'illecito, si arriva alla – forse non così ovvia – conclusione per cui non è ammissibile trarre il dato della *stabile* convergenza di condotte, che dà vita all'elemento strutturale dell'illecito, dalla “*costante sinergia*” tra più soggetti, ove questa sinergia trovi una spiegazione logica nei rapporti commerciali tra società o, comunque, si estrinsechi per il perseguimento di fini diversi dalla creazione di un'organizzazione proiettata nel tempo che si faccia portatrice di un progetto criminale condiviso⁷⁴.

Dal momento che uno degli obiettivi dell'analisi che si sta conducendo sarebbe quello di descrivere un processo di accertamento dei reati associativi che colga le specificità del fenomeno della sovrapposizione, a questo punto, dopo aver esaminato i confini delle fattispecie incriminatrici evidenziando come essi siano costretti dall'ampiezza dell'area di ciò che è costituzionalmente tutelato, si rende necessaria una breve

⁷³ V. *supra* n. 56.

⁷⁴ In tal senso Cass., Sez. VI, 8 agosto 2013, n. 34489, Rv. 256122, che ha ribadito come debba «*escludersi la configurabilità del reato di associazione per delinquere allorquando i singoli componenti di un ufficio o di un'organizzazione, con finalità e scopi leciti, pongano in essere attività illecite e manchi del tutto la prova di un collegamento tra tali fatti illeciti e le direttive generali impartite dai responsabili dell'organizzazione stessa*». Sulla base di questo principio di diritto è stata esclusa la configurabilità del reato associativo, in quanto, al di là delle plurime condotte illecite coinvolgenti alcuni degli appartenenti all'U.P.G. della Questura di Milano, non sono stati evidenziati elementi idonei a dimostrare, da un lato, che si sia fra gli stessi realizzato un accordo diretto a dar vita «*ad uno specifico e autonomo organismo associato destinato a durare nel tempo per l'attuazione di un comune e generico programma delinquenziale, e tanto meno, dall'altro, che la comune struttura di appartenenza dei presunti sodali, costituita dall'U.P.G. della Questura di Milano, così come i contatti conseguentemente intercorrenti fra di loro, siano stati "piegati" in via generale a una scelta di tipo criminale*». La massima è stata recentemente ripresa da Trib. Rimini, 21 maggio 2018, n. 320, che parimenti ha ritenuto infondata la contestazione associativa anche in considerazione del fatto che dalla «*mera collegialità implicita nell'appartenenza agli organi decisionali delineati dallo Statuto della Banca*» non poteva trarsi l'esistenza di un'organizzazione a sé stante, delittuosamente orientata. In senso parzialmente diverso Cass., Sez. III, 28 gennaio 2021, n. 23335, che ha ritenuto immune da censure la sentenza resa dalla Corte d'Appello di Milano in una vicenda che ha portato alla luce un'associazione per delinquere tra esponenti di due diversi gruppi imprenditoriali, e ciò anche rispetto alla parte della decisione in cui sono state valorizzate come indicative delle costanti interazioni tra sodali e, in particolare, del ruolo di uno di questi, numerose vicende lecite – societarie e non – dalle quali, in realtà, non traspariva alcun rapporto stabilmente finalizzato a obiettivi criminali. Sono stati evidenziati: l'affidamento di servizi a presunti sodali afferenti all'altro gruppo d'impresa, che comunque riguardavano lo svolgimento di attività lecite; l'aver ricoperto determinate cariche societarie, poi dismesse in favore di questi soggetti (sempre nell'ambito di enti complessivamente leciti ed effettivamente operativi); iniziative giudiziarie esperite da uno degli associati contro un consorzio volte ad evidenziare il proprio ruolo predominante nell'ente consortile; rapporti di compartecipazione societaria tra sodali – peraltro fratelli – in numerose società (v. considerato in diritto §25.2.2).

digressione sul versante dell'illecito, che comunque ha una sua rilevanza per lo studio delle relazioni tra le due tipologie di enti.

Accertare che, in effetti, accanto alla struttura imprenditoriale, esistono una pluralità di contributi che hanno una valenza organizzativa più o meno intensa e che sono *direttamente* convergenti verso l'illecito, non implica, *ipso facto*, che esista un'associazione criminale e che, dunque, si determini quella coesistenza tra strutture che interessa in questa sede.

L'apparato organizzativo dell'associazione criminale, che deriva dalla necessaria confluenza di più condotte finalisticamente orientate, deve possedere quella stabilità temporale che rende ragione della natura permanente dell'illecito. Altrimenti, l'organizzazione che si è chiamati a valutare non è la struttura durevole di cui si è discusso finora, ma è la manifestazione di quel particolare momento di interrelazione tra mezzi e persone che caratterizza il concorso di persone nella commissione di più reati avvinti dal vincolo della continuazione, posto che una fase organizzativa è rintracciabile anche in questa fattispecie⁷⁵.

Il discrimine tra le due diverse forme di organizzazione sta nel nesso di funzionalità con i reati programmati, che sono parte di quello che potrebbe essere tanto il segmento iniziale di una serie più o meno determinata di delitti, quanto il disegno criminoso indicato dall'art. 81 cpv. c.p.⁷⁶: se la "*macchina*"⁷⁷, che nasce dalla correlazione di mezzi e persone è destinata ad esaurire la propria funzione con la realizzazione dei molteplici - foss'anche eterogenei - delitti, allora ricorrerà l'ipotesi del concorso eventuale; se invece, il sistema che nasce dai contributi convergenti di più soggetti è in grado di trascendere i singoli reati concordati - e poi eventualmente commessi - perché non esaurisce con la loro realizzazione le proprie potenzialità, allora si potrà discutere, a

⁷⁵ INSOLERA, *Problemi di struttura nel concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, 47 ss., che osserva come sia la "*macchina*", finalizzata alla commissione del reato, più potente dell'iniziativa del singolo, in cui quest'ultimo ha fatto confluire la propria condotta, a costituire l'elemento organizzativo del concorso, e che, in tale ottica, la gamma di avvenimenti prodromici all'esecuzione del reato, in cui si sostanzia l'organizzazione, deve essere valorizzata come il risultato alla stregua del quale commisurare in termini di concreta adeguatezza ogni singolo contributo, consentendo quindi per ciò la punibilità di quegli atti che, definibili come preparatori nella prospettiva della esecuzione monosoggettiva, diventano momenti di organizzazione in quella domina dalla interazione di più soggetti.

⁷⁶ Sul fatto che l'elemento programmatico sia immanente anche all'istituto della continuazione si v. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliari, Milano, 2007, I, 427-428. Di recente, sul tema della differenza tra l'organizzazione nel concorso di persone nel reato e l'organizzazione che connota i reati associativi, DE FLAMMINEIS, *Reato associativo e concorso di persone tra teoria e prassi: il caso del concorso nel reato continuato*, in *Sist. pen.*, 2022, 3, 85 e 91 ss., ove si individua il criterio discretivo nella differente proiezione temporale della componente organizzativa.

⁷⁷ Vedi *supra* n. 75.

buon diritto, di quella struttura organizzativa che contraddistingue tutti i reati associativi⁷⁸.

Questa verifica, che è essenziale per stabilire se ricorre un'effettiva sovrapposizione tra strutture proiettate nel tempo, deve essere condotta senza trarre, ancora una volta, il fondamento dell'illecito da ciò che è lecito; cioè, senza cadere nella tentazione di ricavare questa volta non l'esistenza ma la durezza dell'apparato illecito dalla stabilità temporale connaturata alle società commerciali e alle attività che queste svolgono, a cui, eventualmente, potranno essere ricondotti, per le vie dell'interesse, del vantaggio e della colpa di organizzazione, i reati programmati e realizzati.

Un esempio può tornare utile: non si può ravvisare la struttura organizzativa tipica dei reati associativi nell'organizzazione di mezzi e persone che risulti prodromica alla commissione di più reati "in contratto" (come, ad esempio, le frodi in commercio), realizzati nell'esecuzione di un contratto pluriennale con terzi (contratto di fornitura), soltanto perché il rapporto lecito, in cui si inscrivono gli episodi delittuosi, ha un orizzonte temporale abbastanza ampio; piuttosto, occorrerà accertare se *quell* apparato organizzativo esaurisce la propria funzione con la commissione di *quei* reati, nell'ambito temporalmente limitato di *quel* contratto di durata, oppure ha una prospettiva che va oltre *quel* rapporto contrattuale lecito (e i reati realizzati o da realizzarsi nel suo contesto): soltanto in questo secondo caso si realizza quel rischio permanente di lesione che prescinde dall'effettiva commissione dei reati-scopo, e che costituisce il fulcro dell'incriminazione associativa.

A maggior ragione, si dovrà escludere l'esistenza di un'associazione criminale ogniqualvolta a ciascuno dei plurimi episodi delittuosi corrisponda un diverso "momento organizzativo": se è necessario organizzarsi di volta in volta per commettere una o più serie di delitti, con nuove ripartizioni di ruoli e con il reperimento di nuovi mezzi, è chiaro che non esiste una struttura comune alla base, in grado di trascendere i singoli fatti di reato programmati, ma, più che altro, una serie di scelte organizzative estemporanee e non coordinate, dettate dalle contingenze del momento e che, possibilmente, sono legate a fasi particolari e momentanee della vita della società commerciale⁷⁹.

⁷⁸ In tal senso già DE FRANCESCO, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, I, 294: «L'associazione proprio perché distinta dalla attività collegata alla realizzazione del suo programma deve considerarsi punibile «per ciò solo» e cioè prescindendo completamente dal fatto che i soci abbiano o meno intrapreso a prepararne l'attuazione (ed anzi, in virtù del suo carattere permanente anche dopo che singoli fatti criminosi siano stati ormai realizzati)».

⁷⁹ Escludeva, in tal caso, la configurabilità del delitto associativo già PATALANO, *op. cit.*, 91. Sul punto si

In risposta agli interrogativi che ci eravamo posti in premessa si potrebbe affermare che, di fronte ad una pluralità di illeciti, astrattamente riconducibili a più soggetti, in un contesto imprenditoriale strutturato in forma di società commerciali - e che, dunque, è *sostanzialmente* lecito -, l'accertamento dei reati associativi dovrebbe articolarsi in due fasi, ben distinte tra loro: in prima battuta, si deve accertare l'esistenza di un momento organizzativo criminale in modo estremamente rigoroso, senza ricavare da cointeressenze tra più soggetti dovute a rapporti od a fatti leciti, la prova di una "*costante sinergia*" tra sodali e, dunque, di un'organizzazione che sia il risultato *diretto* della convergenza di più condotte delittuosamente orientate; una volta individuato un momento organizzativo che può essere posto a monte di una pluralità di episodi delittuosi - programmati o realizzati - sarà necessario verificare se da questo è scaturita un'organizzazione stabilmente proiettata nel tempo oppure funzionale alla sola esecuzione di *quei* fatti di reato; e ciò senza cadere nell'errore di attingere, ancora una volta, la prova dell'illecito dal lecito, in questo caso traendo la proiezione temporale dell'associazione criminale da quella che caratterizza l'organizzazione imprenditoriale.

Solamente dopo aver accertato che *entrambe* le componenti organizzative presentano, per diversi fini, un'autonoma proiezione temporale, si potrà ragionare di quella compresenza di strutture che costituisce il tratto essenziale della sovrapposizione effettiva tra enti.

3. *La risposta ordinamentale alla sovrapposizione tra enti. La necessità di una distinzione.* Se, alla luce dell'analisi casistica, non sembra azzardato discutere di sovrapposizioni tra associazioni criminali e società commerciali, lo si deve fare con la consapevolezza che le forme di questa coesistenza sono essenzialmente due e tra loro antitetiche: per esprimere la contrapposizione si è fatto ricorso alle nozioni di "*sovrapposizione fittizia*" - o "*pseudo-sovrapposizione*" - e "*sovrapposizione effettiva*", e si è visto come i due tipi di relazioni che esse evocano pongano esigenze diversissime in punto ricostruzione della struttura criminale.

v. anche G.u.p. Catanzaro, 2 marzo 2010, n. 32, che ha escluso la configurabilità di un'associazione per delinquere tra esponenti del mondo politico e imprenditori, in considerazione del fatto che, nonostante la pluralità di fatti delittuosi contestati come reati-scopo dell'ente illecito, «*tali operazioni risultano poste in essere, in virtù di intese di volta in volta raggiunte [...] Tanto, con evidenza, impedisce anche in astratto di ipotizzare l'esistenza di un'associazione che si regge imprescindibilmente sull'operato di soggetti pubblici che non hanno rapporti tra loro, che, anzi, sono sempre diversi e si succedono gli uni agli altri, senza intrecciare rapporti o legami di nessun tipo e il cui operato è circoscritto a un determinato episodio delittuoso*».

Per quanto le due definizioni siano, forse, più stipulative che descrittive, non si può fare a meno di notare come il Legislatore, nel disciplinare sotto diversi profili la correlazione tra enti, magari tenendo a mente lo stesso dato esperienziale da cui è partita la nostra analisi, abbia, in certa misura, fatto propria la distinzione che è implicita nell'uso di queste categorie.

La complessiva strategia di prevenzione o di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia lecita – ancorché veicolata da disposizioni collocate in *corpus* normativi con finalità molto diverse tra loro – rivela sì una presa di coscienza sul fatto che la sovrapposizione tra enti non è un fenomeno che ci si possa permettere di ignorare; ma soprattutto – ed è questo il dato significativo – lascia trasparire l'adozione di un approccio fortemente differenziato, che rispecchia, con le precisazioni del caso, la partizione “*sovrapposizione apparente*”-“*sovrapposizione effettiva*”.

Le disposizioni di legge che stabiliscono le conseguenze della sovrapposizione apparente (o pseudo-sovrapposizione), dando così rilievo giuridico alla categoria, sono tutte accomunate dal fatto di far seguire all'accertamento della sussistenza del solo ente illecito, la liquidazione, latamente intesa, dell'ente lecito⁸⁰.

Si pensi all'art. 24 *ter* d.lgs. n. 231/2001⁸¹, e, in particolare, all'ultimo comma della disposizione: dopo aver stabilito che un soggetto collettivo possa essere chiamato a rispondere anche per i delitti associativi di cui agli artt. 416 e 416 *bis* c.p. – in ciò sta il

⁸⁰ In dottrina, è stata coniata l'espressione “*enticidio*” per descrivere il «*cortocircuito di sistema che s'inscrive nel più ampio fenomeno moderno degli omicidi di impresa, che può trovare origine sia da cause endogene, correlate alle forme di responsabilizzazione riconducibili ai soggetti interni, posti in posizione apicale, che s'identificano nel management societario, negli organi di vertice, così come nei singoli individui che possiedono una capacità più o meno ampia di influire sui processi decisionali e sulle scelte strategiche che conducano ad una spinta politica scorretta dell'impresa, che da fattori esogeni, che sono generati, viceversa, da risposte sanzionatorie o misure di contrasto vuoi sproporzionate, vuoi inadatte allo scopo*» (MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire e una conseguenza per l'azienda a evitare*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 134).

⁸¹ Per completezza si riporta il testo dell'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001: «*1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. 2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote. 3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. 4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.*».

riconoscimento normativo della sovrapposizione tra strutture – viene precisato che l'ente lecito – o la sua unità organizzativa – debba essere sanzionato con la *dissolution* prevista dall'art. 16, comma 3, del medesimo decreto⁸², qualora si accerti che sia stato «*stabilmente utilizzato allo scopo unico*» – sullo scopo “*prevalente*” si tornerà dopo – «*di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2*», quindi, tra gli altri, dei reati associativi che interessano in questa sede.

Esprimono una certa affinità rispetto all'indicazione di sistema oggi fornita dall'ultimo comma dell'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001⁸³, le disposizioni in tema di confisca penale – segnatamente gli artt. 240 e 416 *bis*, comma 7, c.p. – nella parte in cui ammettono o rendono obbligatoria la confisca dei c.d. *instrumenta sceleris*, ossia delle «*cose che servirono o furono destinate a commettere il reato*». Se si guarda a queste norme alla luce dell'interpretazione che di esse viene fornita dalla giurisprudenza – sul punto piuttosto univoca – ci si rende subito conto di come possano facilmente attagliarsi all'ablazione di società commerciali, nei casi di sovrapposizione apparente: partendo dall'assunto che il dato qualificante degli *instrumenta sceleris* è costituito dal rapporto funzionale specifico e *stabile* che lega le *res* al reato⁸⁴, la confisca, a questo titolo, di un'intera società viene solitamente giustificata sulla base del «*durevole asservimento della stessa e del suo patrimonio alla commissione delle attività illecite, quale società strutturalmente illecita o di comodo*»⁸⁵.

Il presupposto per l'apprensione delle quote sociali e del compendio aziendale, anche nella prospettiva cautelare che discende dall'applicazione del secondo comma dell'art. 321 c.p.p., viene fatto coincidere con la totale sottoposizione dell'ente lecito al

⁸² L'espressione era già in uso nella dottrina penalistica francese che, occupandosi del tema della *responsabilité pénale des personnes morales*, aveva rilevato un'affinità tra le sanzioni che potevano essere inflitte alla persona fisica e quelle destinate alla persona giuridica: «*Enfin, sur le terrain des sanctions, rien n'empêche d'infliger aux personnes morales des peines pécuniaires (amendes, confiscations) – puisqu'elles ont un patrimoine –, et même une peine correspondant à la peine de mort pour les personnes physiques, la dissolution*» (DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, Parigi, 1973, 439),

⁸³ La si definisce “*di sistema*” perché, non a torto, il d.lgs. 231/2001 è stata definito la “*legge fondamentale*” in tema di responsabilità degli enti (così GUERINI, *L'ente collettivo nell'arcipelago delle misure di contrasto*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, a cura di Amarelli-Sticchi Damiani, Torino, 2019, 204).

⁸⁴ Di recente Cass., Sez. VI, 27 maggio 2020, n. 25600, in *DeJure*.

⁸⁵ Così Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2018, n. 20244, che, nel caso di specie, ha ritenuto illegittimo il sequestro preventivo delle quote sociali e del patrimonio di una società di professionisti, disposto in relazione al reato di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti di corruzione, turbativa d'asta e falso in atto pubblico, rilevando che detta società risultava occasionalmente coinvolta nella commissione di un numero ridotto di delitti-scopo, cosicché ciò non consentiva di connotare in senso esclusivamente illecito l'operatività della persona giuridica.

perseguimento di finalità illecite, perché, evidentemente, solo a questa condizione la società commerciale è equiparabile ad un mero strumento nelle mani dell'organizzazione criminale. E la *stabile* e totale strumentalità dell'ente lecito rispetto alle esigenze dell'ente illecito - che assume, come si è visto, i contorni di un "*durevole asservimento*" - non è altro che il *pendant* di quell'assenza di un'autonoma struttura organizzativa lecita, in grado di realizzare i propri fini istituzionali, che identifica le ipotesi di pseudo-sovrapposizione.

Conclusioni analoghe si possono trarre, *ratione materiae*, dalle norme sulla confisca di prevenzione e dalla correlata elaborazione giurisprudenziale in tema di "*impresa mafiosa*". Si tratta di un'espressione polisensu coniata nel recente passato per legittimare la più afflittiva misura di prevenzione patrimoniale in relazione ad una casistica piuttosto eterogenea, in cui solitamente vengono fatte rientrare le ipotesi di: «*totale sovrapposizione tra compagine associativa e sodalizio criminoso*»⁸⁶; imprese costituite con i proventi dell'attività criminale dell'organizzazione mafiosa; imprese sottoposte al suo totale controllo, che abbiano operato avvalendosi della sua forza di intimidazione, e quelle che abbiano stabilmente operato «*comunque, in cointeressenza con essa*»⁸⁷. Lasciando per un attimo da parte i numerosi problemi legati all'uso di questa categoria - e quelli posti dalla contigua "*impresa a partecipazione mafiosa*"⁸⁸ - sui quali ci si soffermerà più avanti, si può osservare, perlomeno rispetto ai casi di società nate da proventi illeciti e di quelle che costituiscono una *longa manus* dell'associazione criminale, come l'applicazione della misura patrimoniale venga disposta proprio in funzione del fatto che non è individuabile un'organizzazione lecita a sé stante, dotata di

⁸⁶ Qualifica quest'ipotesi come tipicamente espressiva di un'impresa mafiosa, sebbene ai fini della confisca penale di cui all'art. 416 *bis* c.p., Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2018, n. 13296, Rv. 272640.

⁸⁷ Da ultimo Cass., Sez. V, 8 marzo 2019, n. 32017, Rv. 277099, secondo cui "*la confisca disposta ai sensi dell'art. 2-ter l. 31 maggio 1965, n. 575, di una impresa costituita in forma societaria che abbia stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un'associazione mafiosa o, comunque, in cointeressenza con essa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale (ivi comprese le quote sociali intestate a terzi), nonostante l'origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle quote, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale della impresa da parte del proposto o l'attività economica risultata condotta, sin dall'inizio, con mezzi illeciti. (Fattispecie in cui l'espansione delle aziende confiscate era stata sin dall'inizio agevolata dall'organizzazione mafiosa e i terzi interessati non avevano comunque fornito elementi idonei a selezionare, nell'ambito del complesso aziendale, i beni di origine lecita)*".

⁸⁸ Come si avrà modo di approfondire, l'impresa "*mafiosa*" si qualifica per essere sostanzialmente uno strumento nelle mani dell'associazione criminale, mentre l'impresa "*a partecipazione mafiosa*" rappresenta il "*luogo*" in cui si realizza la coesistenza tra organizzazione e interessi illeciti, e organizzazione e interessi leciti (sul punto BALSAMO, *L'art. 12 quinquies della L. n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale "anticipata" e prospettive di collaborazione internazionale*, in *Cass. pen.*, 2005, 2080).

autonomia decisionale e operativa, che sia qualcosa d'altro rispetto all'organizzazione mafiosa⁸⁹.

La risposta dell'ordinamento ai casi di sovrapposizione apparente, pur attraverso vie diverse, esprime, dunque, quello che autorevole dottrina ha descritto come “*paradigma confiscatorio*”⁹⁰, che, all'atto pratico, si risolve sempre in una “*incapacitazione giuridica*”⁹¹ della società commerciale, in ragione del fatto che, a dispetto delle apparenze, la società è strutturalmente illecita o fittizia: non c'è mai stata un'organizzazione autonoma, in sé lecita manifestazione di prerogative costituzionali, da salvaguardare, per cui l'unica opzione praticabile è porre nel nulla o confiscare quel soggetto collettivo che, a ben vedere, è privo dei requisiti strutturali per operare senza l'impulso – o l'ingerenza – costante dell'associazione criminale⁹².

La tendenza che si trae dalle norme che disciplinano i casi di sovrapposizione effettiva è decisamente diversa.

L'analisi del quadro normativo, in questo caso, è resa più difficile da un affastellamento di disposizioni, che è conseguenza di un approccio poco organico alla regolamentazione del fenomeno; ma ciò non toglie che non si possa perlomeno tentare di rintracciare un *trait d'union* tra i molteplici istituti che, implicitamente o esplicitamente, danno per assunta quella forma di coesistenza tra strutture che interessa in questa sede.

Partendo ancora una volta dalla “*legge fondamentale*” sui rapporti tra enti e fatti di reato, è fuor di dubbio che la sovrapposizione effettiva tra enti costituisca l'ambito di applicazione “*naturale*” dell'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001, e di tutte quelle norme, sanzionatorie e premiali⁹³ – secondo lo *stick and carrot approach* tipico della disciplina sulla

⁸⁹ Cfr. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 712. Sul punto, guardando alla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, anche MONGILLO, *Criminalità organizzata e responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001*, in *La Legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti-Luparia-Donati, Torino, 2020, 813-814.

⁹⁰ VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., 716.

⁹¹ MONGILLO, *op.cit.*, 814.

⁹² Non si può eccepire, come una sorta di distonia rispetto alla distinzione che stiamo evidenziando, il fatto che il Titolo III del Codice Antimafia preveda una disciplina sulle aziende sequestrate e confiscate volta a cercare di dare continuità all'attività aziendale, perché, anzitutto, è cosa ben diversa dall'amministrazione giudiziaria (già sospensione temporanea) ex art. 34 Cod. Antimafia, e la sua applicazione, intervenendo dopo l'espropriazione della società e a condizione che si individuino i requisiti per la prosecuzione dell'attività aziendale, determina una sostanziale e incisiva novazione della struttura organizzativa e gestionale. A tacere del fatto che, già nel recente passato, si osservava l'esito fallimentare di questo istituto, posto che «*la maggior parte delle imprese sequestrate muore*» (MEZZETTI, *L'enticidio*, cit., 142).

⁹³ A titolo puramente esemplificativo si può fare generale riferimento agli artt. 9 e ss. d.lgs. 231/2001 per

responsabilità degli enti⁹⁴ - che si collegano alla contestazione dell'illecito amministrativo per fatti di criminalità organizzata (con l'ovvia eccezione di quelle che prevedono la *dissolution* dell'ente lecito)⁹⁵.

La coesistenza di organizzazioni, connesse ma autonome, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale, sembra costituire anche il presupposto di diversi istituti della legislazione antimafia: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende (art. 34 Cod. Antimafia), il controllo giudiziario delle aziende (art. 34 *bis* Cod. Antimafia), le informazioni interdittive antimafia (art. 84 e ss. Cod. Antimafia) e le misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale (art. 94 *bis* Cod. Antimafia).

Non è certamente questa la sede per soffermarsi sulle peculiarità di ciascuna di queste misure e sui loro rapporti⁹⁶.

la disciplina delle sanzioni, mentre, per gli aspetti premiali, in modo più specifico agli artt. 12 cpv. e 17 del medesimo decreto, e, in particolare, alle parti in cui prevedono una serie di circostanze che consentono la riduzione della sanzione pecuniaria e l'esclusione dell'applicazione di quella interdittiva.

⁹⁴ GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., 39. Per un approfondimento sulle funzioni delle sanzioni del "sistema 231" si v. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022, 64, ove si osserva che, attraverso il modello sanzionatorio che si ricava dalla disciplina sulla responsabilità da reato degli enti, si sollecitano degli adattamenti - anzi una vera e propria riorganizzazione - in chiave rieducativa, che passa innanzitutto «dalla formazione del personale, dal suo diverso dislocamento [...] dal suo rinnovamento, se necessario, dalla predisposizione di meccanismi di controllo, di nuove regole cautelari, di obblighi di comunicazione e informazione».

⁹⁵ MONGILLO, *op. cit.*, 818. Si v. anche ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, 2153. Osserva che i reati di mafia inseriti nel catalogo dei reati-presupposti di responsabilità dell'ente siano tipici non solo di un'impresa occasionalmente mafiosa, ma anche di un'impresa *tout court* illecita MEZZETTI, *L'impresa mafiosa*, in *La Legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti-Luparia-Donati, Torino, 2020, 222. Altra parte della dottrina, parte dalla distinzione "empirico-criminologica" tra ente illecito, ente "strumentalizzato" non criminale ed ente lecito, per riservare a quest'ultima categoria la possibilità di ritagliare un'efficace *compliance* preventiva (PIERGALLINI, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 1005-1006).

⁹⁶ Il riferimento è ai rapporti tra le misure *ex art. 94 bis* e il controllo giudiziario *ex art. 34 bis*, per un'analisi delle quali si rinvia a CENTONZE, *Sistema di prevenzione antimafia: le novità introdotte dal d.l. n. 152/2021*, su www.ilpenalista.it, 3 gennaio 2022. In questa sede basti ricordare la medesimezza di *ratio* tra i due istituti: secondo l'A., il nuovo modello amministrativo di prevenzione collaborativa «*analogamente a quanto previsto per lo strumento del controllo giudiziario ex art. 34-bis d.lgs. n. 159 del 2011*», mira ad assicurare una nuova forma di cooperazione, di natura partecipata, realizzata tra l'impresa oggetto di interferenze mafiose e l'autorità prefettizia, consentendo a quest'ultima di controllare l'azienda e di verificare la presenza di forme persistenti di infiltrazione criminale, senza esporla al rischio di una paralisi aziendale, ma orientandone l'attività verso irrinunciabili valori, etici e concorrenziali. Per un'approfondita analisi sul rapporto tra misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca, interdittive antimafia e misure prefettizie di prevenzione collaborativa, si v. da ultimo MAUGERI, *Prevenire il condizionamento*

L'elemento che le accomuna - e che non può passare inosservato in un'analisi sulla risposta normativa alla sovrapposizione tra enti - lo si rintraccia, appunto, nei presupposti applicativi. Le misure di prevenzione patrimoniali applicabili dal Tribunale richiedono l'accertamento del rischio che «*il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività*», tra gli altri, di proposti o destinatari di altre misure di prevenzione, o di indagati per fatti di criminalità organizzata; quanto, in particolare, al controllo giudiziario delle aziende, è richiesto espressamente il «*pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività*»⁹⁷, e, allo stesso modo, le misure di competenza dell'autorità prefettizia evocano l'accertamento del rischio di infiltrazioni mafiose «*tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese*»⁹⁸.

Il riferimento alla sovrapposizione tra associazioni di stampo mafioso e strutture imprenditoriali lo si intravede, da due punti di vista diversi, in entrambi i casi: che si discuta di rischio di assoggettamento della struttura lecita da parte di quella illecita, o, ponendosi nell'opposto angolo visuale, di tentativi di infiltrazioni della cosca in attività imprenditoriali (circostanza, peraltro, tipizzata anche dal terzo comma dell'art. 416 bis c.p.), quello a cui le disposizioni alludono - anche se nella veste di un rischio «*più probabile che non*» o supportato da indizi dotati di un certo grado di concretezza⁹⁹ - è

criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende, in *Dir. pen. cont.*, 2022, 1, 125 ss. Sul fondamento costituzionale delle misure di prevenzione patrimoniali, nonché sulla relativa disciplina, si rinvia a MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 313 e ss., nonché 367 e ss.

⁹⁷ In particolare, per quanto di interesse in questa sede, l'art. 34 Cod. Antimafia ancora l'applicazione dell'istituto a «*sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis del codice penale o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), b) e i-bis), del presente decreto [...]*». L'art. 34 bis fa riferimento all'occasionalità dell'agevolazione prevista dal primo comma dell'art. 34, associandola, per l'applicazione del controllo giudiziario, all'esistenza di «*circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività*».

⁹⁸ Come espressamente previsto dal terzo comma dell'art. 84 Cod. Antimafia.

⁹⁹ Sulla diversa consistenza degli indizi, rispetto a quanto richiesto dall'art. 192 c.p.p. per l'accertamento penale, di recente Cass., Sez. V, 15 marzo 2018, n. 17946, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 335, che ribadisce come «*nel giudizio di prevenzione, considerata l'autonomia del procedimento rispetto al giudizio di merito, la*

pur sempre un collegamento tra due diversi tipi di organizzazioni che coesistono nello stesso contesto spazio-temporale.

Se ciò che accomuna tutte queste norme è, dunque, la loro capacità di attrarre nel proprio ambito di applicazione possibili manifestazioni di sovrapposizione effettiva tra enti, non può sorprendere che esse esprimano una risposta uniforme al fenomeno, nella quale si possono riscontrare, per certi versi, profili di afflittività, ma per altri, soprattutto ove il rapporto tra enti sia “*occasionale*”, la propensione a consentire il monitoraggio dell’attività imprenditoriale in vista del “*recupero*” - o bonifica - dell’ente lecito¹⁰⁰, con la prosecuzione della sua attività¹⁰¹.

prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall’art. 192 c.p.p., né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti. Nello stesso senso Cass., Sez. V, 8 ottobre 2019, n. 50202, Rv. 278049, che ha ribadito: «*la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall’art. 192 cod. proc. pen., né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti*». Sul punto Cass., Sez. VI, 4 luglio 2019, n. 49750, Rv. 277438-04, ha precisato che, comunque, gli indizi devono essere caratterizzati da «*coefficienti ragionevoli di precisione, gravità e concordanza*». In dottrina, sulla consistenza dello standard probatorio richiesto per l’applicazione delle misure, si v. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *Ind. pen.*, 2017, 1, 54 ss., nonché ID., *Prevenire il condizionamento*, cit., 143 ss.

¹⁰⁰ VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, a cura di Amarelli-Sticchi Damiani, Torino, 2019, 243, che, nel valorizzare positivamente l’approccio all’istituto di una parte della giurisprudenza di merito, osserva che giustamente, per l’applicazione del controllo giudiziario, è stata focalizzata l’attenzione sul requisito della occasionalità, alla stregua di un indice quantitativo, che esprime un condizionamento criminale di modesta entità, tale da rendere l’azienda bonificabile mediante un programma di *compliance* predisposto in sede di applicazione della misura.

¹⁰¹ A titolo puramente esemplificativo si può fare riferimento, nella disciplina 231, a quelle disposizioni che incentivano l’adozione di modelli organizzativi *post factum* (artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001), e alla misura del commissariamento giudiziale (art. 15 d.lgs. 231/2001); nella materia delle misure di prevenzione, l’obiettivo degli istituti presi in considerazione sarebbe quello di incidere per il minor tempo possibile e nel minor modo possibile sulla gestione imprenditoriale dell’azienda, istituendo forme di controllo che non determinino un’irrimediabile avocazione della gestione della società e che, al contempo, abbiano come obiettivo implementare accorgimenti organizzativi per prevenire, tra gli altri, anche il rischio-reato (si consideri il rinvio alla disciplina 231 che è contenuto sia nell’art. 34 *bis*, comma 3, lett. *d*), sia nell’art. 94 *bis*, comma 1, lett. *a*) Cod. Antimafia). Ovviamente vi sono delle differenze ineliminabili tra la disciplina del d.lgs. 231/2001 e quella del Codice Antimafia, che sono legate alle diverse funzioni che i due sotto-sistemi assolvono nel nostro ordinamento: il primo, nel regolamentare la responsabilità da reato degli enti collettivi attraverso una vasta gamma di misure, ha come obiettivo principale sanzionare l’ente per il fatto di reato commesso dal suo apicale o dipendente, con possibili *input* verso l’implementazione della struttura organizzativa (sul punto si ricorda MAUGERI, *La funzione rieducativa*, cit., *passim*); la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali è volta, com’è noto, ad evitare l’inquinamento criminale dell’economia lecita, neutralizzando, anzitutto, il rischio di costituzione di patrimoni illeciti.

La ragione di questo paradigma “*recuperatorio*”¹⁰² – che contraddistingue la risposta dell’ordinamento ai casi di sovrapposizione effettiva – risiede nella necessità di contemperare interessi contrapposti: da un lato, la tutela di un sistema concorrenziale lecito; dall’altro, l’esigenza di non deprimere, oltre quanto strettamente necessario, il frutto della libera iniziativa economica, la competitività del tessuto imprenditoriale e i livelli occupazionali che le società commerciali – soprattutto di certe dimensioni – possono garantire¹⁰³.

3.1. (Segue) *I diversi profili di utilità della nozione di “sovrapposizione tra enti”*. Il quadro d’insieme, tracciato senza alcuna pretesa di esaustività, evidenzia un dato di estrema importanza: pur nella diversità di discipline e di tipi di accertamento che esse postulano, nell’ordito normativo si può riscontrare una tensione tra un paradigma “*confiscatorio*” e un paradigma “*recuperatorio*”, che ricalca la distinzione tra sovrapposizione apparente e sovrapposizione effettiva tra enti.

Se la conclusione in sé non è particolarmente innovativa, perché era già stato posto e affrontato il tema della necessità di una reazione differenziata alle “*infiltrazioni*” della criminalità organizzata¹⁰⁴, forse qualche profilo di innovatività potrebbero averlo i suoi corollari: incasellare gli istituti di cui stiamo discutendo in uno dei due paradigmi, in ragione del tipo di sovrapposizione che si pone a monte della loro disciplina, potrebbe avere delle ricadute non indifferenti.

3.1.1. (Segue) *L’accertamento dei reati associativi*. La prima ricaduta forse è scontata: se l’applicazione di una norma – o di una serie di norme – richiede che si accerti, solamente oppure assieme ad altri requisiti, una forma di sovrapposizione tra enti – sia essa apparente o effettiva – il processo di accertamento, a prescindere dall’Autorità cui viene demandato e dalla regola di “*giudizio*” che lo informa, dovrebbe seguire le scansioni concettuali su cui ci si è soffermati nel precedente paragrafo; soprattutto quando si tratta di sovrapposizione effettiva, per evitare ingerenze non necessarie nel diritto di associazione e nella libertà di iniziativa economica. In altri termini,

¹⁰² VISCONTI, *Il controllo giudiziario*, cit., 243, vede nel controllo giudiziario delle aziende un vero e proprio «*spirito recuperatorio*», che soltanto una parte della giurisprudenza di merito ha colto finora.

¹⁰³ VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., 737, ove si puntualizza che un’efficace lotta alla criminalità mafiosa non può prescindere dalla contestuale salvaguardia del tessuto produttivo delle imprese.

¹⁰⁴ Già VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., *passim*. La stessa questione era stata posta a fondamento della proposta di Codice antimafia per le imprese a suo tempo elaborata da Vigna, Fiandaca e Masciandaro (VIGNA-FIANDACA-MASCIANDARO, *Codice antimafia per le imprese*, in *I reati societari*, online, 2008, *passim*).

ogniquale volta una o più norme evocano, in modo più o meno esplicito, una coesistenza di organizzazioni lecite e illecite, l'accertamento di questa *condicio facti* che assurge a presupposto normativo, deve essere condotto evitando di assimilare le due tipologie di strutture (ove entrambe esistano e siano operative), e cercando di non confondere la struttura illecita dotata di stabilità temporale con quel tipo di organizzazione che caratterizza il concorso di persone nella commissione di una pluralità di reati avvinti dal vincolo della continuazione.

L'altra ricaduta del ricorso alla categoria della "*sovrapposizione tra enti*" potrebbe essere descritta come il tentativo di un'interpretazione sistematica degli istituti, che cerchi di dare contenuto a disposizioni piuttosto vaghe ed a profili della disciplina particolarmente sfuggenti o, comunque, poco regolamentati.

La consapevolezza che alcune norme siano accomunate dal fatto di essere parte di una risposta comune – sebbene non eccessivamente coordinata – allo stesso fenomeno, può offrire, infatti, spunti interpretativi che valorizzino una loro possibile e reciproca influenza¹⁰⁵, a beneficio degli interpreti e dei possibili destinatari.

Del resto, la giurisprudenza di legittimità ha già esportato la nozione di "*impresa mafiosa*" dal settore prevenzionistico, in cui era stata coniata, a quello a quello penalistico, per giustificare la confisca di intere società ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.¹⁰⁶; e, analogamente, la disciplina di alcune misure di prevenzione getta dei ponti verso le disposizioni sulla responsabilità da reato degli enti, incentivando l'adozione di misure organizzative previste dal d.lgs. 231/2001, allo scopo di prevenire il rischio che vengano commessi reati di criminalità organizzata (nell'accezione fornita dall'art. 24 *ter* del medesimo decreto)¹⁰⁷; così come le disposizioni in tema di sequestro preventivo penale di aziende di cui all'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p. rinviano, per la disciplina dell'amministrazione dei beni, alle disposizioni prevenzionistiche in tema di amministrazione e gestione di beni confiscati e sequestrati. Quindi, tutto sommato, una certa confluenza

¹⁰⁵ Del resto, rispetto ai rapporti tra organizzazioni criminali ed enti leciti, si è evidenziato il rischio di cadere nel "*paradosso del millepiedi*", secondo cui i vari strumenti normativi disponibili dovrebbero essere utilizzati e applicati senza fare riferimento a schemi teorici precostituiti, scegliendo così, di volta in volta, in base ad un approccio assolutamente pragmatico, gli strumenti di intervento in base alle caratteristiche delle diverse vicende concrete (così VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., 724).

¹⁰⁶ Recentemente, Cass., Sez. I, 4 dicembre 2019, 13043, Rv. 278891. In precedenza già Cass., Sez. VI, 30 gennaio, 2018, n. 13296, Rv. 272640.

¹⁰⁷ Il riferimento è, ancora una volta, all'art. 34 *bis*, comma 3, lett. *d*), ed all'art. 94 *bis*, comma 1, lett. *a*) Cod. Antimafia.

o assonanza tra questi settori dell'ordinamento si è già manifestata e non può essere ignorata¹⁰⁸.

Forse, non sarebbe del tutto inopportuno sfruttarla per ridurre alcuni margini di discrezionalità, in modo da garantire maggiore precisione nell'applicazione delle norme e, per tale via, una maggiore prevedibilità delle misure.

3.1.2. (Segue) *L'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 24 ter d.lgs. 231/2001.* Il primo terreno di prova su cui sperimentare questo tipo di approccio potrebbe essere dato da una delle due sotto-fattispecie poste a fondamento dell'interdizione definitiva dell'attività, vale a dire il caso in cui occorre verificare se l'ente lecito risulta utilizzato allo scopo non esclusivo ma "*prevalente*" di commettere reati di criminalità organizzata; accertamento che è richiesto - o sarebbe più corretto dire "*imposto*", data l'obbligatorietà della disciplina - dagli artt. 24 *ter* e 16, comma 3, d.lgs. 231/2001.

L'ipotesi dell'ente lecito utilizzato prevalentemente per commettere reati associativi si colloca, nell'analisi che ci impegna, come un'eccezione rispetto alla distinzione tra "*sovrapposizione apparente*" e "*sovrapposizione effettiva*": nello scenario che abbiamo descritto, polarizzato tra le due forme di sovrapposizione e i paradigmi che ad esse corrispondono ("*confiscatorio*" e "*recuperatorio*"), l'ente lecito, che effettivamente esiste, sotto il profilo strutturale e operativo, ma che risulta *prevalentemente* utilizzato per scopi delittuosi, viene equiparato, sul piano normativo, all'ente totalmente fittizio.

Assunto che vi sia un collegamento tra le due strutture, il problema è come valutare la prevalenza di una sull'altra, e non si tratta di una questione di poco conto. Anzitutto, perché da questo giudizio dipende, metaforicamente parlando, la vita o la morte dell'ente lecito. In secondo luogo, perché l'analisi della relazione tra le due componenti organizzative ha una grande importanza nel processo di accertamento della sovrapposizione tra enti e, soprattutto, dei reati associativi che costituiscono uno dei due estremi del rapporto: nel momento in cui si chiede all'interprete di verificare se l'ente lecito (per quanto di interesse in questa sede, la società commerciale) svolge o meno una funzione servente rispetto all'organizzazione criminale, non soltanto si aggiunge

¹⁰⁸ Si consideri che questa confluenza tra discipline viene posta in rilievo anche nella relazione 2021 della Commissione antimafia, ove si precisa che «*il fine dell'amministrazione giudiziaria è quello di rimuovere i collegamenti con gli ambienti criminali e normalmente riorganizzare l'impresa nel pieno rispetto del D.lgs. 231/2001 per evitare ricadute future*» (Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Relazione sull'analisi delle procedure di gestione dei beni sequestrati e confiscati*, doc. XXIII, n. 15, approvata il 5 agosto 2021, 192).

un altro tassello - l'ultimo - alla procedura di accertamento della sovrapposizione tra strutture (cioè quello che riguarda il tipo di relazione tra i due apparati); ma evidentemente si dà per assunta, confermandola, la tesi della necessaria alterità tra struttura lecita e struttura illecita, poiché un confronto tra due entità - in questo caso, tra due organizzazioni - risulta logicamente possibile soltanto nella misura in cui i termini di paragone possano essere distinti.

Da questo punto di vista, il giudizio sul rapporto tra organizzazioni sotteso all'ultimo comma dell'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001 rappresenta l'ulteriore, forse l'ultimo, ostacolo normativo a che la ricostruzione dei reati associativi si alimenti di fatti leciti, che afferiscono esclusivamente all'organizzazione o all'attività della società commerciale.

In letteratura si è proposto di utilizzare il criterio qualitativo della strumentalità, che dovrebbe portare alla *dissolution* dell'ente ogniqualvolta la struttura lecita sia comunque finalizzata «a realizzare o ad occultare all'esterno l'attività illecita»¹⁰⁹.

Il ricorso a criteri qualitativi è senz'altro auspicabile, ma forse sarebbe opportuno definire meglio i contorni della relazione tra le due organizzazioni.

Nella prospettiva di quella confluenza tra discipline di cui si è detto, qualche indicazione utile si può ricavare, *a contrario*, dalle norme riguardanti l'amministrazione temporanea delle aziende ed il controllo giudiziario.

L'applicazione di queste misure di prevenzione, inscrivibili nel paradigma recuperatorio che fa il paio con la sovrapposizione effettiva tra enti, richiede una valutazione prospettica - anzi, una vera e propria prognosi - sulle possibilità di "bonifica" della struttura lecita e di recupero dell'attività aziendale. L'art. 41 Cod. Antimafia, richiamato dall'art. 34 assieme alle altre disposizioni del capo II del titolo III, prevede una «dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività», che deve essere condotta tenendo conto di una serie di fattori, tra cui spiccano la natura dell'attività esercitata, le modalità e l'ambiente in cui è svolta, la forza lavoro occupata e la sua capacità produttiva, oltre che gli oneri correlati «al processo di legalizzazione dell'azienda». Come è stato osservato, l'amministratore giudiziario finisce, anche in sede di amministrazione "temporanea", per svolgere una funzione di "filtro" delle aziende, selezionando unicamente quelle "meritevoli" di essere ammesse alla misura salvifica¹¹⁰.

¹⁰⁹ Già EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 341. In senso analogo VIZZARDI, sub art. 16, in BERNASCONI-FIORIO-PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 216.

¹¹⁰ MEZZETTI, *L'impresa mafiosa, cit.*, 220-221, ove si rileva che, nella gradualità tipica della disciplina

Si può dire, dunque, che nell'ambito della disciplina prevenzionistica, il discrimine tra la salvezza e la messa in liquidazione dell'ente sta nell'accertamento di un minimo di adeguatezza dell'organizzazione aziendale, che deve portare l'amministratore prima e il giudice poi a ritenere possibile il recupero dell'ente, con la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Per dare un più chiaro contenuto a quel rapporto di “*strumentalità*” che giustifica l'incapacitazione dell'ente lecito – esistente e operativo – si potrebbe valorizzare lo stesso requisito, valutandolo non prospettivamente, guardando al futuro, assieme alla possibilità di eventuali accorgimenti organizzativi volti a ridurre il rischio di agevolazione, ma, per coerenza rispetto al dettato normativo¹¹¹, retrospettivamente, guardando al passato, con possibili strascichi nel presente: si potrebbe cioè affermare che la società commerciale viene stabilmente utilizzata allo scopo prevalente di commettere reati associativi tutte le volte in cui, oltre al suo collegamento con l'associazione criminale, risulti che la sua struttura, al netto dei possibili apporti dell'organizzazione criminale, non era – e non è – *assolutamente* adeguata al perseguimento degli obiettivi aziendali, tenendo conto di tutte le circostanze che possono rilevare in un giudizio di questo tipo (come, ad esempio, quelle menzionate dall'art. 41 Cod. Antimafia).

Del resto, è la sostanziale e gravissima inadeguatezza della struttura lecita che, in presenza di un persistente legame con un'associazione criminale, può ritenersi fortemente indicativa di un suo asservimento così stabile da dimostrare la nascita di una relazione tra enti, in cui quello lecito è a tutti gli effetti servente rispetto a quello illecito; ed è sempre la stessa grave e sostanziale carenza strutturale che può giustificare, sul versante delle conseguenze, l'equiparazione di un ente lecito ed esistente ad uno «*strutturalmente illecito*» o di comodo¹¹², e, per tale via, l'applicazione della più grave tra le sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001.

Nel giudizio sul rapporto tra le due strutture, potrebbero entrare in gioco, per questi motivi, anche alcuni profili “*quantitativi*” che riguardano la struttura dell'ente, come, ad esempio, il numero di dipendenti e dei mezzi a sua disposizione, in relazione

prevenzionistica, gli istituti di cui agli artt. 34 e 34 *bis* Cod. Antimafia possono essere applicati ove non le aziende con costituiscano il frutto delle attività illecite o il reimpiego delle stesse (secondo quanto previsto dall'art. 24 Cod. Antimafia in tema di confisca); ma soprattutto a condizione che vi siano, al termine di un giudizio prognostico, concrete possibilità di “*salvare il salvabile*”.

¹¹¹ L'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001 nel descrivere il rapporto tra i due enti sembra guardare al passato, ma con possibili riflessi nel presente (“*Se l'ente [...] viene stabilmente utilizzato...*”).

¹¹² Così la già citata Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2018, n. 20244, Rv. 273268, che pone la natura strutturalmente illecita o di comodo della società come condizione di legittimità della sua apprensione a titolo di sequestro preventivo.

all'entità del fatturato o delle commesse nelle quali l'ente è impegnato, oppure anche in relazione al mercato e al contesto concorrenziale nel quale l'impresa si colloca¹¹³; con una precisazione: dato che l'incapacitazione dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio* della risposta sanzionatoria, le *eventuali* carenze strutturali dell'ente, per poter costituire dei veri e propri indizi del suo essere "*mero strumento*" dell'associazione criminale, devono essere talmente gravi e radicate da non aver reso possibile alcun *significativo* svolgimento delle attività lecite che rientrano nel suo oggetto sociale.

Laddove la struttura organizzativa lecita, epurata dei possibili contributi illeciti della consorceria criminale, risulti così inadeguata rispetto al perseguimento dei suoi obiettivi imprenditoriali da aver incentivato lo stabile assoggettamento all'ente illecito, potrà ritenersi dimostrato, in via induttiva, quel rapporto di strumentalità, quell'essere la società commerciale uno strumento del reato¹¹⁴, che legittima la reazione tipica del paradigma confiscatorio.

Valorizzare la matrice unitaria di alcuni istituti, in considerazione del tipo di sovrapposizione che essi assumono come loro presupposto, potrebbe essere d'aiuto anche per affrontare alcune questioni connesse al tema dell'impresa "*mafiosa*".

3.1.3. (Segue) *L'impresa "mafiosa" e l'impresa "a partecipazione mafiosa"*. Com'è noto, la categoria dell'impresa "*mafiosa*" rappresenta il frutto di un'analisi, d'impianto storico-criminologico, sulle infiltrazioni delle associazioni mafiose nel tessuto economico del nostro Paese¹¹⁵.

Il punto di caduta di quest'analisi sarebbe costituito dalla consapevolezza che le inguenze delle organizzazioni criminali tendono a manifestarsi in tre modi: il primo è costituito, appunto, dall' "*impresa mafiosa*", per essa intendendosi l'impresa caratterizzata da una forte individualizzazione attorno alla figura del mafioso, che la gestisce direttamente continuando ad espletare le attività delittuose della cosca; il secondo dall'impresa "*di proprietà del mafioso*", così definita perché non viene gestita direttamente dai soggetti inseriti nelle organizzazioni mafiose, ma soltanto in via indiretta, attraverso la mediazione di "*teste di legno*"; la terza modalità d'infiltrazione si realizzerebbe, invece, tramite l'impresa "*a partecipazione mafiosa*": è tale quell'impresa

¹¹³ Cfr. PANASITI, sub *art. 16*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, a cura di Levis-Perini, Bologna, 2021, 448.

¹¹⁴ Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 21741, Rv. 281516, in tema di sequestro preventivo di aziende ai sensi dell'art. 416 *bis*, comma 7, c.p., declina il concetto di strumentalità alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza, come asservimento non occasionale dell'ente lecito a quello illecito.

¹¹⁵ Per tutti ARLACCHI, *op. cit.*, 109 e ss.

sorta nel rispetto della legalità, ma che (sin dall'inizio della sua attività o in un momento successivo) ha instaurato rapporti di cointeressenza o compartecipazione con esponenti mafiosi, così da consentire loro l'investimento di capitali nella struttura aziendale e di dar luogo alla «*compresenza di interessi, soci e capitali illegali, con interessi, soci e capitali legali*»¹¹⁶.

Come si è già avuto modo di accennare, il concetto di “*impresa mafiosa*” è stato impiegato nella materia delle misure di prevenzione per legittimare la confisca di intere società, e si è prestato, nel tempo, a raggruppare una vasta congerie di ipotesi, tra cui i casi di imprese sottoposte al controllo dell'associazione mafiosa, che abbiano operato avvalendosi della sua forza di intimidazione, e quelli di imprese che abbiano operato “*comunque, in cointeressenza con essa*”¹¹⁷. Secondo l'orientamento maggioritario nella giurisprudenza di legittimità, in presenza di un'impresa mafiosa riconducibile ad uno di questi due sottotipi, si può procedere all'ablazione di tutto «*il patrimonio aziendale e di tutto il capitale sociale (ivi comprese le partecipazioni intestate a terzi) nonostante l'origine lecita di taluni dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle quote*»¹¹⁸.

Ora, la prima delle due ipotesi prospettate – quella dell'impresa che abbia *stabilmente* operato avvalendosi della forza di intimidazione dell'associazione mafiosa – non pone particolari problemi rispetto alle direttrici su cui si fonda la distinzione tra sovrapposizione apparente e sovrapposizione effettiva tra enti – e quella corrispondente tra paradigma confiscatorio e recuperatorio – perché tale forma di impresa mafiosa, come le

¹¹⁶ Nella giurisprudenza di merito la distinzione tra le tre forme di infiltrazione mafiosa è stata chiaramente espressa da Trib. Palermo, 7 agosto 2002, in *Giur. merito*, 2003, 326, e la stessa distinzione è stata recentemente ripresa da Cass., Sez. V, 31 gennaio 2018, n. 32688, nonché da Cass., Sez. V, 27 settembre 2019, n. 10983, Rv. 278884. In dottrina si segnala FALLONE, *Luci e ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Doc. giust.*, 1995, 4, 601 ss. e 633 ss., nonché BALSAMO, *L'art. 12 quinquies della L. n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale “anticipata” e prospettive di collaborazione internazionale*, in *Cass. pen.*, 2005, 2080. Di recente, in senso parzialmente diverso MEZZETTI, *L'impresa mafiosa*, cit., 222 ss., che, nella specifica ipotesi di impresa “*a partecipazione mafiosa*”, vede una confusione tra patrimonio lecito e patrimonio illecito così consistente da celare un totale asservimento agli interessi della consortereria criminale.

¹¹⁷ Da ultimo Cass., Sez. V, 8 marzo 2019, n. 32017, Rv. 277099, secondo cui «*la confisca disposta ai sensi dell'art. 2-ter l. 31 maggio 1965, n. 575, di una impresa costituita in forma societaria che abbia stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un'associazione mafiosa o, comunque, in cointeressenza con essa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale (ivi comprese le quote sociali intestate a terzi), nonostante l'origine lecita dei fondi impiegati per la sottoscrizione delle quote, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale della impresa da parte del proposto o l'attività economica risulti condotta, sin dall'inizio, con mezzi illeciti. (Fattispecie in cui l'espansione delle aziende confiscate era stata sin dall'inizio agevolata dall'organizzazione mafiosa e i terzi interessati non avevano comunque fornito elementi idonei a selezionare, nell'ambito del complesso aziendale, i beni di origine lecita)*».

¹¹⁸ Vedi *supra* n. 117.

altre che si appuntano sulla fittizietà dell'ente lecito o sulla sua originaria illiceità (per essere l'ente costituito con risorse illecitamente ottenute), in definitiva si basa sul fatto che la società, operando *stabilmente* con metodo mafioso, altro non è che una *longa manus* dell'associazione criminale. Si può intravedere una certa coerenza rispetto alla categoria della pseudo-sovrapposizione o, per essere più precisi, rispetto a quella – equiparata – dell'ente lecito votato *prevalentemente* alla commissione di reati associativi. Perciò, tutto considerato, sembra legittimo l'inquadramento di quest'ipotesi tra quelle connesse al paradigma confiscatorio.

Invece desta alcune perplessità il secondo tipo di “*impresa mafiosa*”, quello che dalla giurisprudenza di legittimità viene descritto, quasi in via residuale, come il caso dell'impresa costituita in forma societaria “*che, comunque, abbia operato in cointeressenza*” con l'associazione mafiosa. Per vero, quest'affermazione, da cui si fa dipendere la confisca dell'intero compendio aziendale e delle partecipazioni societarie – si badi – pur a fronte di momenti e spazi di liceità, spesso si accompagna alla precisazione che l'impresa in rapporto cointeressenza con la *societas sceleris* deve trovarsi «*nella disponibilità sostanziale del proposto*», oppure che «*l'attività economica posta in essere risulti condotta, sin dall'inizio con mezzi illeciti*»¹¹⁹.

Nonostante le precisazioni, alcune perplessità rimangono.

In prima battuta, se l'obiettivo è dare contenuto a questo sibillino rapporto di “*cointeressenza*”, non pare particolarmente utile aggiungere come ulteriore requisito per l'applicazione della misura ablativa lo svolgimento dell'attività con “*mezzi illeciti*” – vale a dire l'avvalersi della forza d'intimidazione tipica dell'associazione criminale – perché, così facendo, si finisce per far coincidere questo tipo di impresa mafiosa con quello appena analizzato, ossia con l'ipotesi dell'ente lecito che diviene strumento del reato associativo perché, attraverso l'impiego del metodo mafioso, finisce per atteggiarsi come mera propalazione dell'organizzazione criminale, finalizzata al perseguimento di quella finalità di monopolio che contraddistingue le associazioni di stampo mafioso¹²⁰.

In buona sostanza, se si avalla una simile lettura, il rischio è di incorrere in un'inutile ripetizione di concetti, che deriverebbe dalla coincidenza dei “*tipi*” di impresa mafiosa.

¹¹⁹ Così già Cass., Sez. II, 6 marzo 2015, n. 9774, Rv. 262622.

¹²⁰ Così TURONE, *op. cit.*, 241-242, che ravvisa, nella finalità di monopolio, così come formulata dall'art. 416 *bis* c.p., la «*traduzione normativa dell'assetto imprenditoriale dell'associazione mafiosa*», e nell'impresa mafiosa l'impresa commerciale «*nel cui patrimonio aziendale rientrano, quali componenti anomale dell'avviamento, la forza di intimidazione del vincolo associativo mafioso e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva*».

L'ipotesi che, però, può dare adito a maggiori problemi sul piano applicativo è quella dell'impresa "mafiosa" che nascerebbe dalla lettura combinata del presupposto della "cointeressenza" tra enti, con quello della "disponibilità sostanziale" dell'impresa da parte del soggetto socialmente pericoloso. Perlomeno se non ci si chiarisce sulla portata di queste espressioni.

Posto che l'orientamento della Suprema Corte che stiamo analizzando riguarda imprese in cui vi sono degli spazi di liceità¹²¹, si potrà ritenere legittima la confisca dell'ente nella sua interezza – quindi ricomprendendo nel perimetro della misura ablativa anche gli apporti leciti – anzitutto se con "disponibilità sostanziale" del proposto s'intende far riferimento all'intestazione fittizia a terzi. Poi, sempre per giustificare la confisca delle componenti lecite della struttura, sarà necessario che la "cointeressenza" si estrinsechi come una forma di stabile asservimento dell'ente lecito¹²²; oppure che il valore di tutti i fondi leciti e, soprattutto, delle risorse utilizzate per ottenerli, sia proporzionato al reddito del proposto o alla sua attività economica¹²³.

Soltanto a queste condizioni – che indubbiamente vanno a circoscrivere il sotto-tipo di impresa mafiosa di cui stiamo discutendo – i profili di liceità saranno trascurabili e si potrà optare per la natura sostanzialmente illecita – "mafiosa" – della struttura manageriale, così da rendere legittima, come unica via percorribile, la confisca della società nella sua interezza.

Se, però, le maglie della "disponibilità sostanziale" vengono allargate fino a farvi rientrare anche l'ipotesi in cui nella compagine societaria vi è un solo membro dell'associazione mafiosa (o un suo interposto), che non ha un controllo totalizzante sull'ente,

¹²¹ Dati dal fatto che le partecipazioni societarie sono intestate a terzi e che i fondi per acquisirle sono leciti.

¹²² E così si torna alla casistica dell'ente lecito-strumento del reato, confiscabile ai sensi dell'art. 416 *bis*, comma 7, c.p.

¹²³ Si allude a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui «*in tema di misure di prevenzione patrimoniali, l'onere di allegazione difensiva in ordine alla legittima provenienza dei beni non può essere soddisfatto con la mera indicazione della esistenza di una provvista sufficiente per concludere il negozio di acquisto degli stessi, dovendo invece indicarsi gli elementi fattuali dai quali il giudice possa dedurre che il bene non sia stato acquistato con i proventi di attività illecita, ovvero ricorrendo ad esborsi non sproporzionati rispetto alla sua capacità reddituale. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'acquisto di un immobile mediante l'accensione di un mutuo non costituisce dimostrazione della legittima provenienza della provvista, dovendosi fornire la prova della disponibilità di risorse lecite e sufficienti a sostenere il pagamento delle rate mensili, nel caso di specie mancanti in quanto il nucleo familiare del proposto non disponeva di redditi*» (Così Cass., Sez. VI, 10 aprile 2018, n. 21347, Rv. 273388). Ovviamente non si considerano le altre ipotesi di confisca di prevenzione – per le quali è richiesto che si tratti di frutto di attività illecite o del suo reimpiego – posto che, nel caso considerato, stiamo discutendo di fondi e provviste di origine lecita.

ma solo una certa capacità di indirizzarne le decisioni; e se, per di più, con l'espressione "*cointeressenze*" si inizia ad alludere alla mera esistenza di una connessione tra le due strutture e le loro attività, allora dal prototipo dell'impresa "*mafiosa*" – e dalla risposta sanzionatoria tipica paradigma confiscatorio – si passa immediatamente a quello dell'impresa "*a partecipazione mafiosa*", che integra, a ben vedere, un'ipotesi di sovrapposizione effettiva tra enti.

In dottrina, era stata già segnalata la necessità di distinguere l'impresa "*mafiosa*" (o "*di proprietà del mafioso*") dall'impresa "*a partecipazione mafiosa*", per evitare che sulla base di semplici etichette si aggirassero gli oneri probatori previsti dall'art. 24 Cod. Antimafia, desumendo il carattere illecito di tutta l'impresa dalla mera pericolosità sociale del prevenuto¹²⁴.

Questa necessità, finora recepita solo da una parte minoritaria della giurisprudenza, deve essere ribadita alla luce della distinzione – ormai si può dire "*normativa*" – tra sovrapposizione apparente e sovrapposizione effettiva tra enti: ancora una volta, l'utilità di queste categorie può risiedere nel fatto che esse consentono di fare luce sul tipo di rapporto tra organizzazioni che viene assunto come presupposto per l'applicazione di misure decisamente diverse quanto a finalità e effetti, ma comunque incisive sulla vita dell'ente lecito (confisca o "*incapacitazione*" da un lato, bonifica dall'altro).

Se, infatti, si parte dall'assunto che, non solo ai fini della confisca di prevenzione ma anche della confisca penale *ex art. 416 bis* comma 7 c.p., si richiede la sostanziale fittizietà, l'originaria illiceità (provata o presunta per sproporzione) oppure la stabile strumentalità dell'ente lecito rispetto a quello illecito – dal momento che questi sono i tratti identificativi delle imprese "*mafiose*" – allora, per dare un senso alla distinzione tra categorie che così fortuna hanno avuto nella giurisprudenza, l'impresa a partecipazione mafiosa deve *necessariamente* coincidere con quell'attività in cui, nonostante i collegamenti – *rectius* cointeressenze – con l'organizzazione criminale, non si può riscontrare una *sostanziale alterazione del ciclo aziendale*, come quella che si verifica nell'impresa mafiosa, potendo essere circoscritto l'influsso della consorterìa criminale¹²⁵.

Che l'idea di impresa a partecipazione mafiosa evochi una forma di sovrapposizione effettiva tra enti lo si può ricavare anche dall'elaborazione giurisprudenziale sul tema,

¹²⁴ MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 339 ss.

¹²⁵ Recepisce questa impostazione la già citata Cass., Sez. V, 27 settembre 2019, n. 10983, Rv. 278884. In senso analogo Cass., Sez. II, 6 giugno 2019, n. 31549.

che nasce da quell'impostazione storico-criminologica di cui si è detto in precedenza: l'impresa a partecipazione mafiosa viene ritenuta tale – e si distingue dall'impresa mafiosa originaria – perché in essa si ravvisa una «*compresenza di interessi, soci e capitali illegali, con interessi, soci e capitali legali*»¹²⁶. Il che equivale a dire che questo tipo di impresa si caratterizza per il fatto che in essa, sostanzialmente, coesistono e sono collegate due strutture organizzative – l'una lecita, l'altra criminale – a cui corrispondono due attività che, sebbene altrettanto collegate, sono comunque distinguibili, e che, pertanto, dovrebbero rendere distinguibili anche le utilità che ad esse possono essere imputate.

Non coglie nel segno l'obiezione secondo cui il carattere unitario dell'azienda non consentirebbe la distinzione tra risorse lecite e risorse illecite, e dovrebbe portare alla confisca dell'intero compendio aziendale¹²⁷, poiché si appunta su un dato giuridico-formale e non tiene conto del circoscritto influsso dell'associazione criminale che è il necessario presupposto affinché si possa discutere di impresa a partecipazione mafiosa: se le due strutture esistono, se l'influenza di quella illecita è limitata e, quindi, non vi è stata una *sostanziale* alterazione del ciclo aziendale lecito, non si vede per quale ragione non si possa ricostruire il percorso che dall'organizzazione lecita all'attività lecita – priva delle ingerenze dell'organizzazione mafiosa – ha determinato l'acquisizione di risorse che, per ciò, sono pienamente lecite e non confiscabili¹²⁸. Rinunciare ad accertamenti di questo tipo – e accontentarsi della verifica di un mero rapporto di «*cointeressenza*» e di una non meglio precisata influenza dell'organizzazione illecita su quella lecita, per confiscare società nella loro interezza – contrasta con le esigenze normative connesse alla distinzione tra sovrapposizione apparente e sovrapposizione effettiva tra enti, e determina, come autorevolmente osservato¹²⁹, forti tensioni rispetto ai principi costituzionali in tema di proprietà privata e di libera iniziativa

¹²⁶ Vedi *supra* n. 116.

¹²⁷ Da ultimo Cass., Sez. V, 8 marzo 2019, n. 32017, Rv. 277099, che richiama sul punto Cass., Sez. V, del 30 aprile 2009, n. 17988, Rv. 244802, nonché Cass., Sez. II, 8 febbraio 2007, n. 5640.

¹²⁸ Nella diversa ma attigua materia della confisca penale, si sta iniziando a riscontrare una linea di tendenza che pretende, ove risulti possibile, una separazione tra i due piani, «*ben potendo l'attività delittuosa attribuita all'indagato essere separata da quella lecitamente svolta*» (così Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 21741, Rv. 281516). Sul punto anche VISCONTI, *Il controllo giudiziario*, cit., 252.

¹²⁹ MAUGERI, *La Suprema Corte*, cit., 342, nonché, di recente, ID., *Prevenire il condizionamento*, cit., 116-117, ove si osserva che l'utilizzo strumentale della categoria dell'impresa mafiosa rischia di determinare letture in contrasto, tra l'altro, con l'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, in considerazione del fatto che, spendendo la nozione di «*impresa mafiosa*» per legittimare la confisca di intere società, si arriverebbe all'applicazione di «*una diversa forma di confisca generale dei beni, senza accertare né il valore sproporzionato dei beni da confiscare, né l'origine illecita*».

economica, oltre che rispetto a quel diritto di associazione che trova una così ampia consacrazione nella nostra Carta fondamentale.

Non sembra nemmeno particolarmente condivisibile quell'impostazione che, per legittimare la confisca di intere aziende nonostante l'esistenza e operatività della struttura lecita, al dato dell'unitarietà giuridica dell'azienda aggiunge quello temporale, costituito dal fatto che l'agevolazione della consorceria mafiosa è risalente nel tempo «*in un circuito di illecite cointeressenze*»¹³⁰: un'interpretazione di questo tipo è in contrasto con il dettato normativo e, in particolare, con l'art. 34 Cod. Antimafia che, alla luce di un confronto con l'ambito di operatività della confisca segnato dall'art. 24 e del controllo giudiziario delle aziende di cui al successivo art. 34 *bis*, oggi trova come suo naturale ambito di applicazione la zona grigia posta tra i due estremi dell'impresa mafiosa e quelli della “*agevolazione occasionale*”, vale a dire i casi di agevolazione *non occasionale*, in cui il rapporto tra le due organizzazioni si pone, evidentemente, con una certa stabilità sul piano temporale¹³¹.

In buona sostanza, non può essere etichettata come “*impresa mafiosa*” quella struttura societaria complessivamente lecita che abbia operato, sia pure con un certa proiezione temporale, sotto l'influenza dell'associazione criminale, ove non sia riscontrabile una sostanziale alterazione del ciclo aziendale e solamente per il fatto di essere legata da un rapporto di “*cointeressenza*” più o meno stabile con l'organizzazione mafiosa: in questi casi ciò che viene all'attenzione dell'interprete è, a ben vedere, una forma di sovrapposizione effettiva tra enti (l’*impresa a partecipazione mafiosa*”), e, perciò, l'unica conseguenza che a tale tipo di accertamento può essere collegata è costituita dall'applicazione di quel paradigma “*recuperatorio*” che rappresenta l'unica risposta proporzionata alle esigenze di tutela di tutti quei diritti inestricabilmente connessi all'effettivo esercizio dell'attività d'impresa.

L'inquadramento di questo rapporto tra organizzazioni, caratterizzato da più o meno durevoli cointeressenze, all'interno della categoria dell'impresa a partecipazione mafiosa – e dunque tra le ipotesi di sovrapposizione effettiva tra enti, piuttosto che tra i sotto-tipi di “*impresa mafiosa*” – dovrebbe contribuire a evidenziare la necessità di

¹³⁰ Cass., Sez. III, 7 novembre 2007, n. 6444, Rv. 238819.

¹³¹ Si v. VISCONTI, *Il controllo giudiziario*, cit., 245, ove, nel valorizzare la progressività della risposta ordinamentale al pericolo di infiltrazioni mafiose e, in particolare, al rischio di agevolazioni, si rileva, appunto, che l'amministrazione giudiziaria ex art. 34 costituisce un aggravamento della misura del controllo giudiziario «*li dove si ritenga che non ci si trovi in presenza di un'agevolazione meramente occasionale quanto di una agevolazione stabile*». In senso analogo, SIRACUSANO, *L'impresa a “partecipazione mafiosa” tra repressione e prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, 63 ss.

sottoporre a confisca, in luogo dell'intera società, esclusivamente gli apporti illeciti, che risultino sproporzionati o frutto o reimpiego di attività illecite¹³².

4. *Conclusioni.* L'analisi sui possibili rapporti tra le due diverse tipologie di enti consente, in conclusione, alcune osservazioni puntiformi.

L'accostamento tra associazioni criminali e società commerciali potrebbe essere definito utilizzando il concetto di "sovrapposizione" tra enti: con tale espressione s'intende alludere, non alla coincidenza perfetta tra i due tipi di soggetti collettivi – sotto il duplice profilo dei soggetti che li compongono e dei mezzi a loro disposizione – ma alla possibile coesistenza – e connessione – tra due organizzazioni teleologicamente orientate, all'interno del medesimo contesto spazio-temporale.

Da un punto di vista giuridico, non è possibile ridurre il fenomeno alla mera esistenza di accordi paralleli, di diversa natura, tra più soggetti: l'*ubi consistam* della sovrapposizione tra enti è dato dalla compresenza di due strutture organizzative.

La prassi ha portato alla luce diverse forme di sovrapposizione, che potrebbero essere declinate, secondo due categorie: quella definibile come "sovrapposizione apparente" tra enti, che identifica le ipotesi in cui l'unico ente, sostanzialmente esistente e operativo, è quello illecito; l'altra come "sovrapposizione effettiva" tra enti, che raggruppa in sé tutti i casi in cui, entrambi gli apparati esistono, risultano adeguati al perseguimento dei loro obiettivi e, in certa misura, sono tra loro connessi.

Il legislatore, nel fornire una risposta alla convergenza tra associazioni criminali e società commerciali, sembra aver recepito la distinzione tra "sovrapposizione apparente" e "sovrapposizione effettiva" tra enti: da questa distinzione – che ormai vive, a tutti gli effetti, nell'ordito normativo – dipende l'applicazione del paradigma "confiscatorio", che determina la confisca o la liquidazione dell'ente, oppure del paradigma "recuperatorio", che incentiva il recupero, la bonifica della struttura aziendale e la prosecuzione dell'attività d'impresa.

La differenza tra le due forme di sovrapposizione tra enti (e relativi paradigmi) non solo è legittima e trova riscontro nell'intelaiatura di alcuni istituti o nella gradualità di alcune discipline (come quella prevenzionistica), ma sembra necessaria, perché è nei casi di sovrapposizione effettiva – dove si individua un'organizzazione lecita in grado

¹³² Secondo il più condivisibile, ma al momento minoritario, orientamento della giurisprudenza di legittimità «*al di fuori dei casi di assoluta o prevalente natura illecita delle risorse impiegate*» occorre distinguere «*gli apporti leciti da quelli illeciti e sottoporre ad ablazione solo quelle parti, o quote di valore e di patrimonio, riferibili ai secondi*» (Cass., Sez. V, 17 maggio 2017, n. 31634, Rv. 270711, poi recentemente avallata da Cass., Sez. V, 23 ottobre 2019, n. 43405, in *Foro it.*, 2020, 11, 745).

di svolgere l'attività d'impresa - piuttosto che in quelli di sovrapposizione apparente, che l'esigenza di garantire la concorrenzialità del libero mercato deve tenere conto dell'altrettanto cogente necessità di tutelare da ingerenze non assolutamente indispensabili il diritto di associazione e la libertà di iniziativa economica.

L'utilità pratica della distinzione tra queste categorie può risiedere nel tipo di giudizio che esse *impongono*, data l'imperatività della disciplina che le racchiude, all'interprete: quando, a prescindere dalla sede dell'accertamento, dalla regola di giudizio che lo informa e dall'esistenza di ulteriori requisiti applicativi, una norma o una serie di norme richieda di stabilire se, in un determinato contesto spazio-temporale, vi sia una coesistenza tra strutture organizzative operative, orientate nel tempo e tra loro correlate, bisognerà procedere verificando preliminarmente se la struttura lecita è effettivamente esistente e operativa; se questa valutazione ha esito positivo, la struttura illecita dovrà essere ricostruita - i.e. l'accertamento dell'associazione per delinquere o dell'associazione di stampo mafioso dovrà essere condotto - senza trarre la prova della sua esistenza o della sua proiezione temporale da fatti, momenti e spazi di liceità, che afferiscono in modo esclusivo all'ente lecito, e che nulla hanno a che vedere con la stabile convergenza di condotte che ha determinato la nascita della consorteria criminale. Infine, occorrerà stabilire la natura del rapporto tra le due organizzazioni, e, in particolare, accertare se la società commerciale è subordinata all'associazione criminale.

In questo, l'impostazione categoriale potrebbe tornare, ancora una volta, utile, perché, partendo dalla riconduzione di più istituti normativi ad un tipo di sovrapposizione piuttosto che all'altro, si può cercare, attraverso un'interpretazione logico-sistematica, di definire maggiormente i contorni di giudizi che non sono particolarmente chiari nella lettera della legge, come, appunto, quello sulla strumentalità dell'ente lecito, sotteso all'ultimo comma dell'art. 24 *ter* d.lgs. 231/2001.

L'altro beneficio che, forse, potrebbe derivare dall'uso di questi concetti - e dal tenere a mente la loro importanza rispetto alla distinzione tra paradigma recuperatorio e confiscatorio - potrebbe essere quello di evitare che categorie come quella di "*impresa mafiosa*" e di "*impresa a partecipazione mafiosa*" vengano spese per legittimare applicazioni poco ragionate, estremamente variabili, di misure particolarmente incisive sui diritti e le prerogative dei singoli e delle formazioni sociali che nascono dalla loro iniziativa.

Una revisione delle categorie criminologiche di "*impresa mafiosa*" e di "*impresa a partecipazione mafiosa*" potrebbe essere condotta proprio in base alla distinzione -

questa non criminologica, ma, come si è detto, normativa – tra sovrapposizione apparente e sovrapposizione effettiva tra enti: interpretare la disciplina delle misure di prevenzione o delle misure di sicurezza avendo la consapevolezza delle irriducibili differenze tra le ipotesi in cui l’ente lecito è inesistente – o totalmente asservito all’organizzazione criminale – e le ipotesi in cui l’ente lecito ha una sua autonomia strutturale e operativa, dovrebbe tenere riparo dalla tentazione di ricondurre alla nozione di “*impresa mafiosa*”, ontologicamente illecita e perciò confiscabile, rapporti tra organizzazioni che mettono sì in luce un’ingerenza illecita nell’attività imprenditoriale, ma che non si traducono nella strumentalizzazione o nel controllo totalizzante dell’associazione criminale sulla società commerciale; come accade nei casi in cui l’impresa – lo si ripete – dotata di sua autonomia, operi, sia pure con una certa stabilità temporale, “*in cointeressenza*” con l’associazione mafiosa: rispetto a questi casi l’impresa non può dirsi “*mafiosa*” ma solo “*a partecipazione mafiosa*”, proprio in considerazione del fatto che il legame tra enti assume le forme non di una sovrapposizione apparente, ma di una sovrapposizione effettiva e, pertanto, l’unica risposta normativa che possa dirsi accettabile, se raffrontata con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità, è costituita dalla bonifica e dal recupero dell’attività aziendale, e non certamente dalla confisca della società nella sua interezza.

Si può dunque ottenere un uso più consapevole delle categorie dell’“*impresa mafiosa*” e dell’“*impresa a partecipazione mafiosa*”, evitando sconfinamenti interpretativi che portino ad un’indebita ablazione di enti leciti, autonomi e operativi, proprio sulla base della distinzione tra i due tipi di sovrapposizione.

Più in generale, avere la consapevolezza che più istituti condividono la stessa matrice, la stessa forma di sovrapposizione tra enti, potrebbe evitare, nel «*paradosso del mille-piedi*» dato dalla confluenza di più discipline verso la medesima vicenda concreta¹³³, che la mancanza di un coordinamento sul piano normativo determini esiti assolutamente irragionevoli, come il sequestro, l’ablazione definitiva o la morte di una società commerciale che, in base ad altre disposizioni di legge, sia, con gli accorgimenti organizzativi del caso e la necessaria attività di recupero aziendale, in condizione di operare come utile strumento nel libero mercato.

¹³³ Espressione evocata da MELILLO, *La responsabilità da reato degli enti. Forme di criminalità, tipologie di enti e risposta sanzionatoria*, relazione svolta nel convegno *Strumenti di prevenzione della criminalità d’impresa e della criminalità mafiosa: dalla responsabilità da reato degli enti ai protocolli di legalità*, organizzato a Palermo il 19 e 20 novembre 2010 dalla Formazione decentrata del CSM e dal Dipartimento Dems dell’Università di Palermo (pag. 11 del dattiloscritto), citato da VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., 724.

Perciò, la distinzione tra le due forme di sovrapposizione dovrebbe impedire letture del dettato normativo che, ad esempio, portano ad escludere la confisca di prevenzione dell'intera società per mancanza del requisito della «*preponderanza dell'attività illecita rispetto a quella lecita*», ma, allo stesso tempo, ammettono la confisca penale del medesimo ente come strumento del reato¹³⁴: approcci di questo tipo obliterano il valore che è stato riconosciuto nel tempo al nesso di stabile funzionalità che qualifica il rapporto tra la *res* e il reato¹³⁵, e si rendono portatori di una insanabile contraddizione in termini, essenzialmente perché il presupposto della confisca di prevenzione – dato, come si diceva, dalla «*assoluta preponderanza dell'attività illecita su quella lecita*» – descrive, sostanzialmente, la stessa situazione di fatto – la stessa forma di sovrapposizione – che viene assunta come presupposto per affermare la strumentalità dell'ente lecito rispetto a quello illecito secondo la disciplina penale, vale a dire «*il durevole asservimento della stessa [N.d.R. società] e del suo patrimonio alla commissione delle attività illecite [N.d.R. che la qualifica] quale società strutturalmente illecita o di comodo*»¹³⁶.

È evidente che finora la distinzione tra sovrapposizione apparente e sovrapposizione effettiva tra associazioni criminali e società commerciali è stata evocata e valorizzata come strumento interpretativo, appannaggio degli operatori del diritto, affinché possa fungere da presidio ad una corretta e ragionevole interpretazione della disciplina vigente. Ma, nel momento in cui si pone a mente la sua (necessaria) relazione con la più volte richiamata distinzione tra paradigma “*confiscatorio*” e “*recuperatorio*”, il distinguo tra le due forme di sovrapposizione potrebbe rivelare potenzialità ulteriori: se il doppio binomio “*sovrapposizione apparante-paradigma confiscatorio*”/“*sovrapposizione effettiva-paradigma recuperatorio*” è l'unico che, per le ragioni anzi dette¹³⁷, possa dirsi rispettoso dell'esigenza di limitare la compressione di diritti fondamentali nella misura *strettamente necessaria* per la tutela della concorrenzialità del mercato, allora

¹³⁴ Si fa riferimento alla già citata Cass., Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 31634, § 8.2, che, pur privilegiando, apprezzabilmente, sul terreno della confisca di prevenzione, un approccio volto a distinguere l'attività lecita da quella illecita, sulla base del fatto che «*un'impresa, e, meglio, un complesso aziendale possono dirsi interamente "contaminati" e, come tali, suscettibili di ablazione nella totalità dei beni che la compongono, in quanto l'attività illecita sia preponderante, per valore, rispetto a quella lecita*», osserva: «*se l'impresa abbia un patrimonio in parte significativa di provenienza lecita, ma sia utilizzata come strumento illecito da un sodalizio di tipo mafioso, la sua ablazione potrà essere eventualmente disposta a norma dell'art. 416-bis c.p., comma 7, quale utilità rientrante nella categorie delle "cose servirono o furono destinate a commettere il reato"*».

¹³⁵ V. *supra* par. 3.

¹³⁶ V. *supra* n. 85.

¹³⁷ V. *supra* parr. 2.3 e 3.

quest'impostazione categoriale, che esalta le due diverse forme di relazione tra enti, può fungere, se non da vincolo, quantomeno da criterio-guida per il Legislatore che si appresti ad intervenire in uno dei molteplici settori dell'ordinamento in cui viene disciplinata l'ingerenza delle organizzazioni criminali nell'economia lecita.

In altre parole, qualsiasi futuro, auspicabile, intervento di razionalizzazione della materia dovrebbe partire da una constatazione preliminare sul tipo di rapporto tra strutture che si vuole porre a fondamento di un determinato istituto: forme di sovrapposizione apparente possono legittimare risposte tipiche del paradigma confiscatorio, mentre forme di sovrapposizione effettiva dovrebbero implicare *esclusivamente* l'applicazione di misure che costituiscono espressione dell'esigenza di recupero dell'attività aziendale, perché, solo in questo modo, può essere garantita una reazione ordinamentale coerente con i diritti fondamentali che entrano in gioco (proprietà, diritto di associazione e libertà di iniziativa economica), oltre che con il correlato test di proporzionalità, che ha già avuto un significativo riconoscimento sia a livello nazionale che sovranazionale.