

OSSERVATORIO SULLA CORTE DI CASSAZIONE

Partecipazione associativa

La decisione

Partecipazione associativa - Concorso esterno - Affiliazione rituale (C.p. artt. 416, 416-bis; c.p.p. art. 618, co. 1-bis).

Il reato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si consuma nel momento in cui il soggetto entra a far parte dell'organizzazione criminale, senza che sia necessario il compimento, da parte dello stesso, di specifici atti esecutivi della condotta illecita programmata, poiché, trattandosi di reato di pericolo presunto, per integrare l'offesa all'ordine pubblico è sufficiente la dichiarata adesione al sodalizio con la c.d. "messa a disposizione", in quanto idonea ad accrescere, per ciò solo, la potenziale capacità operativa ed intimidatoria dell'associazione criminale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 31 maggio 2017 (10 maggio 2017)
DIOTALLEVI, *Presidente* - RAGO, *Relatore* - GALLI, *P.G.* - Pontari e altri
ricorrenti.

La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante tra legalità penale e disorientamenti ermeneutici

Con la sentenza in commento la Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi sulla problematica nozione di partecipazione all'associazione di tipo mafioso, recuperandone, con un imprevedibile *revirement contra reum*, il sorpassato modello organizzatorio puro.

A partire da questa pronuncia, il lavoro ricostruisce gli orientamenti ermeneutici in tema di partecipazione *ex art.* 416-bis c.p. e s'interroga sulle possibili ricadute di decisioni eccentriche rispetto ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite, anche a fronte dell'introduzione del comma 1 bis dell'art. 618 c.p.p. e della nozione di legalità accolta dalla Corte EDU.

With the judgment under examination the Court of cassation has once again ruled on the problematic definition of the crime of participation in mafia association, reintroducing, with an unpredictable revirement contra reum, an outdated restrictive interpretation.

Starting from this judgment, the paper reconstructs the hermeneutical guidelines on associative participation and questions the possible effects of decisions that deviate from the principles laid down by the United Sections of the Supreme Court. It also takes into account the new art. 618, paragraph 1 bis, c.p.p. and the notion of legality accepted by the European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Gli orientamenti in tema di partecipazione associativa. - 2.1. Dalla concezione psicologica al paradigma causale - 2.2. Il modello organizzatorio puro. - 2.3. La concezione mista ed il modello "organizzatorio rafforzato". - 3. I punti deboli della sentenza: l'inesatta rassegna degli orientamenti ermeneutici in tema di partecipazione. - 3.1. L'accoglimento del modello organizzatorio puro e la confutazione degli argomenti a favore di quello causale o di quello 'organizzatorio rafforzato'. La valenza dell'espressione "*far parte*". - 3.2. La disamina strutturale della fattispecie. - 3.3. La mistificazione del *dictum* delle Sezioni unite Mannino *bis*. - 3.4. La rilevanza dell'affiliazione rituale. - 4. Le oscillazioni ermeneutiche registrate in altre recenti pronunce di legittimità. - 5. Conclusioni.

1. Introduzione

La Corte di cassazione, di recente, è tornata nuovamente a pronunciarsi sulla nozione di partecipazione all'associazione di tipo mafioso penalmente rilevante, operando un imprevedibile *revirement contra reum*.

I giudici di legittimità, investiti del compito di verificare la correttezza dell'applicazione dell'art. 416-*bis*, primo co., c.p. operata dalla Corte di Appello di Reggio Calabria, oltre che di valutare la tenuta motivazionale sul punto della impugnata sentenza, sembrano, infatti, riabilitare il sorpassato modello organizzatorio puro e, in taluni passaggi, addirittura strizzare l'occhio alla concezione meramente psicologica della partecipazione all'associazione.

2. Gli orientamenti in tema di partecipazione associativa

Prima di procedere ad una disamina critica della sentenza indicata in epigrafe, pare opportuno rammentare i diversi orientamenti ermeneutici formatisi, nel tempo, in tema di partecipazione associativa.

Sul punto, in verità, si è registrata una "pluralità disorientante"¹ di indirizzi interpretativi, a causa dell'assoluta indeterminatezza del referente normativo², oltre che della tendenza della giurisprudenza a modellare, di volta in volta, sulla quantità e qualità degli elementi probatori a disposizione, una nozione *ad hoc* di partecipazione³, innescando anche in questo caso quel deprecabile

¹ Così FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, 87. In proposito si è altresì osservato che una tale proliferazione dei modelli interpretativi sia «spia di un malessere profondo, che attesta l'avvenuta implosione- in rapporto ad un capitolo fondamentale del diritto penale del nostro Paese- del quadro garantistico e di razionalità ordinante, proprio del *nullum crimen*», così MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente, Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di Fornasari, Melchionda, Piccotti, Viganò, Padova 2005, 171.

² A tal proposito, si è parlato di "tipicità inafferrabile" della fattispecie contenuta nell'art. 416-*bis* c.p., MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II, Napoli, 2000, 65. Tali osservazioni critiche, peraltro, sono rivolte dall'Autore all'intera categoria dei reati associativi, problematici non solo rispetto al principio di tipicità, ma anche rispetto agli altri principi di diritto penale di marca costituzionale.

Per una disamina critica delle fattispecie associative sotto il profilo dei principi fondamentali della materia penale, si rinvia, *ex multis*, a CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, 81 e ss.; DE FRANCESCO, *Ratio di garanzia ed esigenze di tutela nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1982, 888 e ss.; DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 385 e ss.; PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 418 e ss.; nonché, in tempi più recenti, CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, in *Ind. pen.*, 2004, 1009; PLANTAMURA, *Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 389 e ss.

³ Ed infatti, vi è chi ha affermato che l'art. 416-*bis* c.p. rappresenti, al pari degli altri reati associativi, una "fattispecie a formazione processuale", osservando che «il processo è la cartina di tornasole delle sue

fenomeno della processualizzazione o sociologizzazione delle categorie penali che, sovente, si registra nella legislazione antimafia, come ha dimostrato, da ultimo, il dimorfismo del nuovo articolo 416-ter c.p. dopo la riforma del 2014 e quello del 'metodo mafioso' nell'art. 416-bis c.p. in seguito alla sua applicazione alle mafie al nord⁴.

Procediamo tuttavia con ordine, indicando in modo diacronico la progressiva evoluzione del modello di partecipazione penalmente rilevante che ha consentito di abbandonare concezioni onnivore di partecipazione, di carattere meramente psicologico, per transitare verso più rassicuranti concezioni miste.

2.1. Dalla concezione psicologica al paradigma causale.

Secondo l'orientamento storicamente più risalente, la condotta di partecipazione consisterebbe in un mero atteggiamento interiore di adesione psichica al sodalizio criminale. Il partecipe, dunque, sarebbe tale in forza di una deliberata messa a disposizione soggettiva delle proprie forze in favore dell'associazione.

Tale concezione di partecipazione pareva, tuttavia, assolutamente insufficiente, recando con sé una pluralità di problemi di non agevole soluzione, quali la difficoltà (*recte*: l'impossibilità) di accertare l'avvenuta maturazione della scelta di adesione nel foro interno dell'associato, il rischio di attribuire rilevanza penale ad una mera manifestazione di volontà ed il possibile *vulnus* ai principi di personalità della responsabilità penale e di offensività⁵.

Sotto la spinta della dottrina, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, la concezione meramente psichica della partecipazione ha ceduto il passo al modello causale⁶.

ambiguità e della sua labilità contenutistica; dietro questa insostenibile inconsistenza aleggia lo spettro mai fugato- *dell'inquisitio generalis*. Il processo costruisce il suo oggetto: la fattispecie di reato è svilata a pretesto, a elemento propulsore contingente e fungibile», così CERULO, *Il trionfo dei reati associativi*, cit., 1009. Nello stesso senso, vi è chi ha parlato dei reati associativi come "strumenti di coazione processuale", così INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 283.

⁴ Per una analisi di tale fenomeno, nelle esemplificazioni indicate, si rinvia a AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dominatici ed applicativi*, Roma, 2017, 262 ss; ID., *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, in *Giur. it.*, fasc. 4, 2018, 956 ss.

⁵ A tal proposito, si è osservato che ritenere che la fattispecie oggettiva del reato di partecipazione associativa si sostanzia nella mera manifestazione di volontà di aderire al sodalizio «ingenera il rischio che ciascun associato venga chiamato a rispondere di risultati addebitabili, più che al suo personale contributo, all'operato dell'associazione complessivamente considerata», FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 17.

⁶ La ricostruzione della partecipazione in termini meramente psichici mantenne, in realtà, qualche attrattiva in ordine all'accertamento dell'intraneità alle associazioni di stampo mafioso. Ed infatti, nei maxiprocessi alla camorra napoletana e alla mafia siciliana, si ritenne necessaria e sufficiente, ai fini dell'in-

Nella sentenza Arslan del 1985⁷, infatti, la Corte di cassazione ritenne che la condotta di partecipazione all'associazione (nel caso di specie, dedita al traffico internazionale di stupefacenti⁸) si concretasse nel «contributo cioè minimo ma non insignificante dal singolo apportato alla vita della struttura associativa ed in vista del perseguimento dei suoi scopi».

Il *revirement* della Suprema Corte nacque, in verità, dalla consapevolezza della necessità di porre rimedio al *deficit* di tassatività della fattispecie di cui all'art. 416-*bis*, primo co., c.p.: imporre all'interprete di individuare concretamente il contributo causale apportato dal singolo associato alla vita del sodalizio consentiva, infatti, di rendere la condotta di partecipazione associativa maggiormente afferrabile e, dunque, più conforme ai principi fondamentali del diritto penale di marca costituzionale⁹.

Per tale motivo, l'emersione del modello causale fu salutata con favore dalla dottrina, che riconobbe al nuovo paradigma il merito di rendere maggiormen-

tegrazione del reato di cui all'art. 416-*bis*, primo co., c.p., la prova di un'adesione impegnativa a tali sodalizi. La Suprema Corte, ad esempio, concludendo il maxiprocesso contro la "Nuova famiglia" di Antonio Bardellino, affermò che il presupposto della punibilità *ex* art. 416-*bis*, primo co., c.p. fosse «unicamente la deliberata, volontaria adesione ad un sodalizio o consorteria o clan, del quale non s'ignorano funzioni, modalità di azione e finalità, con la consapevole determinazione di offrire la propria incondizionata disponibilità ad operare per il conseguimento dei fini associativi» (Cass., Sez. I, 4 febbraio 1988, Barbella e altri, in *Cass. pen.*, 1989, 1988 ss.). Nello stesso senso, la Corte di cassazione, nel confermare l'operato dei giudici di merito nel primo maxiprocesso a Cosa nostra, ritenne, valorizzando il dato dell'affiliazione rituale, che «la prova del contributo causale, seppur mancante nel caso della semplice adesione non impegnativa, è immanente, invece, nell'obbligo solenne di prestare ogni propria disponibilità al servizio della cosca, accrescendo così la potenzialità operativa e la capacità di inserimento subdolo e violento nel tessuto sociale, anche mercé l'aumento numerico dei suoi membri», concludendo, dunque, che «tale conclamata disponibilità costituisca essa stessa un contributo alla vita dell'ente» (Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate e altri, in *Foro it.*, 1993, 15 ss.).

Per un commento delle pronunce appena citate si rinvia a VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 140 ss.

⁷ Cass., Sez. I, 24 aprile 1985, Arslan, in *Cass. pen.*, 1986, 822 ss.

⁸ Accoglie il paradigma causale, facendo specifico riferimento all'associazione di tipo mafioso, la sentenza Clementi (Cass., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, 560 ss.), nella quale si afferma «la condotta di partecipazione all'associazione per delinquere di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. è a forma libera, nel senso che il comportamento del partecipe può realizzarsi in forme e contenuti diversi, purché si traduca in un contributo non marginale ma apprezzabile alla realizzazione degli scopi dell'organismo».

⁹ A tal proposito, si è attribuito alla sentenza Arslan il merito di introdurre il "discorso costituzionalmente orientato", così VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 129. L'Autore riconosce, tuttavia, un rovescio della medaglia, osservando che «il paradigma oggettivo-causale, infatti, se da un lato tende a conferire un più rassicurante spessore materiale alla condotta punibile, dall'altro non pare altrettanto in grado di incrementare il tasso di determinatezza della nozione normativa di partecipazione associativa», dal momento che «il risolversi del giudizio di tipicità nell'accertamento del nesso causale tra il contributo dell'agente e la vita dell'associazione, non consente all'interprete di disporre di un ventaglio predeterminato di condotte punibili prescindendo dalla realtà criminale in concreto giudicata» (op. ult. cit., 132).

te corpora ed afferrabile la nozione penalmente rilevante di partecipazione associativa, superando le incertezze legate alla concezione meramente psicologica¹⁰.

D'altra parte, però, l'accoglimento del modello causale ha destato più d'una perplessità, rivelandosi insufficiente quantomeno sotto un duplice profilo¹¹.

In primo luogo, infatti, si è affermato che tale paradigma, fondando la tipicità del reato di partecipazione (unicamente) sulla verifica dell'efficienza causale del contributo prestato dall'associato a vantaggio del sodalizio, non coglierebbe il *quid proprii* della partecipazione mafiosa, il nucleo di senso dell'espressione "*fare parte*", usata, non a caso, dal legislatore per indicare la compenetrazione dell'associato nel tessuto associativo.

Il modello causale presenterebbe, inoltre, una "*vocazione onnivora*", poiché, ancorando la rilevanza penale della condotta dell'associato alla prova della prestazione di un qualsiasi contributo dotato di efficienza eziologica, consentirebbe di punire *ex art. 416 bis*, comma primo, c.p., anche chi, lungi dall'essere organicamente inserito nel sodalizio, rechi allo stesso un singolo aiuto *ab externo*, annullando, di fatto, l'autonomo ambito di operatività del concorso esterno¹².

2.2. Il modello organizzatorio puro

Ecco, dunque, che, sulla scorta dei rilievi critici della dottrina, la giurisprudenza elaborò un nuovo modello, cd. organizzatorio, di partecipazione, affidando rilievo preminente all'inserimento del partecipe nella compagine associativa, ed esigendo, dunque, che all'*affectio societatis* corrispondesse un atto di accettazione da parte degli altri membri dell'associazione.

Secondo il paradigma organizzatorio, infatti, l'*intranseus* s'identificherebbe «con un soggetto la cui volontà di operare a favore dell'associazione trovi ri-

¹⁰ Così FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso*, cit., 88. Gli Autori individuano la ragione dell'emersione del modello causale, oltre che nella necessità di dare corposità alla nozione di partecipazione, nell'influenza esercitata dal principio di causalità, inteso quale criterio generale di rilevanza penale della compartecipazione criminosa, evidenziando, però, che «il linguaggio della causalità, piuttosto che riuscire ad esprimere la ragione penalistica della rilevanza delle condotte partecipative, rischia di falsarla».

¹¹ Per i rilievi critici che seguono si rinvia a MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, 102 e 106.

¹² Occorre, tuttavia, precisare che, per altro verso, parte della dottrina ritiene che il modello causale-debitamente integrato dai criteri di idoneità, pregressa durata minima e tendenziale protrazione a tempo indeterminato della condotta- risulti preferibile perché più rispettoso dei principi di *extrema ratio*, frammentarietà ed offensività. Così, CAVALIERE, *L'associazione di tipo mafioso*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Moccia, V, Napoli, 2007, 429 ss. Nello stesso senso, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 142 ss.

scontro in un'altrettanta univoca e concorde decisione di inserirlo nel tessuto organizzativo, risoltasi con l'affidare a tale soggetto un «ruolo» stabile e permanente all'interno di quest'ultimo»¹³.

Il modello organizzatorio-strutturale fu adoperato, in giurisprudenza, a partire dalla sentenza Graci- nella quale i giudici di legittimità osservarono che la condotta prevista dal primo comma dell'art. 416-*bis* c.p. consista nel «fare parte dell'associazione, cioè nell'esserne membro attraverso un'adesione alle regole dell'accordo associativo e un inserimento, di qualunque genere, nell'organizzazione, con carattere di permanenza»¹⁴- e collaudato poi, poco dopo, dalle Sezioni unite nella sentenza Demitry¹⁵.

Nel primo intervento in tema di concorso esterno, infatti, la Corte riunita nella sua più autorevole composizione, una volta ammessa la configurabilità del reato di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p., si prodigò, al fine di fondarne la tipicità¹⁶, nell'operazione *finium regundorum* con la fattispecie di partecipazione. Se, dunque, le Sezioni unite affibbiarono al concorrente esterno il ruolo di mantenere in vita, mediante un apporto salvifico, l'associazione nel momento in cui la sua fisiologia entra in «fibrillazione», ritennero, invece, accogliendo il paradigma organizzatorio, che la condotta di partecipazione dovesse «rispecchiare un grado di compenetrazione del soggetto con l'organismo criminale, tale da potersi sostenere che egli, appunto, faccia parte di esso, vi sia stabilmente incardinato, con determinati, continui, compiti, anche per settori di competenza».

Il nuovo modello accolto dalla giurisprudenza presentava, per la verità, più di un pregio sotto il profilo della legalità *sub specie* tassatività, poiché consentiva, ad un tempo, di cogliere l'essenza stessa del concetto di partecipazione e di tracciarne il distinguo con il concorso esterno.

Il paradigma organizzatorio, infatti, da un lato, diversamente dal modello causale, valorizzava il *proprium* della condotta di partecipazione, vale a dire, «il vincolo funzionale in senso operativo che lega ogni adepto alla struttura associativa»¹⁷, e, dall'altro, fondando la tipicità del reato sulla compenetrazione or-

¹³ DE FRANCESCO, *Gli articoli 416, 416-bis, 416-ter, 417, 418 c.p.*, in *Mafia e criminalità organizzata*, I, Torino, 1995, 34.

¹⁴ Cass., Sez. feriale, 1 settembre 1994, Graci, in *Cass. pen.*, 1995, 539.

¹⁵ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842 ss., con nota di IACOVIELLO.

¹⁶ Sul potere autenticamente normativo esercitato dalla giurisprudenza in tema di concorso esterno in associazione mafiosa AMARELLI, *Contiguità mafiosa e controllo penale: dall'euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2018, 87 ss.; DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 73 ss.

¹⁷ Così FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso*, cit., 88-89. Nello stesso senso,

ganica dell'associato nel tessuto del sodalizio, permetteva altresì di tracciare agevolmente una linea di confine con la figura del concorrente eventuale, che favorisce *ab externo* il sodalizio, senza esservi, cioè, inserito.

Nonostante il pregevole carattere tassativizzante, il modello organizzatorio prestava ugualmente il fianco ad una obiezione tutt'altro che irrilevante. Ed infatti, poiché all'affidamento di un ruolo ben potrebbe non conseguire un effettivo adempimento dei compiti ad esso collegati, tale paradigma rischia, a ben riflettere, di offrire una nozione formale e soggettivistica di partecipazione¹⁸, non così lontana da quella proposta dai fautori della concezione psicologica, e scarsamente compatibile, dunque, con i principi di materialità ed offensività.

2.3. La concezione mista ed il modello 'organizzatorio rafforzato'

La coscienza, dunque, dell'insufficienza dei modelli causale ed organizzatorio singolarmente considerati ha spinto all'elaborazione di un terzo modello - ad oggi prevalente, sia pure con le oscillazioni di cui la sentenza di seguito commentata è emblematica - risultante dalla combinazione degli stessi.

Ed infatti, il modello cd. misto tenta di conservare e conciliare i profili caratteristici delle concezioni pure, vale a dire, del modello organizzatorio, la necessità di verificare lo stabile inserimento del soggetto nel tessuto associativo, e di quello causale, l'esigenza di individuare un contributo ascrivibile allo stesso e di accertarne l'efficacia eziologica rispetto al rafforzamento del sodalizio.

Il modello misto è stato, tuttavia, diversamente declinato, attribuendo una rilevanza pregnante alla componente causale ovvero a quella strutturale¹⁹.

MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 108 e ss. *Contra*, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 250 e ss. L'Autore sostiene, infatti, che l'accoglimento del paradigma organizzatorio non sarebbe, invece, condivisibile sotto il profilo dei principi di materialità ed offensività.

¹⁸ Esemplicativa appare, in tal senso, la vicenda giudiziaria di Giuseppe Greco, figlio del noto boss mafioso Michele detto "il Papa", condannato per partecipazione all'associazione mafiosa in ragione delle dichiarazioni dei pentiti che lo indicavano quale "uomo d'onore" in virtù dell'avvenuta affiliazione rituale, nonostante questi avesse, poi, intrapreso la carriera di regista cinematografico, e, soprattutto, malgrado le precisazioni degli stessi collaboratori di giustizia, che chiarirono che la sua affiliazione non rappresentava altro che un favore nei confronti del padre, vista l'assoluta inidoneità del giovane ad essere arruolato nei ranghi di Cosa nostra. La vicenda è riportata da FIANDACA, *Orientamenti della cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di Barillaro, Milano 2004, 44-45.; VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 145-146.

¹⁹ A tal proposito, in dottrina, vi è chi, sposando la teoria cd. mista, e, dunque, ritenendo necessaria la compresenza delle componenti della *affectio societatis* e del contributo causale, evidenzia come le stesse possano diversamente combinarsi: ove, ad esempio, vi sia la prova dell'affiliazione rituale, sarebbe sufficiente, sul piano causale, un contributo minimo. L'Autore giunge, per tale via, ad affermare che il

In giurisprudenza, ad esempio, si è accolta una concezione mista per così dire debole, perché caratterizzata dalla preminenza riconosciuta al requisito della compenetrazione organica, nella sentenza Carnevale²⁰.

In tale pronuncia, infatti, le Sezioni unite, ancora una volta chiamate a pronunciarsi sull'ammissibilità del concorso esterno e a tracciarne il confine con la condotta di partecipazione, definiscono l'*intranseus* come chi «s'impegna a prestare un contributo alla vita del sodalizio, avvalendosi (o sapendo di potersi avvalere) della forza d'intimidazione del vincolo associativo, e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano, per realizzare i fini previsti», riconoscendo, però, un significato particolare all'espressione «far parte», adoperata dal legislatore al primo comma dell'art. 416-*bis* c.p., alla quale la Corte riunita ritiene non possa «attribuirsi il solo significato di condivisione meramente psicologica del programma criminoso e delle relative metodiche, bensì anche quello, più pregnante, di una concreta assunzione di un ruolo materiale all'interno della struttura criminosa, manifestato da un impegno reciproco e costante, funzionalmente orientato alla struttura e alla attività dell'organizzazione criminosa».

Le Sezioni unite, dunque, pur ammettendo che, ai fini dell'integrazione del reato di partecipazione all'associazione mafiosa, sia necessaria la verifica e dell'inserimento organico e della sussistenza di un contributo eziologicamente rilevante dell'associato nei confronti del sodalizio, sembrano, poi, a ben considerare, ridurre la prova dell'avvenuta prestazione di un tale apporto in quella della mera assunzione d'impegno ad attivarsi.

Una virata verso l'accoglimento di un modello misto forte si è registrato, invece, nella sentenza Andreotti²¹, di qualche anno successiva. La seconda sezione della Suprema Corte, infatti, dimostrò di attribuire il medesimo peso alla componente organizzatoria e a quella causale, definendo il partecipe come

reato di partecipazione all'associazione mafiosa sia altresì integrato in presenza di un contributo meramente episodico, a patto che lo stesso risulti, «per le sue qualità e caratteristiche intrinseche e per il suo livello particolarmente elevato», tale da compensare la scarsa significatività della componente organizzatoria. Così, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, III, Milano, 2015, 403 ss.

Eppure, il contributo meramente episodico, dotato di efficienza causale rispetto al macroevento conservazione/ rafforzamento del sodalizio, proveniente da un soggetto estraneo all'associazione mafiosa, lungi dall'integrare la condotta di partecipazione, sembra coincidere, invece, perfettamente con il concorso esterno, così come tipizzato dalle Sezioni unite, vale a dire, quale reato monosoggettivo di evento. Cfr. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 41 e ss; nonché, sia consentito, GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, 21 ss.

²⁰ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 322 ss., con nota di DE NORA.

²¹ Cass., Sez. II, 28 dicembre 2004, Andreotti, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 593 ss., con nota di CORVI.

«colui che viene accolto e accettato nel sodalizio, che non si limita ad una adesione ideologica espressa in termini di mera vicinanza o disponibilità, ma tiene un comportamento, estrinsecato nel porre in essere attività effettive, omogenee agli scopi del sodalizio, (...) tali da costituire un contributo concreto sul piano causale all'esistenza e rafforzamento del sodalizio», aggiungendo, inoltre, che la condotta di partecipazione «si sostanzia nella volontà dei vertici dell'associazione di includere in essa il soggetto e nell'impegno che costui ha assunto di contribuirne alla vita attraverso una condotta a forma libera ma in ogni caso tale da costituire un contributo apprezzabile e concreto sul piano causale all'esistenza o al rafforzamento del sodalizio, non è, dunque, sufficiente una condivisione meramente psicologica o ideale di programmi e finalità della struttura criminosa ma occorre la concreta assunzione di un ruolo materiale al suo interno poiché la partecipazione implica l'apporto di un contributo nella consapevolezza e volontà di collaborare alla realizzazione del programma societario»²².

L'adesione delle Sezioni unite al modello misto è stata, poi, successivamente ribadita nella loro più recente pronuncia in tema di concorso esterno, la sentenza *Mannino bis*²³, nella quale si definisce il partecipe come «colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo “è” ma “fa parte” della (meglio ancora: “prende parte” alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima».

La Corte riunita, dunque, sembra nuovamente accogliere una concezione mista di partecipazione poiché, valorizzando il carattere funzionale dell'inserimento dell'associato nel sodalizio, non si limita a considerare lo *status* acquisito dal partecipe nell'ambito della struttura associativa mediante l'ingresso nella stessa, ma mette in evidenza e richiede che sia provata anche la dimensione dinamica di tale ruolo.

Secondo il ragionamento della Corte, dunque, l'*intraneus* potrebbe essere definito come il soggetto che, inserito stabilmente ed effettivamente nell'asso-

²² Alla stregua di tale ragionamento, la Corte pervenne a rigettare il ricorso della Procura Generale avverso l'assoluzione dell'On. Andreotti proprio perché ritenne che, nonostante fossero evidenti i rapporti dell'ex Presidente del Consiglio con i referenti siciliani di Cosa nostra, individuati in Salvo Lima, nei cugini Salvo e in Vito Ciancimino, mancasse la prova di effettivi e concreti atti agevolatori compiuti nei confronti di tale associazione.

²³ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, con nota di MOROSINI.

ciazione, effettui atti di militanza associativa, *fatti*, cioè, *espressivi del ruolo funzionale*²⁴.

Pare chiaro, dunque, che l'opzione ermeneutica accolta dalle Sezioni unite Mannino *bis*, imponendo al giudice di riscontrare sul versante probatorio il compimento di siffatti atti, sia pure mediante il ricorso ad indicatori fattuali²⁵, risulti la soluzione più in linea con una concezione di diritto penale del fatto offensivo colpevole²⁶, poiché impedisce che si punisca a prescindere dalla realizzazione di condotte effettivamente ridondanti a vantaggio del sodalizio criminale.

L'approdo cui sono giunte le Sezioni unite Mannino *bis* è condiviso, peraltro, anche da chi ravvisa, in tale presa di posizione, un affinamento ulteriore del modello organizzatorio²⁷.

Anche in tale prospettiva, infatti, pare chiaro che porre l'accento sulla necessità di verificare che all'arruolamento nei ranghi dell'associazione corrisponda una concreta proiezione dinamica del ruolo assunto conferisca alla altrimenti evanescente nozione di partecipazione penalmente rilevante un maggior grado di 'corposità'. Ed invero, tale soluzione consente di escludere in radice la possibilità di risolvere la condotta di partecipazione *ex art. 416 bis c.p.* nella mera adesione psicologica ovvero nella messa a disposizione in favore del sodalizio mafioso, pericolo che si annida non solo in ogni ricostruzione ermeneutica che si accontenti dichiaratamente, per ritenere integrato il reato di partecipazione associativa, della mera assunzione della qualifica di 'uomo d'onore', ma anche in ogni tentativo di riconoscere all'avvenuto ingresso nel sodalizio efficacia causale *in re ipsa*.

3. I punti deboli della sentenza: l'inesatta rassegna degli orientamenti ermeneutici in tema di partecipazione

La puntuale ricostruzione degli orientamenti succedutisi nel tempo in tema di

²⁴ Per tale definizione MAIELLO *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 116.

²⁵ Nella sentenza Mannino *bis* si fa, a tal proposito, espresso riferimento all'affiliazione rituale, alla commissione di delitti scopo, a comportamenti tenuti nelle fasi di "osservazione" e "prova", oltre che ad altri variegati e significativi *facta concludentia*.

²⁶ Così AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 239, nota 22.

²⁷ Così FIANDACA, *Nota a Cass. 05 giugno 2013, Spagnolo*, in *Foro it.*, 2014, II, 161 ss. L'Autore, infatti, aderisce ad una ricostruzione degli indirizzi ermeneutici in tema di partecipazione associativa che corrisponde solo parzialmente a quella sinora prospettata. Pur affiancando ai modelli causale ed organizzatorio quello "sincretistico-addittivo", riconduce a quest'ultimo quel criticabile filone interpretativo che ritiene l'inserimento organico in un sodalizio mafioso un contributo dotato *ex se* di rilevanza causale rispetto alla vita dell'associazione medesima, e, dunque, penalmente rilevante a prescindere dall'avvenuta attivazione successiva dell'associato.

partecipazione all'associazione mafiosa consente, ora, di passare ad esaminare la sentenza indicata in epigrafe, che sembra, in verità, prendere le distanze dai risultati cui sono pervenute faticosamente dottrina e giurisprudenza ad oltre trent'anni dall'introduzione dell'art. 416 *bis* nel codice penale.

In primo luogo, pare opportuno evidenziare che la Suprema Corte, nella parte motiva della sentenza, procede ad una rassegna parziale ed inesatta degli indirizzi formulati, indicando unicamente il modello causale e quello organizzatorio.

Quest'ultimo, a parere della Corte, rappresenterebbe il paradigma tradizionale e ancorerebbe la condotta di partecipazione alla «sola dichiarata adesione all'associazione da parte di un singolo, il quale presti la propria disponibilità (con la cd. "messa a disposizione") ad agire quale "uomo d'onore"». Secondo il paradigma causale, invece, specifica la Cassazione, risulterebbe insufficiente «la mera indicazione della qualità formale di affiliato, laddove alla stessa non si correli la realizzazione di un qualsivoglia "apporto" alla vita dell'associazione, idoneo a far ritenere che il soggetto si sia inserito nel sodalizio in modo stabile e pienamente consapevole».

I giudici di legittimità, dunque, non solo non menzionano il modello cd. misto di partecipazione, ma sembrano anche riportare non correttamente i richiamati indirizzi, offrendo, da un lato, una versione sfumata della concezione organizzatoria, assai prossima, cioè, alla mera adesione psichica al sodalizio, e confondendo, dall'altro, il paradigma causale con il pretermesso modello misto, asserendo che, secondo tale indirizzo, la verifica della rilevanza eziologica del contributo dell'associato dovrebbe aggiungersi a quella dell'assunzione della qualità formale di affiliato.

3.1. L'accoglimento del modello organizzatorio puro e la confutazione degli argomenti a favore di quello causale o di quello 'organizzatorio rafforzato'. La valenza dell'espressione "*far parte*"

Dopo aver ricostruito in maniera quantomeno parziale gli orientamenti ermeneutici in tema di partecipazione, la Corte ritiene di aderire al modello organizzatorio, asseritamente tradizionale e maggioritario, proponendosi, inoltre, di confutare gli argomenti posti a sostegno del paradigma causale scartato, vale a dire: «a) l'argomento letterale desumibile dal parallelo fra l'art. 416 bis e 416 cod. pen.; b) l'interpretazione della norma costituzionalmente orientata al fine di evitare la violazione dei principi di materialità, offensività e proporzionalità; c) l'aderenza alla sentenza delle SSUU n. 33748/2005 rv 231670».

Quanto al primo degli argomenti enucleati, la peculiare espressione utilizzata

dal legislatore al primo comma dell'art. 416 *bis* c.p. - "*fare parte*"- sarebbe stata, secondo la Corte, indebitamente utilizzata per avallare la concezione causale di partecipazione.

Ed infatti, argomentando *a contrario* dal carattere statico della locuzione usata per descrivere l'intraneità all'associazione per delinquere semplice - "*partecipare*"-, si sarebbe desunta la necessità di individuare, per la sola partecipazione all'associazione di tipo mafioso, una proiezione dinamica del ruolo assunto dall'affiliato.

Eppure, secondo i giudici di legittimità, si tratterebbe di una conclusione assolutamente infondata, dal momento che "*fare parte*" non sarebbe che un sinonimo di "*partecipare*", non essendo possibile, peraltro, distinguere fra una condotta di partecipazione statica o dinamica, visto che «la semplice affiliazione ad un'associazione criminale, implica, di per sé, "una partecipazione attiva" alla vita associativa»²⁸.

Ciò che appare *prima facie* sorprendente del passaggio motivazionale appena riportato, prima ancora, cioè, della sostanza dell'obiezione proposta, è che la Corte abbia annoverato l'argomento fondato sulla diversità terminologica degli artt. 416 e 416 *bis* c.p. fra quelli adottati a sostegno di una nozione causalmente orientata di partecipazione.

Ed infatti, come evidenziato nei paragrafi precedenti, la valorizzazione della locuzione "*far parte*" è argomento che, all'opposto, è stato speso da dottrina e giurisprudenza per superare il modello causale, del quale si segnalava proprio l'incapacità di cogliere il nucleo di senso della partecipazione associativa- vale a dire, la compenetrazione organica dell'associato nel tessuto del sodalizio- racchiuso nell'espressione scelta, non a caso, dal legislatore.

A prescindere, poi, dall'inusuale inquadramento dell'argomento letterale,

²⁸ La possibilità di distinguere una nozione di partecipazione statica da una dinamica sembra, invece, fra gli argomenti adottati dalla prima sezione penale della Corte di Cassazione a sostegno dell'ordinanza di rimessione al Primo Presidente della questione della configurabilità del concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere (Cass., Sez. I, ord. 13 maggio 2016 (dep. 5 ottobre 2016), n. 670, Pres. Vecchi, Rel. Bonito, Ric. Addeo). I giudici di legittimità, infatti, espressero qualche dubbio circa l'ammissibilità dell'istituto, evidenziando che- diversamente dall'art. 416 *bis* c.p., che incrimina la partecipazione associativa anche in relazione a condotte non dirette a finalità illecite- la condotta descritta nel secondo comma dell'art. 416 c.p. si sostanziava nel mero "*accordo di commettere delitti*", e che, dunque, non residuasse alcuno spazio per la configurazione del concorso eventuale, che si sarebbe inevitabilmente confuso con la stessa nozione statica di partecipazione associativa ex art. 416 c.p. .

Le argomentazioni a sostegno dell'ordinanza di rimessione sono compiutamente ricostruite da BERNARDI, *Concorso esterno e associazione per delinquere semplice: rimessa (e subito respinta) al mittente dal Primo Presidente* la questione alle Sezioni Unite, *Dir. pen. cont.*, 2016, CENTONZE, *Il concorso eventuale nei reati associativi fra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali*, *Dir. pen. cont.*, 2016, e sottoposte a vaglio critico da MAIELLO, *Concorso in associazione per delinquere e concorso in associazione mafiosa: simul stabunt e simul cadent*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.

sembrano, per la verità, anche poco condivisibili le ragioni addotte dalla Suprema Corte per confutarlo.

Ed infatti, i giudici di legittimità, smentendo la sussistenza di una diversità fra le espressioni utilizzate negli artt. 416 e 416 *bis* c.p., negano che il legislatore abbia utilizzato differenti tecniche per tipizzare l'associazione per delinquere semplice e di tipo mafioso, disconoscendo, per tale via, anche la diversa natura, ormai pacifica, di tali reati associativi.

Se, infatti, l'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. è un "*reato meramente associativo*", poiché il legislatore, punendo l'associato «per il solo fatto di partecipare», vieta la mera costituzione del sodalizio criminale a prescindere dalla commissione, sia pure tentata, dei reati scopo, l'associazione mafiosa rientra, invece, fra i "*reati associativi a struttura mista*"²⁹, fra quei reati, cioè, che richiedono un *quid phuris*, vale a dire, un principio di messa in opera del programma criminoso, mediante atti concreti ed inequivoci funzionali alla sua realizzazione.

Si è osservato, infatti, che la stessa formulazione letterale dell'art. 416 *bis* c.p.-secondo cui l'associazione è mafiosa se chi ne fa parte *si avvale* (e non intende avvalersi) del metodo mafioso, e, dunque, della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva- «non consente di prescindere dall'esistenza della forza intimidatrice e dalla sua utilizzazione; sicché siamo in presenza di un'associazione che delinque, almeno a livello di tentata violenza privata, non di un'associazione per delinquere»³⁰.

D'altra parte, la formulazione dell'art. 416 *bis* c.p., diversamente da quella dell'art. 416 c.p. e degli altri reati meramente associativi, proprio perché poggia sull'assunto che l'associazione, per essere di tipo mafioso, debba aver acquisito e poter impiegare la forza intimidatrice quale strumento per la realizzazione dei propri scopi, lungi dal fotografare l'organizzazione sin dalla sua costituzione e dal porre l'accento sul momento iniziale dell'associarsi, valorizza il concreto operare del sodalizio, punendo chi in una tale associazione che delinque è inserito concretamente³¹.

²⁹ Il distinguo fra "*reati meramente associativi*" e "*reati a struttura mista*" è operato da SPAGNOLO in *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecnica della tutela penale*, 1987, 156 ss.

³⁰ Così SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, III, Padova, 1990, 51.

³¹ Così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 383 ss. L'Autore, a sostegno di tale peculiare caratteristica della fattispecie associativa di cui all'art. 416 *bis* c.p., valorizza altresì la mancata previsione, fra le condotte di partecipazione cd. qualificata, della figura del costituente, che, diversamente che per l'associazione per delinquere semplice, non potrebbe configurarsi proprio perché l'associazione di tipo mafioso si costruisce con il tempo, a partire da un sodalizio matrice, mediante lo strutturarsi della forza d'intimidazione.

Senza contare, infine, che, fra le varie pronunce di legittimità che sembrano valorizzare proprio tale espressione, vi è anche la sentenza Mannino *bis*, l'autorevole precedente delle Sezioni Unite di cui la Corte si serve per avallare l'accoglimento del modello organizzatorio puro, sia pur travisandone, come meglio si spiegherà in seguito, il *dictum*³².

3.2. La disamina strutturale della fattispecie

Confutato l'argomento letterale, la Suprema Corte passa ad esaminare la struttura della fattispecie di cui all'art. 416-*bis*, primo co., c.p., qualificandola come un reato a forma libera e di mera condotta, oltre che di pericolo presunto, premurandosi, poi, quanto a quest'ultimo profilo, di richiamare le più recenti pronunce della Consulta che legittimano il ricorso a tale tecnica di anticipazione di tutela.

All'esito di tale inquadramento della fattispecie, la Corte ritiene che la partecipazione all'associazione di tipo mafioso sia integrata dalla mera assunzione del ruolo di "socio", poiché il semplice inserimento organico del soggetto nell'organizzazione associativa metterebbe, secondo una presunzione *iuris et de iure*, in pericolo il bene giuridico tutelato dall'art. 416-*bis* del codice penale.

I giudici di legittimità, dunque, attraverso la qualificazione della condotta di partecipazione *ex art.* 416-*bis* c.p. come reato di pericolo presunto, giungono a recuperare il modello organizzatorio puro, ammettendo l'arretramento della soglia del penalmente rilevante al momento dell'acquisizione del semplice *status* di affiliato.

Eppure, quanto alla qualificazione del reato di partecipazione come reato di pericolo presunto, sembra che la Corte dimentichi che l'associazione di tipo mafioso, essendo una fattispecie associativa a struttura mista, è "*un'associazione che delinque*", un'associazione, cioè, che realizza, per sua stessa natura, un'aggressione ai beni giuridici tutelati dall'art. 416-*bis* c.p., o almeno ad alcuni di essi.

Ed infatti, la dottrina maggioritaria³³, ricavando la natura plurioffensiva del rea-

³² In tale pronuncia, infatti, le Sezioni unite, proprio valorizzando il dato letterale, e, dunque, evidenziando che l'*intranseus* «non solo «è» ma «fa parte» della (meglio ancora: «prende parte» alla) stessa», giungono a ritenere integrato il reato di partecipazione all'assunzione di un ruolo concreto e strumentale al raggiungimento degli scopi dell'associazione.

³³ La tesi della natura plurioffensiva del reato di cui all'art. 416-*bis*, primo co., c.p. non è, tuttavia, unanimemente accolta in dottrina. Vi è, infatti, chi ritiene che una ricerca dell'oggetto di tutela opportunamente orientata ai principi costituzionali del diritto penale giungerebbe ad individuare un unico bene giuridico: la libertà morale collettiva. Una tale opzione sarebbe, infatti, maggiormente compatibile con i

to di associazione mafiosa dalla pluralità di finalità richiamate al terzo comma della suddetta norma, ha individuato, sia pure in maniera non univoca³⁴, più d'un bene giuridico tutelato dalla stessa, distinguendo, poi, fra quelli lesi dalla sola esistenza del sodalizio mafioso e quelli semplicemente messi in pericolo. Da un lato, vi sarebbero, infatti, l'ordine pubblico- definito in senso materiale, e, dunque, come «buon assetto e regolare andamento della vita sociale nello Stato»³⁵ - e la libertà morale dei cittadini- intesa come la facoltà di autodeterminarsi liberamente nelle decisioni e nelle scelte-, beni giuridici *lesi* dall'esistenza stessa del sodalizio mafioso, poiché caratterizzato da una carica intimidatoria autonoma³⁶. Dall'altro, invece, vi sarebbero gli ulteriori interessi, solamente *messi in pericolo* dalla crescita esponenziale e dall'espansione territoriale delle mafie.

La Corte di cassazione, dunque, qualificando la condotta di partecipazione *ex art. 416-bis*, primo co., c.p. come reato di pericolo presunto, sembra, per la verità, perdere di vista ancora una volta l'essenza stessa dell'associazione di tipo mafioso, vale a dire la natura di associazione che delinque.

Tale svista risulta peraltro confermata ove si consideri che la Corte giunge a

canoni di offensività e materialità, poiché configurerebbe effettivamente l'associazione mafiosa come un'associazione *che* delinque: per la lesione della libertà morale non basterebbero, infatti, meri atti preparatori, richiedendosi concreti atti d'intimidazione. Così, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 79 ss.

Nello stesso senso si è affermato che «*é dunque sulla strada della tutela della libertà morale di una pluralità indeterminata di consociati che bisogna risolutamente inoltrarsi per cogliere l'oggetto giuridico dell'associazione di tipo mafioso come delitto contro l'ordine pubblico*», così DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 115-116.

³⁴ Parte della dottrina, ad esempio, ha ritenuto che, oltre all'ordine pubblico, s'intendesse tutelare l'ordinamento democratico e la libertà di mercato e di iniziativa economica (cfr. FIANDACA, MUSCO, op. cit., 2012, 493). Non è mancato, però, chi, all'ordine pubblico e a quello economico, ha aggiunto i diritti politici dei cittadini e la loro libertà morale (cfr. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 136).

Vi è, poi, chi ha proposto di distinguere fra i beni giuridici tutelati in via primaria dalla norma- l'ordine pubblico e la libertà morale dei cittadini- e quelli la cui tutela sia offerta solo in via mediata- l'ordine economico, il corretto funzionamento della pubblica amministrazione e l'ordinamento democratico. Accanto a beni oggetto di una tutela immediata e diretta, potrebbero individuarsi, dunque, secondo tale Autore, beni giuridici cd. eventuali, tutelati, cioè, solamente in via indiretta, poiché rientranti nella nozione di ordine pubblico materiale, oggetto di tutela primario dell'art. 416 *bis* c.p. (cfr. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 360 ss.).

³⁵ Così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1983, 158.

³⁶ Nonostante l'accoglimento della tesi della natura monoffensiva della fattispecie di cui all'art. 416 *bis*, primo comma, c.p., ritiene ugualmente che si tratti di un reato di danno CAVALIERE (in *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 439-440), precisando, però, che «solo alquanto impropriamente può considerarsi "evento" l'associazione; infatti, certamente le varie condotte associative devono costituire contributi causali all'associazione (...), ma l'associazione, in quanto tale, è una mera struttura strumentale alla commissione di ulteriori condotte tipiche, lesive di beni giuridici, e non costituisce l'evento che incorpora la lesione di beni giuridici, ma si colloca in una fase prodromica in rapporto a tale evento lesivo».

sostenere l'identità strutturale dell'associazione prevista dall'art. 416 *bis* c.p. con i sodalizi previsti nel I titolo del codice penale- le associazioni sovversive e con finalità di terrorismo di cui agli artt. 270 e 270 *bis*- che sono, invece, fattispecie meramente associative, costruite mediante la giustapposizione di una finalità illecita al dato dell'avvenuta costituzione del sodalizio.

3.3. La mistificazione del *dictum* delle Sezioni unite Mannino *bis*

Ciò che appare, tuttavia, più sorprendente della pronuncia in commento è che i giudici di legittimità, una volta qualificata la condotta ex art. 416 *bis*, primo comma, c.p. come reato di pericolo presunto e, per tale via, accolto il sorpassato modello organizzatorio puro, pieghino il *dictum* dell'ultima pronuncia a Sezioni Unite in tema di partecipazione all'associazione mafiosa ai risultati cui sono pervenuti.

La Corte, infatti, all'esito del proprio ragionamento, rassicura che «la conclusione alla quale si è giunti è coerente con quanto statuito dalle SSUU n. 33748/2005, Mannino», offrendo, però, quale terzo argomento a sfavore dell'accoglimento del modello causale di partecipazione, un'interpretazione originale di tale pronuncia.

I giudici di legittimità, in primo luogo, affermano con disinvoltura che «la conclusione alla quale sono giunte le cit. SSUU Mannino è nel senso che va considerato partecipe dell'associazione l'affiliato che "prende parte" al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi. Quindi, il fulcro del principio di diritto enunciato dalle SSUU è il concetto di "messa a disposizione per il perseguimento dei comuni fini criminosi"». È chiaro, dunque, in questo passaggio, il tentativo di deviare il ragionamento della Sezioni Unite Mannino *bis*: l'espressione "*prender parte*", utilizzata dalla Corte riunita nella sua più autorevole composizione per rendere al meglio il significato della locuzione "*far parte*" di cui all'art. 416 *bis* c.p., e, dunque, per esplicitare il rapporto di compenetrazione organica cui il legislatore intendeva riconoscere rilevanza penale, diviene, invece, lo strumento per arretrare la soglia del penalmente rilevante alla mera ammissione al sodalizio.

La Corte, inoltre, sembra sfumare eccessivamente i contorni di una condotta pur intesa in termini meramente organizzatori, affermando che, per ritenere integrato il reato di partecipazione all'associazione mafiosa, «non è necessario che ciascuno dei membri del sodalizio si renda protagonista di specifici atti esecutivi della condotta criminosa programmata», dal momento che «il reato associativo, secondo la struttura tipica dei reati di pericolo presunto, si consuma con la sola dichiarata adesione all'associazione da parte di un singolo».

Senza contare, infine, la confusione ingenerata dal passaggio successivo, nel quale si afferma che l'affiliato «mettendosi a disposizione per il perseguimento dei comuni fini criminosi, accresce, per ciò solo, la potenziale capacità operativa e la temibilità dell'associazione: circostanza, questa che integra la lesione del bene giuridico - ordine pubblico - tutelato dalla norma». Con tale affermazione, infatti, la Suprema Corte, preoccupandosi di precisare che la sola messa a disposizione apporti un contributo all'associazione criminale accrescendone il prestigio, pare ravvedersi circa la rilevanza del profilo eziologico, attribuendo, tuttavia, alla componente organizzatoria un valore assorbente rispetto a quella causale, la cui prova risulterebbe, infatti, *in re ipsa* all'avvenuto ingresso nel sodalizio.

3.4. La rilevanza dell'affiliazione rituale

La sentenza in commento, infine, pare censurabile nella parte in cui viene affrontata la valenza dell'affiliazione rituale.

In premessa la Suprema Corte evidenzia come la 'legalizzazione' dell'ingresso nell'associazione mediante rito rappresenti una caratteristica delle mafie cd. storiche, che può, dunque, mancare nelle organizzazioni di tipo mafioso di nuova formazione. I giudici di legittimità proseguono, poi, descrivendo il cerimoniale seguito dalle associazioni³⁷, giungendo ad affermare che «è per l'alta simbologia di cui è permeata la cerimonia di affiliazione che non appare condivisibile ritenere che- in assenza di una qualche condotta che indichi quale sia il ruolo che l'affiliato ricopre nell'ambito associativo- la suddetta affiliazione abbia una valenza neutra ai fini della partecipazione all'associazione mafiosa». Evidenziato, dunque, il valore pregnante dell'affiliazione rituale, la Corte si prodiga nell'esplicitarne la rilevanza penale, proponendo, a poche righe di distanza, due possibili soluzioni.

Se, infatti, i giudici di legittimità sembrano dapprima ritenere, coerentemente con l'accoglimento del modello organizzatorio puro, che l'avvenuta legalizzazione del vincolo associativo integri *tout court* la condotta di partecipazione ex art. 416 *bis*, primo comma, c.p., osservano, qualche riga più tardi, che «l'affiliazione va considerata, quanto meno, alla stregua di un vero e proprio concorso morale proprio perché il raggiungimento degli scopi associativi è facilitato e rafforzato dalla consapevolezza di ciascun associato di poter fare preventivo affidamento sul contributo di ciascuno di essi».

³⁷ Anche tale passaggio appare, per la verità, censurabile, stante la *reductio ad unum* di associazioni mafiose tanto diverse- per origini, radicamento territoriale e struttura- come Cosa nostra e la 'ndrangheta. Il rituale di affiliazione, così come descritto in sentenza, sembra peraltro ricalcare il cerimoniale della mafia siciliana (cfr. FALCONE, PADOVANI, *Cose di Cosa nostra*, 1991, Milano, 95 ss.).

Entrambe le soluzioni prospettate non sembrano, per la verità, condivisibili. In primo luogo, infatti, sostenere che il solenne giuramento con cui l'uomo d'onore aderisce al sodalizio integri *sic et simpliciter* il reato di partecipazione appare scarsamente compatibile con i principi di materialità ed offensività: se all'affiliazione rituale non dovesse seguire alcun atto di militanza associativa, si finirebbe per punire non un fatto, ma un tipo d'autore³⁸.

Allo stesso modo, però, non sembra possibile riconoscere all'affiliazione rituale rilevanza a titolo di concorso. Ed infatti, pur prescindendo dall'erronea ricostruzione della Corte, che afferma che il neofita agevolerebbe il raggiungimento degli scopi associativi, e, dunque, l'associazione nel suo complesso, e non la singola condotta di partecipazione semplice o qualificata, risulterebbe comunque difficilmente possibile provare che il nuovo ingresso abbia avuto una effettiva influenza sulla psiche degli associati.

4. Le oscillazioni ermeneutiche registrate in altre recenti pronunce di legittimità

La sentenza in commento non pare, in verità, del tutto isolata ove si consideri che a conclusioni non dissimili la Corte di Cassazione è pervenuta in altre recenti pronunce, che pure sembrano riabilitare il modello organizzatorio puro di partecipazione all'associazione mafiosa.

In primo luogo, infatti, in una decisione coeva³⁹ a quella indicata in epigrafe, i giudici di legittimità, pur affermando, coerentemente con il *dictum* delle S.U. Mannino *bis*, che il partecipe è colui che, oltre ad uno *status* di appartenenza, riveste anche un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale "prende parte" al fenomeno associativo, tradiscono poi tale premessa precisando, proprio mediante un richiamo alla sentenza in commento, che, ai fini dell'integrazione della condotta di partecipazione *ex art. 416 bis c.p.*, non è necessario che ciascuno dei membri del sodalizio si renda protagonista di specifici atti esecutivi della condotta criminosa programmata, dal momento che il reato associativo, secondo la struttura tipica dei reati di pericolo presunto, si consuma con la sola dichiarata adesione all'associazione da parte del singolo.

³⁸ Tale obiezione è mossa da FIANDACA, ALBEGGIANI (in *Struttura della mafia e riflessi penali-procedurali*, in *Foro it.*, 1989, 83) all'*iter* argomentativo seguito dalla Corte d'Assise di Palermo nella sentenza emessa a conclusione del primo maxiprocesso a Cosa nostra, nella quale si affermava che la conclamata disponibilità sottesa al giuramento solenne costituisse «essa stessa un contributo alla vita dell'ente, tale da ampliarne le potenzialità operative sul piano criminale» (Corte d'Assise di Palermo, 16 dicembre 1987, Pres. Giordano, Est. Grasso, imp. Abbate e altri).

³⁹ Cass., Sez. II, 15/06/2017 (dep. 24/11/2017), n. 53477, Pres. Diotallevi, Est. Imperiali, imp. Benedetto e altri, 21 ss.

Nello stesso senso, in una decisione⁴⁰ di qualche mese successiva, la Cassazione ribadisce che, perché sia integrato il reato di cui al primo comma dell'art. 416 *bis* c.p., è sufficiente che il soggetto assuma il ruolo di componente del sodalizio e aderisca consapevolmente al programma criminoso.

A parere della Corte, infatti, tale reato si consuma con "*l'entrare a far parte di un'associazione*", poiché il nuovo ingresso, accrescendo la potenziale capacità operativa e la temibilità del sodalizio, mette, *ex se*, in pericolo l'ordine pubblico. La condotta di partecipazione è pertanto integrata, secondo i giudici di legittimità, dalla mera affiliazione rituale, ovvero, in mancanza della dimostrazione dell'ingresso formale nel sodalizio, da un'affiliazione di fatto, dal compimento, cioè, di una o più attività significative nell'interesse dell'associazione. Se, dunque, le pronunce di legittimità appena richiamate ricalcano l'impostazione argomentativa della sentenza indicata *in apicibus*, e, dunque, si espongono alle medesime censure, pare opportuno precisare che resiste, in seno alla Corte, un filone ermeneutico più coerente e fedele al *dictum* delle Sezioni Unite Mannino *bis*.

Ed infatti, in una pronuncia⁴¹ pubblicata poco più di un anno fa, la Corte di Cassazione si premura di accantonare l'orientamento ermeneutico, seguito dalle pronunce sin qui commentate, secondo il quale una condotta partecipativa al sodalizio mafioso risulterebbe integrata anche in assenza di prova di specifiche condotte illecite attuative dell'accordo, essendo rilevante l'accordo in sé, ossia l'avvenuta affiliazione rituale, evidenziando come un tale approccio interpretativo non solo risulti incompatibile con la nozione di inserimento funzionale fornita dalle Sezioni Unite nel 2005, ma finisca altresì con «il ricollegare l'infrazione di pena ad una mera potenzialità operativa del soggetto, in aperta violazione di detto principio di proporzionalità e dei canoni di ragionevolezza», e ribadendo, dunque, la necessità di individuare condotte espressive del ruolo assunto⁴².

La persistente adesione della Corte al modello misto di partecipazione asso-

⁴⁰ Cass., Sez. II, 12/10/2017 (dep. 15/12/2017), n. 56088, Pres. Fumu, Est. Pardo, imp. Agostino e altri, 25 ss.

⁴¹ Cass., Sez. I, 17/06/2016 (dep. 30/12/2016), n. 55359, Pres. Siotto, Est. Magi, imp. Pesce e altri, Rv. 269040.

⁴² La sentenza n. 55359/2016 pare, in verità, particolarmente interessante anche nella parte in cui si precisa che, nonostante sia richiesta, ai fini dell'integrazione del reato di partecipazione, la dimostrazione di atti di militanza associativa, sia ugualmente necessario tenere distinte le regole d'individuazione delle condotte dell'*intraneus* e dell'*extraneus*, poiché solo il reato di concorso esterno richiederebbe «la ricostruzione di una condotta specifica, capace (con valutazione in concreto ed ex post) di realizzare un incremento tangibile del macro-evento rappresentato dalla esistenza e permanenza della associazione», verifica assai più stringente della mera individuazione di condotte espressive del ruolo funzionale.

ciativa, peraltro, sembra confermata anche da una più recente sentenza del 2017⁴³, nella quale si ribadisce che il partecipe è colui che si trova in rapporto di stabile ed organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno *status* di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale.

5. Conclusioni

I rilievi sin qui svolti conducono, per la verità, ad una riflessione di più ampio respiro sull'uniformità dell'interpretazione della legge penale, e, per tale via, sulle ricadute, in termini di parità di trattamento e certezza del diritto, nonché, nella prospettiva CEDU, di accessibilità delle disposizioni penali e prevedibilità delle sanzioni, di decisioni, come quella in commento, che sviano in senso sfavorevole al reo dal percorso tracciato dalla precedente giurisprudenza.

Pare chiaro, infatti, che i giudici di legittimità, recuperando il modello organizzatorio puro di partecipazione *ex art.* 416 *bis* c.p., e, dunque, obliterando la necessità di una verifica stringente dell'effettiva rilevanza dell'avvenuto inserimento nel tessuto associativo, abbiano operato un *revirement contra reum*, imprevedibile alla luce della presa di posizione delle Sezioni Unite Mannino *bis*, che, in accoglimento del paradigma misto od 'organizzatorio rafforzato', ritennero di non poter prescindere dall'accertamento di una proiezione dinamica del ruolo assunto dall'associato nel sodalizio.

Ecco, dunque, che la decisione della Suprema Corte sembra esporsi alle medesime censure mosse dalla Corte Edu nella sentenza Contrada c. Italia⁴⁴, dal

⁴³ Cass. pen., Sez. II, 2017, 30/05/2017 (dep. 26/06/2017), n. [31541](#), Pres. Davigo, Est. Pellegrino, imp. Abbamundo e altri p. 25 ss.

⁴⁴ CEDU, Sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, ric. n. 66655/13. Per una compiuta analisi di tale pronuncia si rinvia, *ex multis*, a DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, Fasc. 4/2017, 128 ss.; DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016; ID., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; FIANDACA, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte Edu (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, 2016; LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2017; MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015; MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015; PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015; VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

momento che è lecito domandarsi se, alla luce degli esiti interpretativi cui era pervenuta la giurisprudenza, con l'avallo delle Sezioni Unite nel 2005, gli imputati potessero, pur a fronte della vaghezza del referente normativo, ragionevolmente aspettarsi un mutamento interpretativo sul punto.

D'altra parte, pare opportuno ricordare che, a tutela dell'uniformità dell'interpretazione della legge penale, è di recente intervenuto il legislatore, aggiungendo, con la l. 23 giugno 2017, n. 103, un comma 1 *bis* all'art. 618 c.p.p., che stabilisce che, ove una sezione della Suprema Corte ritenga di distaccarsi da un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, debba rimettere a queste ultime la decisione del ricorso⁴⁵.

Se, dunque, il cambio di rotta operato in questo caso dalla seconda sezione della Cassazione non si scontra *ratione temporis* con l'innovazione contenuta nella riforma Orlando, offre comunque l'occasione per interrogarsi sulla tenuta del rimedio introdotto dal legislatore⁴⁶.

Resta, infatti, un dubbio: se investiti della questione qualche mese più tardi, e, dunque, dopo la modifica dell'art. 618 c.p.p., i giudici di legittimità, ritenendo di dover preferire il sorpassato modello organizzatorio puro di partecipazione associativa a quello accolto nell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, avrebbero deferito alle stesse la decisione del ricorso?

Sembra, per la verità, esservi più d'una ragione per dubitarne.

Quello che, infatti, più stupisce della pronuncia in commento - ma che, in realtà, lungi dal rappresentare un *unicum*, è espressione di una diffusa tendenza della giurisprudenza⁴⁷ - è che, a fare da sfondo ad un mutamento ermeneutico netto, sia la dichiarata fedeltà al *dictum* delle Sezioni Unite, fedeltà, a

Sulla prevedibilità della legge penale, di recente, anche CEDU, Sez. III, sent. 17 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, ric. n. 101/15. Per un commento di tale pronuncia: BERNARDI, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*, in *Dir. pen. cont.*, Fasc. 1/2018, 295 ss.

⁴⁵ Sul nuovo comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p. si rinvia, *ex multis*, ad DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *Arch. pen.*, 2018; FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; INSOLEIRA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Arch. pen.*, 2018.

⁴⁶ Sul punto DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario*, cit., 157.

⁴⁷ Anche in materia di concorso esterno in associazione mafiosa, ad esempio, lo sviamento dai principi indicati dalle Sezioni Unite è stato sovente accompagnato da una dichiarata adesione all'impostazione disattesa (cfr. Cass., Sez. VI, 13 giugno 2007, Patriarca; Cass., Sez. 17 maggio 2012, n. 34979, Di Bella e altri; Cass., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8531, Ferraro; *amplius*, sul punto, AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 241 ss; nonché il nostro GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, cit., 31 ss.).

ben riflettere, solamente formale, dal momento che dell'impostazione ermeneutica della sentenza Mannino *bis* i giudici della seconda sezione della Cassazione si servono, a seguito di opportuni ritocchi, per asseverare un approdo sorprendentemente difforme dall'originale.

La decisione in commento ingenera, dunque, qualche perplessità circa l'efficacia del neointrodotta comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p., il cui meccanismo potrebbe essere facilmente paralizzato mediante un'adesione meramente formale e vuota ai principi di diritto enucleati dalle Sezioni Unite, con il risultato di rimanere, a fronte di una sostanziale sconfessione degli stessi, lettera morta.

ILARIA GIUGNI