

QUESTIONI APERTE

Partecipazione ad associazione di tipo mafioso

La decisione

Associazione di tipo mafioso - Condotta partecipativa - Affiliazione rituale - Messa a disposizione - Materialità - Offensività (Cost., artt. 25 e 27; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 49, co. 3; Decisione quadro U.E. n. 2008/841/GAI, art. 2; C.p., artt. 115, 270-*quater*, 416 e 416-*bis*).

La condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si sostanzia nello stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione. Tale inserimento deve dimostrarsi idoneo, per le caratteristiche assunte nel caso concreto, a dare luogo alla "messa a disposizione" del sodalizio stesso, per il perseguimento dei comuni fini criminosi. Nel rispetto del principio di materialità e offensività della condotta, l'affiliazione rituale può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio, ove risulti - sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza - alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), - CASSANO, *Presidente* - PELLEGRINO, *Relatore* - SALVI, *P.G.* - Modaffari, *ricorrente*.

«Osso, Mastrosso e Carcagnosso»:

l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei principi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo.

Dopo aver evidenziato il valore ideologico dei rituali di affiliazione alle mafie storiche, l'articolo tratteggia preliminarmente i diversi e contrastanti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sviluppatasi a proposito delle stesse cerimonie ai fini della condotta partecipativa di cui all'art. 416-*bis* c.p., per soffermarsi poi sulla recente decisione in tema delle Sezioni unite della Corte di cassazione nella sentenza 'Modaffari', che esige un *quid pluris* rispetto al formale ingresso, individuato nell'attitudine del nuovo adepto a svolgere i compiti affidatigli, ossia almeno un atto che confermi la serietà della "messa a disposizione". L'Autore, quindi, espone un'interpretazione alternativa al modello partecipativo ultimamente delineato dalla Cassazione, a favore di un altro paradigma reputato più adeguato in termini di offensività, che ai fini dell'integrazione della fattispecie partecipativa ex art. 416-*bis* c.p. non si appaga di una "disponibilità", sia pur seria, ma pretende un'attività valutabile in termini di efficienza causale rispetto alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'organizzazione mafiosa, intesa quest'ultima come un concreto apparato strumentale alla commissione di atti intimidatori. L'articolo, inoltre, corrobora la scelta a favore di tale modello 'forte' di partecipazione mafiosa, attraverso il principio di proporzione, valendosi della relazione triadica tra la fattispecie codicistica e quella di natura prevenzionale di cui all'art. 4, co. 1, lett. a), del D.lgs. n. 159/2011. L'Autore, quindi, muovendo dall'indeterminatezza del dettato normativo, sviluppa una serie di argomenti che, attraverso direttive interpretative di primo e secondo livello, selettive e preferenziali, confermano la

bontà dell'opzione 'forte' della partecipazione mafiosa, suffragata definitivamente grazie al canone del ragionevole dubbio interpretativo, originato dal confronto tra più opzioni ermeneutiche tutte plausibili, da sciogliere a favore del modello 'forte' perché interpretazione più favorevole.

"Osso, Mastrosso and Carcagnosso": *the ritual affiliation to mafia-type associations to the test of the principles of offensiveness, proportion and reasonable interpretative doubt.*

After highlighting the ideological value of the rituals of affiliation to the historical mafia, the paper first examines the different and opposing jurisprudential trends developed on the rituals under Art. 416-bis of the Italian Penal Code. The paper then pauses on the recent decision of the Sezioni Unite of the Court of Cassation, which demands another requirement compared to the formal entry, identified at least in an act that confirms the seriousness of the "making available". Then, the Author exposes a construction that is alternative to that one of the Court of Cassation and seems more compatible with the harm principle of the Italian penal law: the principle is not satisfied by an "availability", even serious, but requires an evaluable activity in terms of causal nexus with the survival or strengthening of the mafia conspiracy, interpreted as a concrete apparatus which is instrumental to intimidatory acts. The paper supports the choice in favor of this "strict" model of participation in mafia conspiracy through the proportionality, correlating the Code type of offense with that one provided by Article 4, co. I, lett. a) of D. Lgs. n. 159/2011. Therefore, starting from the vagueness of the law, the Author develops arguments which corroborate the "strict" construction of the participation in mafia conspiracy, definitively confirmed on the grounds of the reasonable doubt in interpreting law which origins by more constructions, all plausible, which has to be resolved in favor of the "strict" model, because it is the more favorable construction.

SOMMARIO: 1. Il valore ideologico dei rituali di affiliazione alle mafie storiche. - 2. I disorientamenti giurisprudenziali sul ruolo delle cerimonie affiliative nella condotta partecipativa ex art. 416-bis c.p. La tesi della sufficienza dell'adesione psichica. - 2.1 La concezione causale. - 2.2 Il modello organizzatorio puro. - 2.3 Il modello eclettico. - 2.4 La visione dinamico-funzionale. - 3. La recente presa di posizione delle Sezioni unite nella sentenza 'Modaffari'. - 4. Una plausibile interpretazione alternativa per un modello 'forte' di offensiva partecipazione ad associazione mafiosa. - 5. La proporzione quale principio corroborante il modello 'forte' di partecipazione associativa. - 6. L'oltremodo ampio spazio semantico della fattispecie partecipativa di cui all'art. 416-bis c.p. - 6.1 Le direttive ermeneutiche utili a definire il significato 'tutto considerato' del "far parte" di un'associazione mafiosa. - 7. Il ragionevole dubbio interpretativo a favore del modello 'forte' di partecipazione mafiosa.

«Credo che ognuno di noi debba essere giudicato per ciò che ha fatto. Contano le azioni non le parole. [...] Nel momento in cui sollevi un grande problema di sostanza e non curi la forma, ti fottono e nella forma e nella sostanza»
Giovanni Falcone¹

1. *Il valore ideologico dei rituali di affiliazione alle mafie storiche.* La vicenda

¹ Espressioni tratte da LA LICATA, *Storia di Giovanni Falcone*, Milano, 2005, 14 e 118. Sono parole di sfogo di Giovanni Falcone, riferite alle sue vicende interne alla magistratura.

recentemente venuta all'attenzione delle Sezioni unite della Cassazione² riguarda il rituale di affiliazione a una 'locale' di 'ndrangheta del reggino di due giovani fratelli poco più che ventenni, a loro volta figli di un sodale. Il contesto è quello di talune recriminazioni interne alla cosca - oggetto di captazioni ambientali - per l'avvenuta affiliazione dei due giovani e quella invece mancata, nonostante la richiesta, del figlio di un altro 'ndranghetista; proteste fondate sulla 'irregolarità' dei 'battesimi' compiuti all'insaputa dei vertici e validati da boss non legittimati, nonostante la 'diffida' del padre dell'escluso a non riconoscere la validità.

Da tale vicenda emerge la persistenza, almeno nelle mafie c.d. storiche come la 'ndrangheta, di questi rituali d'ingresso, detti «battezzati», che seguono un preciso cerimoniale, fatto di formule verbali recitate in maniera esoterica, figure sacre come santini bruciati o bagnati col sangue, giuramenti solenni e atti autolesivi per comprovare il coraggio e l'affidabilità dell'iniziato³. La 'ndrangheta è infatti un'organizzazione che fonde antico e moderno, riti arcaici e linguaggi globali, e potrebbe sorprendere che nel nuovo millennio taluni giovani possano essere ancora attratti se non addirittura affascinati da questi codici remoti e rozzi, che travalicano anche i confini della Calabria e dell'Italia⁴, ritenuti invece capaci di mutare un giovane qualunque in un uomo 'd'onore', viatico per accedere ad un'élite criminale. Certi giovani continuano a essere attratti dalla 'ndrangheta perché questa «non è mai stata solo un fenomeno criminale o delinquenziale. È stata a volte, e a lungo, anche uno strumento di promozione sociale, un modello, una cultura, un comportamento, un potere, una visione del mondo»⁵, perché «quando una società dà poche occasioni di mutare stato, o nessuna, far paura è un mezzo per affiorare»⁶.

² Il riferimento è a Cass., Sez. un., 11 ottobre 2021, Modaffari, in *questa Rivista*.

³ D'AMICO, *Il battesimo infame. Ricordi di 'ndrangheta*, Bologna, 1999, *passim*.

⁴ Un santino bruciato fu trovato nella tasca di uno dei ragazzi vittima della c.d. strage di Duisburg. Cfr. SARZANINI, *Quel santino bruciato nella strage di Duisburg*, Corriere della sera, 30 agosto 2007. Codici rituali di affiliazione alla 'ndrangheta sono stati trovati in molti Paesi europei, in America, in Australia; cfr. CICONTE, *Riti criminali. I codici di affiliazione alla 'ndrangheta*, Soveria Mannelli, 2015, 18.

⁵ CICONTE, *Riti criminali. I codici di affiliazione alla 'ndrangheta*, cit., 15.

⁶ ALVARO, *La fibbia*, Corriere della sera, 17 settembre 1955. Per un'analisi sulle rappresentazioni letterarie e giornalistiche del crimine organizzato italiano, prendendo come caso di studio quest'articolo del celebre scrittore calabrese, si veda PHILLIPS, *Corrado Alvaro and the Calabrian mafia: a critical case study of the use of literary and journalistic texts in research on Italian organized crime*, in *Trends in Organized Crime*, 2017, 179 ss., spec. 190-191: «In 'La fibbia', it is notable that Alvaro holds back from criticising the 'Ndrangheta in any explicit terms. Criticism in the text is reserved almost entirely for the state, and the existence of the 'Ndrangheta is thus tacitly justified, mirroring the approach to crime we have seen

Il cerimoniale d'affiliazione era e resta altamente simbolico perché serve sia per dare l'impressione che il neofita sarà protetto dalle minacce esterne, sia e forse soprattutto per consacrare l'irrevocabilità della scelta d'ingresso, il cui ripudio verrà punito con i funesti esiti che procura il tradimento di un «giuramento di sangue»⁷. Il rito, dunque, non è [solo e tanto] folklore, visto che dall'800 invece di regredire è sbarcato in nuovi territori in tutto il globo. La fascinazione del rituale ammalia in primo luogo i più giovani perché li proietta in un mondo segreto, a tratti arcano, che li 'eleva' rispetto ai coetanei che non possono accedere a questi ambienti che per loro rimangono del tutto misteriosi. I riti si saldano alla leggenda e al mito che nobilitano le ascendenze, facendo intuire ai novizi di entrare in una consorte con un passato glorioso, una genealogia blasonata, un codice cavalleresco. Il codice di quegli immagnifici cavalieri medioevali: Osso, Mastrosso e Carcagnosso – il cui nome continua a essere invocato nelle formule di affiliazione – fuggitivi dalla spagnola Toledo per aver lavato col sangue l'onta di un'offesa alla sorella, e che dopo aver passato 30 anni meno un giorno nell'isola di Favignana, sarebbero riemersi dall'oblio con le regole della nuova società – potremmo dire le tavole dell'onore e dell'omertà – e che – divisisi e votatisi rispettivamente a Gesù Cristo, San Michele Arcangelo e San Pietro – avrebbero poi fondato i tre sodalizi storici: mafia, 'ndrangheta e camorra⁸.

I codici e i rituali sono diventati una forma d'identità degli associati, «una sorta di ideologia. È difficile immaginare un cattolico senza il vangelo o un musulmano senza il corano. E un uomo di 'ndrangheta si trova sempre, o quasi, con un codice in mano. Custodiscono la memoria, la trasmettono nel tempo. La ripetitività delle formule e delle parole pronunciate hanno una funzione

elsewhere in Alvaro's work. In the article, he makes the entirely valid argument that the 'Ndrangheta is a result of decades of negligence by the authorities, and that this has created conditions which have allowed positions of responsibility to be assumed by those able to win them through violence and intimidation».

⁷ Per una descrizione dei cerimoniali d'affiliazione alla 'ndrangheta, con l'indicazione dei diversi riti, formule e giuramenti a seconda della posizione: giovane di onore, picciotto, camorrista, sgarrista, sorella di onore, santista, vangelista, trequartista, si rinvia a GRATTERI, NICASO, *Fratelli di sangue. Storie, boss e affari della 'ndrangheta, la mafia più potente del mondo*, Milano, 2010, 46 ss.

⁸ CICONTE, MACRÌ, FORGIONE, *Osso, Mastrosso, Carcagnosso. Immagini, miti e misteri della 'ndrangheta*, Soveria Mannelli, 2010, *passim*, spec. 24 ss. Nel 2014 a Frauenfeld, capitale del cantone svizzero di Turgovia, nel corso di una riunione la polizia elvetica è riuscita a filmare quello che accadeva. Prima dell'inizio della riunione si possono ascoltare queste parole: «Io battezzo questa località come l'hanno battezzata i nostri cavalieri di Spagna Osso, Mastrosso e Carcagnosso [...]». Il video è reperibile al seguente indirizzo web: www.tvsvizzera.it.

rassicurante, tranquillizzante»⁹. Forse non a caso nei gradi più alti dell'organizzazione 'ndrangetista c'è il "vangelista", colui che appunto è responsabile del "vangelo", ossia il libro dei rituali di affiliazione¹⁰.

Ed ecco arrivati al dunque: l'affiliazione, il battesimo di 'ndrangheta ha un valore ideologico, potremmo dire quasi religioso, secondo gli stessi studiosi del fenomeno storico e sociologico. Se è così, si pone la questione, squisitamente giuridica, se per integrare la partecipazione ad associazione di tipo mafioso ex art. 416-*bis* c.p. è sufficiente affrontare la giaculatoria evocativa di «Osso, Mastrosso e Carcagnosso», oppure se bisogna pretendere qualcosa in più di un salmodiare votato al male. Perché, alla fine, la questione è pur sempre il distinguo tra diritto e morale, tra reato e peccato. In fondo – scusandoci per l'accostamento che a qualcuno potrà risultare blasfemo – quale differenza c'è tra un battesimo in chiesa e quello di 'ndrangheta, se non la sola dedizione al bene o al male? Naturalmente ciò non è poca cosa, ma il difficile e opinabile distinguo valoriale tra queste due categorie appartiene appunto alla morale di ognuno che, di per sé, è insuscettibile di rilevanza penale in uno Stato laico¹¹. Senza voler anticipare più di tanto le conclusioni cui si perverrà, e ora necessario passare rapidamente in rassegna le principali soluzioni ermeneutiche che sono state proposte per dirimere tale questione.

2. *I disorientamenti giurisprudenziali sul ruolo delle cerimonie affiliative nella condotta partecipativa ex art. 416-bis c.p. La tesi della sufficienza dell'adesione psichica.* Dato che l'occasione di questo studio scaturisce dal richiamato recente arresto delle Sezioni unite in tema di cerimoniali affiliativi, è necessario prendere le mosse dai pregressi orientamenti o, forse meglio, disorientamenti che la stessa giurisprudenza nei decenni ha prodotto sul tema della sufficienza del rituale d'affiliazione al fine di integrare la condotta basica di cui all'art. 416-*bis* c.p., ossia quella di 'mera' partecipazione ad associazione di tipo mafioso. Infatti, l'intervento del massimo consesso nomofilattico non ha avuto ad oggetto questioni interpretative legate, ad esempio, a inconsuete forme di militanza associativa ovvero a inedite interazioni tra sodali ovvero ancora a vere e

⁹ CICONTE, *Riti criminali*, cit., 21.

¹⁰ GRATTERI, NICASO, *Fratelli di sangue*, cit.

¹¹ In termini generali v. CADOPPI, *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, *passim*. Per considerazioni di filosofia morale, ØVERLAND, *Il diritto a sbagliare. Sul presunto diritto morale di fare ciò che è moralmente sbagliato*, in *Ragion pratica*, 2005, 59 ss.; sotto la diversa prospettiva penalistica, SPENA, *Un diritto di agire in modo penalmente illecito?*, *ivi*, 139 ss.

proprie nuove forme di criminalità organizzata¹², ma la manifestazione più elementare della fattispecie, che discende da quel laconico “far parte” di un’associazione di tipo mafioso, espressione che il legislatore del 1982 ha utilizzato nella formulazione della novella codicistica. La concisione della descrizione – meglio sarebbe dire l’indeterminatezza – ha procurato un’alquanto libera attività di riempimento di contenuti, cioè di concretizzazione da parte della giurisprudenza che, trovandosi a operare con una fattispecie molto, troppo ‘aperta’, ha dato vita a soluzioni ermeneutiche parecchio eterogenee che incidono, direttamente od obliquamente, sulla sufficienza del rituale di affiliazione ai fini della responsabilità in qualità di partecipe *ex art. 416-bis c.p.*¹³.

Tali oscillanti evoluzioni della giurisprudenza di legittimità sono ben evidenziate nella pronuncia delle Sezioni unite da cui abbiamo preso le mosse. È lo stesso massimo consesso, infatti, a precisare che le prime elaborazioni conferivano centralità e rilevanza assorbente all’elemento dell’adesione psichica all’associazione. Secondo tale impostazione, infatti, la volontà di aderire al sodalizio di per sé ne accresce le potenzialità criminali e, dunque, sarebbe bastevole a configurare la condotta partecipativa, risultando irrilevanti eventuali atti espressivi di tale intendimento, superflui ai fini del perfezionamento della fattispecie¹⁴. Le Sezioni unite, nel richiamare questo primigenio assunto, non citano espressamente alcun specifico precedente, ma è intuibile che tale tendenza interpretativa sia stata la ‘gemmazione’ sviluppatasi dalla giurisprudenza sul delitto di

¹² È noto, infatti, che la formulazione alquanto elastica e ‘sociologica’ dell’art. 416-*bis* c.p., sebbene nata per arginare le più tradizionali consorterie mafiose, si è prestata a operazioni ermeneutiche ‘evolutive’ utilizzate per reprimere anche nuove forme di criminalità, come le mafie delocalizzate o straniere, strutturalmente differenti dal modello tenuto in considerazione dal legislatore storico. In tema si rinvia a MERENDA, VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis c.p. tra teoria e prassi*, in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti, Luparia Donati, Bologna, 2020, 37.

¹³ Per considerazioni sulla “tipicità inafferrabile” della fattispecie associativa di tipo mafioso, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 240-241; ID., *Prospettive non ‘emergenziali’ di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dominatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinarie*, a cura di Moccia, Napoli, 1999, 161; ID., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2002, 42; FIANDACA, *Le fattispecie associative “qualificate”*, in *I reati associativi*, Milano, 1998, 54 ss.; CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, 81 ss. Nel senso di una sufficiente determinatezza della fattispecie, invece NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, 115; FLICK, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall’art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 855 ss.

¹⁴ Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, Modaffari, cit., 19.

associazione a delinquere semplice *ex art.* 416 c.p.¹⁵. L'appiattimento della fattispecie sulla mera *affectio societatis* e, dunque, sulla nuda volontà adesiva capace di per sé, secondo tale orientamento, di produrre un contributo al raggiungimento dello scopo sociale, invero, «più che esprimere una esigenza di tipizzazione e materializzazione della condotta punibile, indica la *ratio puniendi* utile a giustificare il contestuale convergere di due autonome fonti incriminatrici, il concorso criminoso e l'associazione per delinquere, sullo stesso *plafond* fattuale»¹⁶.

2.1 *La concezione causale*. I limiti del modello incentrato sull'adesione psichica erano abbastanza evidenti, quantomeno in termini di sfuocata materialità e offensività¹⁷, tanto che già a metà degli anni '80 la stessa giurisprudenza ha preteso maggiore pregnanza empirica ai fini della condotta partecipativa, richiedendo «un contributo causale minimo ma non insignificante alla vita dell'associazione»¹⁸. Affiorava così la concezione c.d. causale volta a superare quell'inafferrabilità della partecipazione se agganciata alla dimensione soggettiva, rimodulando la fattispecie con una connotazione oggettiva e ristabilendo in astratto un più corretto rapporto tra i due momenti¹⁹.

¹⁵ VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 127 ss., che richiama Cass., sez. I, 21 dicembre 1978, Ricci, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 381 ss., con nota di MARTINI, *Osservazioni sul rapporto strutturale tra collusione e corruzione*.

¹⁶ VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 128.

¹⁷ 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*, a cura di Picotti, Fornasari, Viganò, Melchionda, Padova, 2005, 176. Oggi, la pronuncia delle Sezioni unite che ci occupa, a proposito di tale orientamento, afferma: «Una simile conclusione, che considera la volontà interiore punibile anche in assenza di estrinsecazione, portava con sé una pluralità di problemi di non agevole soluzione, quali 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 concreto *vulnus* ai principi di personalità della responsabilità penale (imputandosi al sodale – rimasto concretamente estraneo – i crimini perpetrati dalla consorterìa), di offensività e di materialità»; cfr. Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, Modaffari, cit.

¹⁸ Cass., Sez. I, 24 aprile 1985, Arslan, in *Cass. pen.*, 1986, 822. In senso conforme, Corte d'App. Roma, 1° febbraio 1985, Materazzo e altri, in *Cass. pen.*, 1988, 1189; Cass., 27 gennaio 1986, Scala, in *Giust. pen.*, 1987, III, 156; Cass., Sez. I, 19 gennaio 1987, Cillari, in *Cass. pen.*, 1989, 34; Cass., 13 giugno 1987, Altivalle, in *Cass. pen.*, 1988, 1822; Cass., 29 aprile 1988, Stabile, in *Giust. pen.*, 1989, II, 555; Cass., Sez. II, 15 aprile 1994, Matrone, in *Cass. pen.*, 1996, 76; Cass., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Mass. Uff.*, n. 198328. In dottrina, RUBIOLA, *Associazione per delinquere di tipo mafioso*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, 1988, 4.

¹⁹ MAIELLO, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 5, 2021, 5.

Nonostante tale filone interpretativo mirasse a mettere a fuoco un contenuto oggettivo della partecipazione conforme ai principi di materialità e offensività, nella prassi è risultato però scarsamente determinato in carenza della corretta individuazione di parametri certi cui ancorare l'accertamento del contributo causale rilevante. Questo nuovo corso giurisprudenziale, fondandosi su parametri di tipicità troppo elastici, si è rivelato a forte vocazione estensiva, finendo «con l'attrarre nell'area di operatività della fattispecie l'intera gamma delle condotte in astratto funzionali alla vita dell'associazione»²⁰. In più, concentrando l'attenzione sul [solo] contributo causale alla vita dell'associazione, si è eccettuato l'affievolimento se non l'annullamento del discrimine con la 'confinante' figura del concorso eventuale in associazione mafiosa, fondendosi le due ipotesi nella mera attitudine causale della condotta ad avvantaggiare l'organizzazione²¹. La sentenza delle Sezioni unite che ci occupa, inoltre, rileva che «una prospettiva esclusivamente (o prevalentemente) incentrata sull'apporto causale finisce comunque per collidere con il dato letterale della disposizione che, incriminando "chi fa parte" dell'associazione, sembra presupporre una piena compenetrazione del soggetto nella compagine criminosa della consorteria e non solo una condotta di ausilio al perseguimento degli obiettivi delittuosi»²².

2.2 Il modello organizzatorio puro. Si è sviluppato, così, altro filone interpretativo, detto organizzatorio puro (o strutturale), proprio a partire dall'esigenza di distinguere la condotta partecipativa da quella di concorso c.d. esterno nell'associazione mafiosa. Tale ulteriore orientamento, infatti, si dipana in concomitanza al consolidamento della giurisprudenza di legittimità sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo in base al combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. Sebbene già in precedenza – pur di poco – le sezioni semplici della Cassazione avessero sancito che per l'integrazione della condotta partecipativa non era sufficiente un consapevole apporto causale

²⁰ MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di Patalano, Torino, 2003, 269 ss., ora in ID., *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, 50. Più recentemente, nello stesso senso MERENDA, VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis c.p. tra teoria e prassi*, cit., 60-61. Le Sezioni unite ripredono e condividono il rilievo; cfr. Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, Modaffari, cit., 19-20.

²¹ FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, 88.

²² Cass., Sez. un., 27 maggio 2021, Modaffari, cit., 20.

ad alcune attività dell'associazione (utile semmai al concorso eventuale *ex art. 110 c.p.*)²³, furono le Sezioni unite che fissarono il nuovo orientamento nell'ambito proprio della risoluzione dei conflitti giurisprudenziali in tema di concorso c.d. eventuale, ammettendone la configurabilità a talune condizioni²⁴. Se da un lato, infatti, si affermò che per integrare la condotta partecipativa occorresse entrare nell'associazione e diventarne parte, dall'altro si precisò che concorrente 'esterno' era chi mancava della volontà di aderire come intraneo al sodalizio criminoso, configurandosi viceversa il suo ruolo nel contributo occasionale, eccezionale e temporaneo, in una fase patologica di c.d. fibrillazione dell'associazione, pur nella consapevolezza di favorire in tal modo il mantenimento dell'associazione²⁵. Alla luce di tale ultima impostazione, mentre il partecipe svolge un ruolo riguardante la "normalità" della vita associativa, il concorrente *extraneus*, invece, ne svolge uno attinente alla "anormalità" della stessa vita, in una fase di emergenza, di patologia, per il cui superamento il contributo esterno risulta necessario, mancando o risultando inadeguate le risorse interne al sodalizio²⁶. A differenza del concorrente "necessario", dunque, quello "eventuale" seguendo tale orientamento è colui che, non essendo "parte" del sodalizio, pone in essere una condotta "atipica"; «condotta che, per essere rilevante, deve contribuire - atipicamente - alla realizzazione della condotta tipica posta in essere da altri»²⁷.

²³ Cass., Sez. fer., 1° settembre 1994, Graci, in *Cass. pen.*, 1995, 539. Sull'inversione di tendenza imputabile a questa sentenza, cfr. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 171 ss.

²⁴ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994 (dep. 28 dicembre 1994), Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842 ss., con nota di IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*.

²⁵ Per argomenti contrari a questa definizione del concorso esterno legata necessariamente a una fibrillazione dell'associazione, nel senso che il fenomeno può riguardare invece anche la normalità della vita dell'organizzazione, si vedano i rilievi di FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di Militello, Paoli, Arnold, Milano-Freiburg, 2000, 258; IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2081. Pur condividendone le ragioni politico-criminali, in senso critico per la forzatura ermeneutica derivante da tale orientamento giurisprudenziale in tema di concorso eventuale *ex art. 416-bis c.p.*, si veda anche CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Moccia, Napoli, 2007, 528.

²⁶ Per commenti e rilievi sulla sentenza "Demitry", tra gli altri, FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, 3-4, 691 ss.; MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 467 ss.

²⁷ Il virgolettato è tratto sempre dalla sentenza "Demitry", cit.; per ulteriori commenti si veda pure TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, 2008, Milano, 407.

Sul versante ‘interno’ alla tipicità associativa *ex art. 416-bis c.p.*, tale orientamento organizzatorio puro, sulla scorta di posizioni della dottrina²⁸, nel definire i confini col concorso ‘esterno’ mette in rilievo il carattere bilaterale e non unilaterale della fattispecie partecipativa²⁹, ove il fulcro del fatto risiede nell’accordo, nel rapporto di compenetrazione dell’individuo nell’organizzazione. Dunque, l’ingresso nell’associazione, sia esso rituale o no, è indispensabile e ciò però presuppone, da un lato, la sua accettazione da parte dei sodali e, dall’altro, l’adesione alle regole dell’organizzazione, il tutto determinando l’acquisizione dello *status* di membro che, a sua volta, genera l’obbligo di obbedienza gerarchica e di omertà, la “messa a disposizione” come impegno a realizzare il programma associativo, nonché il potere d’impartire ordini secondo una prospettiva di funzionalità agli interessi del gruppo³⁰.

2.3 *Il modello eclettico.* Nonostante quest’ultimo orientamento giurisprudenziale – rispetto agli esiti prassiologici di quello puramente causale – costituisca uno sforzo di tipizzazione *in action* per tratteggiare con minor vaghezza la realtà socio-criminologica caratteristica della relazione intercorrente tra l’associato e l’associazione³¹, la letteratura penalistica ha ben rilevato che comunque potrebbe assecondare derive formalistiche nel momento in cui dovesse esaurirsi nella mera ricognizione di uno *status*, senza l’accertamento concreto della realizzazione di attività espressive del ruolo. In sostanza, l’ingresso e la “messa a

²⁸ SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, 5^a, Padova, 1997, 85 ss., secondo cui «non è sufficiente che il soggetto “prenda parte” all’associazione [...] il dato normativo richiede esplicitamente molto di più: richiede che egli “faccia parte” di essa. Per fare parte di un’associazione è necessario che la stessa, attraverso i suoi organi, accetti il soggetto come membro o comunque gli riconosca di fatto tale qualità». Ha auspicato l’abbandono del modello causale a favore di quello organizzatorio, anche DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, 297 ss.

²⁹ In tal senso chiarissima anche Cass., Sez. un., 21 maggio 2003, Carnevale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 322, con nota di DENORA, *Sulla qualità di concorrente “esterno” nel reato di associazione di tipo mafioso*. Secondo tale pronuncia, l’adesione di per sé, se non si combina con la condotta degli altri associati, non è tipica rispetto alla fattispecie di partecipazione, che è tale solo se genera «un’unione di forze per imprese che generalmente trascendono le capacità individuali».

³⁰ Per un perspicuo inquadramento di quest’orientamento giurisprudenziale, si rinvia a VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 174; FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso*, cit.

³¹ MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., 55, parla di «(una sorta di) pre-comprensione dell’associato di mafia di origine socio-criminologica, maturata dall’esperienza di funzionamento di organizzazioni mafiose fortemente gerarchizzate, del tipo di quelle che – anche nel senso comune – identificano l’apparato mafioso. E tuttavia occorre prendere atto che tutto quanto appare un passaggio in qualche modo imposto dalla formulazione della fattispecie legale, dovuta alla natura matrice sociologico/mafiosa dei suoi elementi costitutivi a più spiccata funzione descrittivo-definitoriai».

disposizione” come semplice impegno ‘statico’ a favore della consorceria, in carenza di un agire ‘dinamico’ in esecuzione dell’impegno, lascia il campo a una responsabilità da posizione in attrito con un diritto penale del fatto³². Nel tentativo di offrire un modello orientato anche alla materialità partecipativa e non solo al relativo *status*, in dottrina si è sviluppato altro orientamento, potremmo dire eclettico, che ha combinato lo schema causale a quello organizzativo, pretendendo sia lo stabile inserimento nell’associazione, sia un effettivo contributo alla stessa³³. Lo sforzo teorico si è però scontrato, ancora una volta, con una prassi che pur ribadendo a livello retorico la necessità oltre che della volontaria adesione al sodalizio anche di un contributo effettivo allo stesso, ha però degradato tale apporto a uno qualunque, anche minimo e in qualsiasi forma, in questo modo considerando tale anche quello derivante dalla sola dichiarata adesione all’associazione con disponibilità ad agire a suo favore, «accrendone così la potenzialità operativa e la capacità di inserimento nel

³² In tal senso CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 250; ID., *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto penale ‘vivente’ a quello conforme alla legalità costituzionale*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di Picotti, Fornasari, Viganò, Melchionda, Padova, 2005, 129; 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; ID., *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni*, cit., 257. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., 56-60, ritiene, invece, che tali preoccupazioni legate alla carente offensività di una fattispecie così ricostruita, nascondano preoccupazioni di un’eccessiva semplificazione probatoria, affidata al ‘nudo’ racconto dei collaboratori di giustizia che non dovendo abbracciare anche concreti atti di vita associativa, sarebbe difficilmente falsificabile. Preoccupazioni che, del resto, sarebbero attenuate se rapportate all’orientamento organizzativo e alle implicazioni probatorie richieste da quegli indici rivelatori elaborati dalla giurisprudenza, in quanto chi è “a disposizione” dell’associazione non è detto che viva la quotidianità della cosca e, perciò, tale impostazione varrebbe a restringere l’ambito di punibilità della partecipazione, rispetto a quella causale. Dunque, secondo l’Autore, l’esperienza ordinaria del funzionamento delle associazioni dimostrerebbe la naturale offensività derivante dall’ingresso di nuovi accoliti perché lo stesso avviene in quanto l’associazione lo reputa vantaggioso, salvo quelle ipotesi di adesioni ‘generiche’ di individui privi di spessore criminale destinati a svolgere mansioni molto modeste rispetto a grandi organizzazioni di collaudata pericolosità ove gli altri sodali non potrebbero neppure venire a sapere del nuovo ingresso, ovvero quando il nuovo arrivo non comporta alcun rafforzamento della sensazione di sicurezza degli adepti.

³³ SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 65 ss.; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, 3°, Milano, 2015, 386 ss., sulle possibili combinazioni delle due componenti della condotta di partecipazione (*affectio societatis* e contributo) in assenza di un’affiliazione rituale, 403 ss.; prodromi già in ID., *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1984, 178 ss.; DE LIGUORI, *Art. 416 bis c.p.: brevi note in margine al dettato normativo*, nota a Cass., Sez. I, 30 gennaio 1985, Piraino, in *Cass. pen.*, 1986, 10, 1522 ss.; MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., 60.

tessuto sociale anche mercé l'aumento numerico dei suoi membri»³⁴. Questo modello eclettico o misto, perciò, nella pratica s'è rivelato un espediente per giungere mediante presunzioni a risultati non dissimili da quelli propri dello schema organizzatorio puro³⁵.

2.4 La visione dinamico-funzionale. Un ulteriore passo in questo faticoso e alterno cammino verso un contenuto della partecipazione a ente mafioso più fedele ai principi costituzionali di materialità e offensività, è stato compiuto nel 2005 con un'altra presa di posizione delle Sezioni unite³⁶. Sempre nell'arduo tentativo di tracciare un confine più netto tra partecipazione e concorso 'esterno' a un sodalizio mafioso, il Giudice di legittimità ha individuato la prima figura nella condotta di colui che risulta stabilmente e organicamente inserito nella struttura organizzativa, nel senso che «non solo “è” ma “fa parte” della (meglio ancora: “prende parte” alla) stessa», precisando che tale posizione non può ridursi alla statica acquisizione di un mero *status*, viceversa implicando il “far parte” un «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 decisione in questione, inoltre, segnala alcuni indicatori fattuali che a livello probatorio e sulla base di regole d'esperienza ritenute attendibili, possono rivelare la condotta partecipativa *ex art. 416-bis c.p.*, tra i quali è fatta rientrare espressamente anche l'affiliazione rituale³⁷, però «senza

³⁴ Cass., Sez. II, 6 maggio 2000, Oliveri, in *Cass. pen.*, 2001, 844; in senso analogo Cass., Sez. II, gennaio 2005, Papalia e altri, in *Riv. pen.*, 2006, 92.

³⁵ Il richiamo alla 'presunzione' è chiaro nel momento in cui si afferma che «appare plausibile che già l'inserimento nel tessuto organizzativo dell'associazione costituisca un rafforzamento del sodalizio, che “sa” di potersi avvalere di quel socio allorquando la corrispondente funzione debba essere attivata. La definizione della condotta incriminata come obiettivo contributo idoneo a dar vita autonoma o comunque a rafforzare il sodalizio criminoso, appare dunque accoglibile a patto che [...] si riconosca che la semplice assunzione, da parte dell'affiliato, del ruolo e delle funzioni assegnategli costituisce contributo idoneo al rafforzamento dell'ente», cfr. A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 40.

³⁶ Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, 2, II, 80 ss., con nota di FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, 86 ss.; pubblicata anche in *Cass. pen.*, 2005, 12, 3732 ss., con nota di BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*. FIANDACA, *Nota a Cass. 5 giugno 2013, Spagnolo*, in *Foro it.*, 2014, II, 161, riconosce alla sentenza “Mannino” il merito di aver elaborato «una concezione della partecipazione associativa meno generica e ambigua di quella riscontrabile nella giurisprudenza precedente».

³⁷ Insieme all'affiliazione rituale, la sentenza “Mannino” come altri indici include anche i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di “osservazione” e “prova”, l'investitura della qualifica di “uomo d'onore”, la commissione di delitti-scopo, oltre a molteplici, variegati e però significativi “*facta concludentia*”.

alcun automatismo probatorio». Tali indicatori, dunque, dalla Cassazione sono visti come fatti dai quali può risultare legittimo inferire «la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo nonché della durata, e sempre utilizzabile, “messa a disposizione” della persona per ogni attività del sodalizio criminoso».

Da siffatta presa di posizione della giurisprudenza, in dottrina si è dedotto che la tipicità partecipativa dovrebbe essere intesa in senso fattivo, come concreta realizzazione di atti di militanza associativa³⁸. E, in effetti, si dà maggiore risalto alla proiezione dinamica del ruolo funzionale di componente organico di un ente criminoso, mettendo a miglior fuoco il modello organizzatorio secondo una visione fattuale dell’inserimento nella struttura, espresso dal reale svolgimento di compiti espressivi del ruolo. Ciò detto, però, sembra che tale orientamento giurisprudenziale pretenda sì il compimento di atti, accontentandosi però anche di quelli meramente espressivi dello *status* di partecipe³⁹, ma non anche effettivi contributi causali più pregnanti aventi la capacità, empiricamente verificabile, di incrementare la concreta pericolosità del sodalizio, i quali supererebbero definitivamente la censura d’insufficiente offensività della condotta partecipativa⁴⁰.

La giurisprudenza ha coltivato ulteriormente l’orientamento dinamico-funzionale in altre pronunce, approfondendo il ruolo degli indicatori probatori d’intranquillità e, in particolare, dei riti di affiliazione, contribuendo a dissipare possibili equivoci sorti a proposito della loro fraintesa qualità di elementi della tipicità, e non di meri materiali della relativa prova. A tal proposito si è chiarito che le esemplificazioni casistiche tra le quali quelle dei cerimoniali di affiliazione, sono appunto degli indici rivelatori tratti da regole di esperienza pratica utili alla verifica processuale del dato di tipicità che rimane quello della compenetrazione nell’ente criminoso a mezzo di un apporto concreto alla vita dello stesso. Seguendo tale orientamento, del resto, la tipicità della partecipazione non implica necessariamente un rilevante apporto causale alla vita associativa (confermandosi così l’adesione tendente più al modello organizzatorio ‘debole’), come invece richiesto per il concorrente esterno, essendo sufficiente un

³⁸ MERENDA, VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis c.p. tra teoria e prassi*, cit., 64. L’espressione «militanza associativa» è di MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminata legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 60.

³⁹ MAIELLO, *L’affiliazione rituale alle mafie storiche*, cit., 11.

⁴⁰ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, cit., 128-131.

comportamento concreto e riconoscibile, teso ad agevolare il perseguimento degli scopi associativi in maniera non puramente teorica, tale da rappresentare una condotta indicativa dello stabile inserimento del soggetto nel gruppo¹¹. Tale ultimo modello organizzatorio-funzionalista, dunque, sul piano logico presuppone un accordo d'ingresso, ossia l'*affectio societatis* come volontà del singolo di far parte del gruppo criminoso con piena condivisione dei fini perseguiti e dei metodi utilizzati. Tale *affectio*, però, da sola è insufficiente perché si deve accompagnare a un'effettiva attivazione del soggetto, rivelata da indici probatori capaci di dimostrare l'inserimento nella realtà dinamica del gruppo, andando così asseritamente oltre la semplice "messa a disposizione", evanescente nella sua dimostrabilità e in contrasto col principio di materialità. La ricostruzione probatoria - anche in via indiziaria attraverso condotte logicamente rivelatrici - serve a una gradazione della composità dello stabile inserimento nel gruppo, che però «non può essere individuato in una mera "predisposizione dell'anima"», escludendo così dalla sfera di responsabilità il mero accordo d'ingresso ad esempio attraverso il rituale di affiliazione, a cui non abbia fatto seguito un visibile attivismo associativo, ossia una percepibile [semplice] esteriorizzazione del ruolo. L'affiliazione rituale, in quest'ottica, ha il valore 'statico' di volontà di "far parte", potremmo dire d'indizio, cui può non seguire l'effettiva assunzione di un ruolo in seno alla consorteria. Se ci si accontentasse del 'rito' delle parole, la responsabilità a titolo di partecipazione si fonderebbe su una falsa massima d'esperienza, destinata a essere smentita da tutte quelle situazioni in cui nella realtà l'adepto rimane inattivo¹².

3. *La recente presa di posizione delle Sezioni unite nella sentenza 'Modaffari'*. Se quanto sinora scritto è a grandi linee la sintesi degli sviluppi che la giurisprudenza ha prodotto sul tema dell'affiliazione formale a un sodalizio mafioso, bisogna ricordare però che sino a tempi recenti la stessa Corte di cassazione ha tenuto anche delle posizioni, richiamate nell'ordinanza di rimessione alle

¹¹ Cass., Sez. I, 30 dicembre 2016, Pesce e altri, in *Mass. Uff.*, n. 269041. Apprezzamenti su tale pronuncia sono stati formulati da MAIELLO, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche*, cit., 11 ss., che auspica una consolidazione nomofilattica sulla scia della stessa; e da MERENDA, VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit., 75, nota 74, che la definiscono «la presa di posizione più matura sul tema della partecipazione associativa».

¹² Paradigmatico il caso della condanna in primo grado di Giuseppe Greco - il figlio, regista cinematografico, di Michele Greco, il c.d. papa della cupola mafiosa - che rimase del tutto inattivo dopo essere stato comunque ritualmente affiliato in segno di deferenza al padre.

Sezioni unite⁴³, rimaste legate alla sufficienza della mera adesione rituale all'associazione. Gli argomenti sono quelli già spesi in passato: essendo la fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p. fondata sul pericolo presunto, per l'offesa all'ordine pubblico sarebbe bastevole la formale adesione all'associazione, soprattutto se si tratta di una delle mafie storiche, in quanto la 'messa a disposizione' della consorterìa sarebbe di per sé idonea ad accrescere le potenzialità operative e intimidatorie del sodalizio non essendo indispensabile né che l'adepto si renda protagonista di specifici atti esecutivi del programma criminoso, né di qualsiasi altra condotta comunque idonea a rafforzarne la struttura operativa⁴⁴. Dunque, questo era il panorama dei contrasti giurisprudenziali sul quale ha tentato di dare un'indicazione univoca il massimo consesso del Giudice di legittimità.

Le Sezioni unite della Cassazione nella recente sentenza dalla quale ha preso l'abbrivio questo lavoro, cercano di evitare la compiuta adesione a uno dei richiamati modelli astratti di condotta partecipativa, esplicitandone i relativi limiti. Per il modello che privilegia l'aspetto organizzatorio, infatti, si evidenzia che la rituale affiliazione è insufficiente perché, non pretendendo alcuna concreta attivazione a favore del sodalizio, si dimostra del tutto contrario ai principi di materialità e offensività. Anche per il modello che elegge l'apporto causale a elemento fondante la partecipazione *ex art. 416-bis* c.p., la Cassazione censura, da un lato, l'ibridazione che ne discenderebbe rispetto al concorso c.d. esterno non permettendone una sufficiente distinzione e, dall'altro, l'aprioristica degradazione della 'messa a disposizione' che finirebbe per non aver alcun peso nel riconoscimento della condotta partecipativa a fronte, invece, della sua rilevanza, quantomeno a livello probatorio, che in alcuni casi la stessa può avere. Neppure il modello 'eclettico' trova piena condivisione perché, nonostante l'affermato e astratto ruolo determinante attribuito all'apporto causale nelle condotte partecipative, lo stesso di fatto cede allorché l'ingresso rituale nel sodalizio è reputato dotato di efficienza causale *in re ipsa*.

Le Sezioni unite, dunque, esigono un *quid pluris* rispetto al formale ingresso, rappresentato dalla «concreta ed effettiva attitudine del nuovo adepto di svolgere i compiti allo stesso affidati», requisito che dunque sembra rimanere pur sempre a livello di 'disponibilità' che, del resto, dovrebbe essere reale e non meramente formale, contribuendo così, secondo la Corte, ad accrescere le

⁴³ Cass., Sez. I, 9 febbraio 2021, Modaffari, reperibile su www.sistemapenale.it.

⁴⁴ Cass., Sez. II, 3 maggio 2019, Zindato, in *Mass. Uff.*, n. 276122-01; Id., Sez. V, 3 giugno 2019, Geraci, in *Cass. pen.*, 2020, 9, 3222 ss.

potenzialità del sodalizio e quindi a rendere la condotta pericolosa per il bene giuridico tutelato. Le Sezioni unite, così, richiamano e dichiarano di voler confermare le conclusioni cui erano già giunte con la sentenza ‘Mannino’, assecondando il concetto di una partecipazione necessariamente attiva, dinamica e non meramente statica che invece ridurrebbe la responsabilità ad una semplice volontà che al più farebbe acquisire uno *status*. Per “far parte” di un’associazione di tipo mafioso, dunque, è essenziale «un contributo, anche in forme atipiche, ma effettivo, concreto e visibile reso dal partecipe alla vita dell’organizzazione criminosa». Nell’ottica delle Sezioni unite, è sufficiente un «qualsivoglia “apporto concreto”», anche minimale, sia materiale che morale, che sia però riconoscibile, in guisa da dimostrare, anche in via indiziaria, l’inserimento attivo con carattere di stabilità.

Il giuramento mafioso, dunque, se di per sé non è sufficiente a integrare la fattispecie di cui all’art. 416-*bis* c.p. perché allo stesso «può non seguire l’effettiva assunzione di quel ruolo assegnato o promesso dall’affiliante», è del resto considerato «denso di significati probatori» utili a comprovare l’effetto dello stabile inserimento del partecipe nel consorzio criminoso, considerato momento proprio e sufficiente della tipicità della condotta partecipativa. In definitiva, secondo le Sezioni unite, il rituale affiliativo non integra necessariamente la fattispecie di partecipazione ad associazione di tipo mafioso perché vi possono essere dei casi concreti in cui allo stesso rito non faccia seguito un’effettiva “messa a disposizione” a favore del sodalizio, che del resto sarebbe sufficiente non essendo necessaria una più concreta attivazione a favore del gruppo. Il giuramento di mafia, lungi dall’aver efficienza causale *ipso facto*, è visto come un momento «potenzialmente equivoco» che, d’altronde, in base alla realtà criminale concreta, può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio, ove non si fermi alla semplice dichiarazione di volontà, ma costituisca invece una seria «offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione».

L’equivocità del giuramento rituale, secondo la Cassazione, va sciolta alla luce di comprovate e consolidate massime di esperienza, ritenute capaci di verificare o falsificare la serietà dell’affiliazione e la continuità dell’impegno assunto, cioè di quella “messa a disposizione” rivelata da comportamenti di fatto, successivi ma eventualmente anche precedenti alla formale affiliazione, però non necessariamente attuativi delle finalità criminali dell’associazione, ma semplicemente dimostrativi dell’effettiva ammissione al gruppo, non potendo

quest'ultima vincolarsi esclusivamente alla successiva e solo eventuale "chiamata" per l'esecuzione di un incarico specifico⁴⁵.

Le massime d'esperienza – ossia le generalizzazioni empiriche socio-criminologiche fondate su ripetute osservazioni di altri fenomeni analoghi al caso particolare – secondo le Sezioni unite costituiscono la chiave ermeneutica per la conferma della serietà e stabilità dell'affiliazione rituale. Soprattutto per le mafie c.d. storiche, la Corte reputa le massime d'esperienza – specie quelle d'origine "giudiziaria" dedotte dai tanti processi che hanno ricostruito le dinamiche interne ai sodalizi criminali – uno strumento indispensabile per leggere il materiale probatorio con una 'lente' particolarmente attendibile. Tale 'lettura' con l'ausilio delle massime d'esperienza, del resto, per stessa ammissione delle Sezioni unite, deve essere prudente e sempre passata al 'filtro' della motivazione della sentenza. La cautela è imposta, infatti, dalla considerazione che le stesse massime d'esperienza sono improntate alla logica della verosimiglianza e non della certezza che a un fatto consegna sempre un dato effetto. La sola probabilità, dunque, non è sufficiente se essa non trovi suffragio in una motivazione che confermi e dimostri che la generalizzazione della massima d'esperienza trovi riscontro nel caso particolare⁴⁶. Detto in altri termini: se dalla massima d'esperienza tratta dagli altri processi alla 'ndrangheta si può ritenere che 'normalmente' chi presta il giuramento d'ingresso aderisce in maniera stabile al sodalizio e che ciò di per sé vale come seria "messa a disposizione" dello stesso, nella motivazione il giudice deve comunque corroborare la sua decisione dimostrando che quella generalizzazione socio-criminologica è applicabile anche al caso concreto, per raggiungere così quell'«alto grado di probabilità logica della spiegazione causale ipotizzata permettendo il superamento del dubbio

⁴⁵ Le Sezioni unite nella sentenza in questione, per verificare la serietà e stabilità dell'affiliazione rituale, conferiscono possibile valore probatorio, «oltre all'accertamento della comprovata mafiosità del gruppo associante, alla "qualità" dell'adesione ed al tipo di percorso che l'ha preceduta, alla dimostrata affidabilità criminale dell'affiliando, alla "serietà" del contesto ambientale in cui la decisione è maturata, al rispetto delle forme rituali anche con riferimento all'accertamento dei "poteri" di chi sceglie, di chi presenta e di chi officia il rito dei nuovi adepti, alla tipologia del reciproco impegno preso, alla misura della disponibilità pretesa e/o offerta e ad ogni altro elemento di fatto che, sulla base di tutte le fonti di prova utilizzabili e di comprovate massime di esperienza, costituisca circostanza concreta, capace di rendere inequivoco e certo il contributo attuale dell'associato a favore della consorceria mafiosa».

⁴⁶ In questi termini già Cass., Sez. V, 7 ottobre 2016, Falco, in *Cass. pen.*, 2017, 5, 2023 ss.; Id., Sez. II, 9 giugno 2006, Sessa, in *De Jure*; Id., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *De Jure*. Nella giurisprudenza precedente si segnala un orientamento contrario all'uso delle massime d'esperienza per la ricostruzione dei fenomeni mafiosi, cfr. Cass., Sez. I, 29 maggio 1989, Ollio, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce Prova penale, n. 25; Id., Sez. VI, 16 dicembre 1985, Spatola, in *Mass. Uff.*, n. 171998.

ragionevole».

È sempre la Cassazione a sezioni unite che però, con incoerenza latente, soggiunge che non essendo la “messa a disposizione” «un “evento” oggettivamente rilevabile alla luce della sua innegabile connotazione di immaterialità, ai fini della sua valutazione non potrà utilizzarsi il “parametro” della causalità e si dovrà invece ricorrere a quello della “rilevanza” in concreto». In ogni caso, ritornando alla verifica causale della seria “messa a disposizione” svelata dal grave indizio dell’affiliazione rituale, le Sezioni unite ritengono che, a titolo esemplificativo, questa possa essere probatoriamente confutata da condotte volontarie di disobbedienza, disinteresse, allontanamento o da altre circostanze oggettive di segno contrario o comunque fortemente ambigue che contraddicono o indeboliscono la serietà dell’impegno assunto col giuramento di mafia. Dunque, ad esempio, la massima d’esperienza potrebbe essere smentita nel momento in cui la rituale affiliazione sia stata il frutto di vincoli di parentela o affinità, esito di una sorta di automatismi familiari e sociali tali da porre in dubbio la serietà dell’effettiva intraneità all’associazione¹⁷.

4. *Una plausibile interpretazione alternativa per un modello ‘forte’ di offensiva partecipazione ad associazione mafiosa.* In definitiva, secondo l’ultimo arresto della superiore adunanza della Cassazione, per la partecipazione a un’associazione di tipo mafioso [in taluni casi] non “basta la parola” come recitava invece un noto spot pubblicitario di qualche tempo fa, ma ci potrebbe essere bisogno di un *quid pluris*, un qualunque atto che confermi la serietà della parola. La c.d. ‘dinamicità’ che le Sezioni unite vogliono affidare alla condotta partecipativa, dunque, sembra risiedere nell’esigenza che la ‘parola’ sia confermata all’occorrenza da un ‘fatto’ e che non sia contraddetta da altre circostanze, ponendo la questione forse più su un piano probatorio e casistico in quanto il fulcro della fattispecie rimane pur sempre imperniato sul «patto» e sul relativo effetto della «messa a disposizione», ove l’ulteriore ‘fatto’ eventualmente richiesto serve per confermare la loro «serietà ed effettività». In altri termini, si potrebbe dire anche che l’affiliazione rituale, se reputata “seria” in base a elementi di contesto sussumibili in massime d’esperienza e non smentita da altre circostanze, di per sé sarebbe sufficiente a integrare il delitto di cui all’art. 416-bis c.p. Ma a questo punto bisogna chiedersi se il semplice distinguo sulla serietà

¹⁷ Nello stesso senso, già Cass., Sez. V, 20 maggio 2015, Catalano, in *De Jure*.

o no del patto, del giuramento, sia sufficiente a rimuovere il dubbio che si tratti pur sempre di una responsabilità basata su uno *status*.

In effetti, allorché non si pretende un'attività ai fini dell'integrazione della condotta partecipativa, ma ci si contenta di un 'impegno', di una 'disponibilità', il distinguo rispetto alla responsabilità per la mera assunzione di un ruolo rischia di ridursi a una questione puramente nominalistica. Anche il correttivo della c.d. dinamicità è volto pur sempre a pretendere un comportamento sì concreto, ma espressivo tutto sommato di uno *status*, nel momento in cui non esige anche il compimento di attività utili all'associazione perché contribuiscono a rafforzarla o conservarla. Ma se ciò si pretende, il distinguo con il modello causale diviene evanescente perché equivale a richiedere un contributo, appunto, eziologico. Dunque, delle due, l'una: o ci si accontenta di un mero 'impegno a svolgere', vale a dire una manifestazione esteriore di volontà che, seppur confermata da un 'fatto', nella sostanza può equivalere a ricoprire un ruolo, a possedere uno *status* che può andare sì oltre la 'parola', ma tale rimane, cioè un impegno serio; oppure si pretende un *quid pluris* di maggior sostanza, più forte, ossia che il partecipe, per esser realmente tale, svolga effettivamente un compito mediante comportamenti concretamente utili all'associazione. È quest'ultima soluzione quella che sembra assicurare il maggior rispetto del principio di offensività, perché il mero 'impegno a svolgere', quantunque confermato da un comportamento espressivo dello stesso, nella realtà potrebbe rivelarsi inutile per l'associazione se non si traduce in un'attività fruttuosa per l'esistenza o il rafforzamento della stessa⁴⁸.

Quest'ultima obiezione potrebbe essere [apparentemente] superata ascrivendo la fattispecie che ci occupa al novero dei reati di pericolo presunto, in quanto la mera assunzione di un ruolo rafforzerebbe *eo ipso* l'associazione⁴⁹. In sostanza, si tratterebbe di una presunzione di causalità derivante dalla messa a disposizione, coerente con un'idea di associazione come mera assunzione reciproca di ruoli e non come concreto apparato strumentale, idea, quest'ultima, che a differenza della prima si presta a un giudizio in termini d'idoneità offensiva e di efficienza causale⁵⁰.

⁴⁸ CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 426-428.

⁴⁹ DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 142 ss.; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 39 ss. In senso critico FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni*, cit., 256 ss.; INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in CANESTRARI et al., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2014, 423 ss.

⁵⁰ CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di Moccia, Napoli,

Per sopperire alla richiamata lacuna di tipicità a cui nella prassi è andato incontro il modello causale e che ne ha determinato una vocazione estensiva⁵¹, la strumentalità dell'apparato associativo - alla quale ora si è accennato - dovrebbe essere riferita alla commissione di atti intimidatori in quanto è la stessa lettera dell'art. 416-*bis* c.p. che al secondo comma espressamente definisce come mafiosa quell'associazione ove «coloro che [appunto] ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione»⁵². Se, infatti, è certamente vero che non è indispensabile che tutti gli associati compiano tali atti intimidatori e che la partecipazione non consiste necessariamente nella commissione di questi atti, affinché però possa considerarsi partecipe un individuo dovrebbe aver realizzato quantomeno un contributo causale all'associazione, in termini di sua conservazione o rafforzamento, che a sua volta dovrebbe dimostrarsi causale rispetto alla commissione di atti d'intimidazione. In altri termini, gli atti intimidatori devono essere resi possibili, o quantomeno agevolati, dall'esistenza e dalla forza dell'organizzazione che a sua volta deve essere corroborata causalmente dal partecipe, così risultando la partecipazione - sebbene indirettamente - causale pure rispetto agli stessi atti intimidatori⁵³.

Nella sfera di operatività della fattispecie partecipativa, d'altronde, non dovrebbe rientrare qualsiasi condotta in astratto funzionale alla vita dell'associazione, ma solo quelle dotate di tale concreta attitudine causale, ancorché indiretta. Apporto causale che del resto deve essere ulteriormente precisato ai fini della sua rilevanza *ex art. 416-bis* c.p., cioè anche per indurre una meno evanescente distinzione con la figura liminare del concorso c.d. esterno *ex art. 110* c.p. La vera partecipazione ad associazione di tipo mafioso, dunque, non può esaurirsi in qualsiasi contributo causale, altrimenti riemergerebbe il rischio - già concretatosi nella ricordata prassi giurisprudenziale - di un'eccessiva

2007, 298-299.

⁵¹ V. *supra* § 2.1.

⁵² DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 290, richiede il ricorso effettivo alla forza d'intimidazione del vincolo associativo. La necessità dell'effettiva realizzazione di atti d'intimidazione, richiama la tesi della c.d. "struttura mista" della fattispecie di associazione mafiosa, in opposizione ai reati associativi "puri" come l'art. 416 c.p., ove la differenza risiede nel fatto che nel primo caso per il perfezionamento della fattispecie occorre un *quid pluris* oggettivo rispetto alla sola organizzazione pluripersonale e al programma criminoso, rintracciabile nell'avvalimento della forza d'intimidazione del vincolo associativo. In tal senso si rinvia a G. SPAGNOLO, *La messa a fuoco della questione: dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 156 ss.

⁵³ CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 429.

dilatazione della fattispecie che verrebbe legata alla mera causalità⁵⁴. Non dovrebbe rilevare, perciò, qualsiasi contributo, anche il più esiguo, ma solo quelli dotati d'idoneità lesiva perché adeguati, seppur in via anticipata, all'offesa caratteristica⁵⁵, e solo quelli che, inoltre, sono dotati del carattere della stabilità, declinato sotto forma di durata minima e tendenziale protrazione indeterminata, qualità che tutte congiuntamente sono capaci di meglio distinguere il semplice contributo causale, meramente occasionale, dalla vera e propria partecipazione⁵⁶.

Il discorso ci ha condotto verso quello che probabilmente è il nodo gordiano di tutta la questione: individuare quale sia l'offesa caratteristica della fattispecie e valutarne la coniugabilità in termini di causalità. In questa prospettiva, una soluzione coerente con questa interpretazione 'forte' di partecipazione e utile a saggiarne la plausibilità, è quella di escludere che il bene giuridico tutelato dall'art. 416-*bis* c.p. possa essere ascritto al novero di quelle entità sfuggenti, fumose, enigmatiche e tanto manipolabili da anticipare eccessivamente la soglia di punibilità, come possono essere l'ordine o la sicurezza pubblica. Il loro gigantismo e la relativa vaghezza, infatti, non permettono di verificarne empiricamente l'offesa, tantomeno di distinguere l'effettiva lesione dalla messa in pericolo. Certo, si può dire che la 'mafia' costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, democratico, economico, ma ciò a ben vedere in un'accezione che sembra atecnica perché riferibile più a un onnicomprensivo fenomeno criminale e non alla singola fattispecie⁵⁷.

Com'è noto, sono state elaborate molte tesi sul bene giuridico oggetto di tutela della fattispecie di associazione di tipo mafioso, di matrice plurioffensiva o monoffensiva⁵⁸. L'individuazione del bene giuridico, del resto, non può non esser

⁵⁴ Se s'impoverisce e restringe il concetto di partecipazione *ex art. 416-bis* c.p. alla mera causalità, infatti, si dovrebbe negare in radice la stessa configurabilità del concorso 'esterno' in associazione mafiosa, che diverrebbe indistinguibile dalla partecipazione dell'intraneo. In tema G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 475-476.

⁵⁵ CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, cit., 296.

⁵⁶ Per un'argomentazione più compiuta in tal senso, CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 502-503. Per una sottolineatura della necessaria stabilità della partecipazione all'associazione di tipo mafioso, anche SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, 1872-1873.

⁵⁷ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, cit., 126-127.

⁵⁸ Senza alcuna pretesa di completezza, per esempio nel primo ambito si colloca chi ritiene che il bene giuridico sia costituito dall'ordine democratico e dall'ordine pubblico, nonché dalla libertà di mercato e d'iniziativa economica, come TURONE, *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1984, 153 ss.; e FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Bologna, 2021, 516. Sempre nella prospettiva plurioffensiva si pone chi, propendendo per la struttura mista della fattispecie, ritiene invece che oggetto di tutela

condizionata dalle esigenze costituzionali di rilevanza, proporzione, determinatezza e, naturalmente, materialità e offensività, che tutte possono concorrere a tentare di colmare quel ‘vuoto’ descrittivo, a illuminare o quantomeno rischiare l’oscurità della formula vacua del c.d. ordine pubblico. Tenendo nel debito conto tali esigenze e senza trascurare un aggancio al dettato dell’art. 416-*bis* c.p., ma anzi valorizzandolo proprio quanto pretende che i partecipi devono avvalersi della forza d’intimidazione dell’organizzazione, si può meglio racchiudere il bene giuridico nella libertà morale di una pluralità di consociati conculcata da tale forza preponderante⁵⁹. Considerando che le fattispecie associative possono costituire pur sempre un’ipotesi eccezionale e problematica di punibilità di atti preparatori, il bene giuridico così definito permette anche di avanzare un po’ la soglia di punibilità della fattispecie, esigendo un’associazione “che delinque”⁶⁰ – non “per delinquere” – perché abbia già superato la fase dei meri atti preparatori avendo ormai realizzato degli atti intimidatori tali da aver compromesso la libertà morale dei consociati⁶¹.

Il corretto riconoscimento del bene giuridico tutelato dall’art. 416-*bis* c.p. alla luce dei principi costituzionali, influenza anche la definizione della stessa fattispecie come reato di danno ovvero di pericolo. Anche su tale classificazione le posizioni della dottrina non coincidono. Se alcuni, come nella richiamata giurisprudenza, vedono nell’associazione mafiosa un reato di pericolo [presunto] per l’ordine pubblico materiale⁶², altri giungono a opposta conclusione affermando che è fattispecie di danno dato che offende l’ordine pubblico in senso ideale⁶³, ovvero perché lede effettivamente l’ordine pubblico materiale e la

sia l’ordine pubblico materiale e la libertà morale dei consociati, come SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 112 ss. Nell’ambito dell’idea della tutela di un solo bene giuridico, almeno in via principale, invece si colloca chi ritiene che questo sia l’ordine pubblico materiale, nel senso di pace e tranquillità pubblica, come DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, cit., 290; ovvero chi afferma che il bene tutelato sia rappresentato dalla libertà e tranquillità di un numero indeterminato di persone, come DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico*, cit., 290.

⁵⁹ DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 115-116; ID., *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino, 1994, 80-81.

⁶⁰ SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 47 ss., 62 ss.

⁶¹ CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 397.

⁶² INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., 89 ss., spec. 92, il quale ritiene che l’ordine pubblico materiale potrà considerarsi effettivamente leso solo quando si sia verificata la condizione di assoggettamento e di omertà, mediante lo sfruttamento dell’apparato intimidatorio.

⁶³ NEPPI MODONA, *L’associazione di tipo mafioso*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 903s.; MARINI, *Ordine pubblico (delitti contro l’)*, in *Noviss. Dig. It.*, App. V, Torino, 1984, 578.

libertà morale dei consociati⁶⁴. Del resto, le osservazioni svolte in precedenza secondo cui la condotta partecipativa deve apportare un contributo causale all'associazione, non devono per forza intendersi nel senso che la fattispecie richieda un evento in senso naturalistico che sarebbe costituito dall'associazione stessa. Quest'ultima, infatti, potrebbe essere vista come un evento naturalistico, ma forse impropriamente, in quanto la stessa associazione va considerata piuttosto come lo strumento - al quale contribuiscono sì causalmente i partecipi - utile alla commissione di ulteriori condotte tipiche lesive di beni giuridici. L'organizzazione mafiosa è una struttura prodromica alla realizzazione di altri eventi lesivi, che sarà tale solo se avente quella forza d'intimidazione voluta dalla lettera dell'art. 416-*bis* c.p.

La funzione esegetica del bene giuridico come prima focalizzato - ossia la libertà morale dei consociati - sembra militare verso una fattispecie di danno giacché, come prima ricordato, secondo l'impostazione qui accolta è richiesta l'effettiva previa commissione, da parte di uno o più associati, di una pluralità di atti intimidatori⁶⁵. È questa l'interpretazione preferibile perché assicura una minore pervasività della fattispecie e attenua il conflitto col principio di offensività. Se la norma consente, come nel caso di specie, un'interpretazione militante verso la c.d. "struttura mista" dell'associazione mafiosa⁶⁶ - che perciò non si accontenta del pericolo presunto dalla mera esistenza dell'organizzazione - è certamente questa che deve essere favorita rispetto a possibili letture alternative, attraverso la pretesa di un apparato associativo stabile e idoneo a una pluralità di offese. Tale idoneità va dunque ricondotta alla necessità di un sodalizio dotato di un impianto strumentale alla commissione di atti intimidatori, che può essere visto anche come un intermedio "evento di pericolo" durevole e diffuso, al quale deve comunque essere riportata la condotta partecipativa attraverso il contributo causale fornito dall'associato. La partecipazione va dunque causalmente ricondotta a tale concreto evento di pericolo rappresentato dall'organizzazione idonea agli atti intimidatori, cioè a mezzo del contributo causale che il singolo deve dare alla sopravvivenza e al rafforzamento dell'ente

⁶⁴ ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 1999, 207; SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 115.

⁶⁵ DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico*, cit., 290; CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, cit., 439-440, il quale aggiunge che «anche le ulteriori proiezioni lesive tipizzate nell'art. 416-*bis* c.p. come mere finalità alternative - che, quindi, singolarmente considerate, risultano meramente eventuali - restano sullo sfondo e non contribuiscono a definire l'offesa tipica».

⁶⁶ V. *supra* nota n. 52.

mafioso⁶⁷.

Sia si tratti di reato di danno, sia di pericolo concreto, una tale ricostruzione ‘forte’ della condotta partecipativa pare ‘polire’ gli attriti più stridenti col principio di offensività. A essere comunque rivendicata, infatti, è la verificabilità empirica dell’incidenza causale sulla concreta pericolosità del sodalizio. Riman-gono, però, da vagliare le problematiche che ne discendono sotto il profilo dell’accertamento causale. Il nesso, infatti, vede come secondo termine della relazione causale un evento – ovvero sia l’associazione come apparato idoneo alla realizzazione di altri reati – che è colto in una fase preparatoria, e ciò rende meno agevole l’accertamento dell’effettivo contributo in termini appunto di causalità⁶⁸. Non si tratta d’altronde di difficoltà invincibili se si accede a una visione della causalità non vincolata alla *condicio sine qua non*, ma ad una condizione conforme a leggi empiriche, anche nella loro forma semplificata delle massime d’esperienza. Il contributo del sodale sarà dunque comunque causale rispetto al secondo elemento del nesso costituito dall’associazione, non solo in quei casi più pregnanti nei quali la condotta si presenti come necessaria, indispensabile, infungibile, dunque come una vera *condicio sine qua non*, ma anche in quelli in cui abbia solo accresciuto la pericolosità dell’organizzazione in maniera comunque empiricamente verificabile⁶⁹. Le massime d’esperienza, infatti, se validate si possono prestare a disegnare successioni regolari tra accadimenti, equiparabili a quelle delle leggi scientifiche probabilistiche⁷⁰.

Anche nel modello di partecipazione ‘forte’ qui proposto, dunque, si ricorre alle massime d’esperienza, ma mentre il modello ‘debole’ di cui all’ultima pronuncia delle Sezioni unite lo fa per corroborare la serietà dell’affiliazione e, dunque, della semplice “messa a disposizione”, nel modello ‘forte’ le massime

⁶⁷ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, cit., 129.

⁶⁸ Evidenziano tali difficoltà dell’accertamento causale, FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni*, cit., 258-259; DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, 3497, con riferimento al concorso eventuale.

⁶⁹ Su questo modo d’intendere la causalità con particolare riferimento al concorso di persone, si rinvia ad CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 220 ss. e alla letteratura ivi citata. Si veda anche ID., *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, cit., 130-131, che riconduce l’incremento di pericolosità dell’associazione, a titolo esemplificativo, all’apporto in termini di armi, di documenti, di supporto logistico e istruzioni tecniche.

⁷⁰ Com’è nota, sul punto posizione rigorosa è stata espressa da STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 150-152; in senso più favorevole all’uso delle massime d’esperienza, soprattutto nella causalità psichica, invece DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 204.

d'esperienza vengono impiegate per comprovare la causalità delle condotte attuative dell'impegno rispetto alla forza della struttura associativa. Ciò vale – senza gli infingimenti che si celano dietro quei modelli che si accontentano dell'impegno – a superare realmente la responsabilità per mera assunzione di un ruolo.

5. *La proporzione quale principio corroborante il modello 'forte' di partecipazione associativa.* Il modello 'forte' qui propugnato appare dunque preferibile per le già esposte ragioni legate al principio di offensività e sembra pure sottrarsi – in base all'adeguatezza e stabilità del contributo causale – anche a quelle censure adombrate dalle Sezioni unite a proposito dell'affievolimento o annullamento della distinzione rispetto alla limitrofa figura del concorso eventuale in associazione mafiosa. Tale modello più 'robusto' di partecipazione *ex art. 416-bis c.p.*, inoltre, si presenta più coerente anche col principio di proporzione. È noto che difetta un canone per ragguagliare la sanzione al reato in maniera empiricamente proporzionata. Queste due entità, infatti, sono così eterogenee che già a livello legislativo è difficile se non impossibile l'individuazione di un criterio puramente ontologico e inalterabile di quantificazione della sanzione penale. Da ciò discende che l'astratta individuazione edittale della pena è pur sempre legata a un apprezzamento 'politico' che deve compiere il legislatore⁷¹. Del resto, se recentemente la Corte costituzionale ha inaugurato un nuovo approccio in tema di valutazione della proporzionalità della pena astratta, ammettendo la possibilità di censurare una pena perché troppo severa in termini assoluti⁷², *a fortiori* non resta comunque preclusa la possibilità di censurare una

⁷¹ HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. di M. Jori, Milano 1981, 188 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 2004, 395 ss. Sia consentito il rinvio a CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AMISANO, CATERINI, GALLO, *Persona pena e processo, Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, Napoli, 2012, 49 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici ivi indicati.

⁷² La possibilità di censurare la pena perché troppo severa in termini assoluti dal Giudice delle leggi è legata alla capacità della sanzione penale di compromettere i diritti fondamentali del condannato in maniera eccessiva rispetto alle legittime finalità perseguibili mediante la fattispecie. Cfr. Corte cost., n. 236 del 2016; Id., n. 222 del 2018, con nota di BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, *ivi*, 2566 ss., nonché nota di INSOLERA, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, 40 ss.; Corte cost., n. 233 del 2018, con osservazioni di APRILE, in *Cass. pen.*, 2019, 1555 ss.; Corte cost., n. 40 del 2019, con nota di CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss., nonché di BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc.*

pena perché sproporzionata, se ciò è frutto di una valutazione comparativa con un'altra fattispecie più o meno omogenea, quanto a struttura e bene protetto, ma punita meno severamente⁷³. Il paradigma, in questo secondo caso, è quindi quello triadico del *tertium comparationis*, fondato sul giudizio di ragionevolezza⁷⁴.

D'altronde, se nell'ordinamento interno il principio di proporzione può reputarsi un assioma implicito che, attraverso i principi di ragionevolezza e di eguaglianza, pervade comunque l'intero sistema quale limite all'esercizio del potere pubblico⁷⁵, nell'ordinamento europolitano esso riceve invece un espresso riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 49, co. 3, recita: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»; inoltre, all'art. 52, co. 1, sancisce che i diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta possono sì essere limitati, però solo nel rispetto del principio di proporzionalità. Benché il tenore della prima norma parrebbe deporre per un'operatività del principio di proporzione limitata al solo momento dell'irrogazione della sanzione, la seconda disposizione, invece, pretende senza dubbio che il principio di proporzione presieda già al momento della redazione della fattispecie astratta⁷⁶. Alla luce della preminenza del diritto europolitano su

pen., 2019, 967 ss.; Corte cost., n. 88 del 2018, con nota di PIERGALLINI, *L'omicidio stradale al primo vaglio della consulta: tra ragionevoli self-restraint e imbarazzati silenzi*, in *Giur. cost.*, 2019, 1199 ss., spec. § 6.1.

⁷³ Sullo schema triadico e di natura necessariamente relazionale del sindacato di legittimità sul *quantum* astratto delle pene, si rinvia a DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss., spec. 1193; MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 104 ss.; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2012, 394 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss., spec. 374-375. Più recentemente, per un'ampia declinazione del principio di proporzione in diritto penale e costituzionale, si rinvia a VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021.

⁷⁴ MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 2, 61 ss.; PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, *ivi*, 48 ss. Più in generale sul tema della proporzione della pena si veda anche DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; e MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, *ivi*, 1427 ss.

⁷⁵ In tema si veda SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4643.

⁷⁶ Cfr. MANES, *Attualità e prospettive del controllo di ragionevolezza in materia penale*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di Cerri, Atti del

quello interno – che con le sue norme a contenuto dispositivo condiziona certamente l’ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici che all’occorrenza possono essere anche disapplicate – è difficile oggi negare al principio di proporzione di promanazione europea un valore quantomeno condizionante sul piano interpretativo.

È sul piano interpretativo, infatti, che il principio di proporzione può corroborare la scelta dell’interpretazione preferibile in merito agli elementi della fattispecie partecipativa, mettendo a confronto il modello ‘debole’ proposto dalle Sezioni unite e quello ‘forte’ qui propugnato. E invero, se da un lato è ormai acquisizione generalmente condivisa quella secondo cui la scelta da parte del legislatore di una certa qualità e quantità della sanzione dovrebbe dipendere proporzionalmente dal disvalore del fatto nelle sue componenti oggettive e soggettive⁷⁷, dall’altro lato lo stesso principio di proporzione potrebbe presiedere pure all’attività dell’interprete. Bisogna comprendere però in che modo e sino a che punto detto principio possa essere utilizzato alla stregua di un canone ermeneutico utile a equilibrare quelle parti del sistema che risultassero ‘sproporzionate’, ossia irrazionali⁷⁸.

Un possibile squilibrio tra fattispecie emergente dal *tertium comparationis*, si può emendare in due modi: o intervenendo sulla pena, o, qualora ciò non sia possibile, ‘modellando’ gli elementi disvaloriali della fattispecie in maniera proporzionata al peso sanzionatorio considerato dal legislatore. Nel primo caso possono rientrare, ad esempio, quelle ipotesi in cui due fattispecie sostanzialmente identiche sono punite con pene diverse. Qui sarà eventualmente la Corte costituzionale a intervenire sulla pena, riducendola o eliminandola, essendo irragionevole che per fatti dotati di medesimo disvalore si prevedano in astratto pene dissimili o, addirittura, per uno la sanzione penale e per l’altro

Convegno in ricordo di Albino Saccomanno, Roma, 2007, 52, nota n. 67. Sul principio di proporzionalità nelle norme euromunitarie si veda pure MEZZETTI, *L’internazionalizzazione della legge penale*, in *La legge penale*, opera diretta da Ronco, Bologna, 2006, 145 ss.

⁷⁷ Gravità del reato che a sua volta dovrebbe essere desunta in astratto sia dall’offesa oggettiva, sia assumendo come parametro la colpevolezza o, meglio, il titolo d’imputazione soggettiva. La colpevolezza, nella più matura dottrina, ha infatti acquisito un ruolo fondamentale anche di politica criminale, in particolare con riferimento alle sue esigenze orientate ai fini della pena. In tema si veda ROXIN, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in *Festschrift für Hans Schultz*, Bern, 1977, 463 ss.; ID., *Prävention und Strafzumessung*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, München, 1978, 183 ss. Si veda pure MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88 ss. e in particolare 92.

⁷⁸ In tema sia permesso il rinvio a CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, cit., 49 ss.

una sanzione amministrativa o nessuna sanzione⁷⁹. Al di fuori di questi interventi del Giudice delle leggi, all'interprete, in particolare al giudice ordinario, resta la possibilità di utilizzare la comparazione tra le entità delle sanzioni previste in fattispecie assimilabili, come criterio ermeneutico utile alla migliore ricostruzione dei contenuti delle stesse fattispecie per evitare incongruenze sistematiche.

Un possibile parametro normativo col quale confrontare la condotta partecipativa *ex art. 416-bis* c.p. per verificarne la proporzione sistematica, è costituito dall'art. 4, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 159/2011, che prevede le misure di prevenzione per gli «indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis del codice penale». Questa disposizione, fermo restando il distinguo tra i concetti di “partecipazione” e “appartenenza”, è stata interpretata dalla stessa Corte di cassazione nel senso che «non vi è dubbio circa la portata delimitante del termine appartenenza, che non denota una mera contiguità di tipo ideologico ma evoca un legame concreto e operativo (sia sotto l'aspetto materiale che sul versante psicologico) tra il soggetto e l'ente criminale, con tutto ciò che ne deriva in termini di individuazione necessaria – sia pure per indizi – di un fattivo contributo reso dal primo a vantaggio del secondo»⁸⁰. Pretendere

⁷⁹ In casi del genere la Corte costituzionale ha provveduto all'espunzione della norma penale che prevedeva la sanzione più severa. Cfr. per tutte Corte cost., n. 287 del 2001, cit.; Corte cost., n. 426 del 2004. In altre ipotesi la Consulta ha ritenuto di poter essa stessa individuare il nuovo limite di pena, come ad esempio nella sentenza del 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. it.*, 1995, I, 357 ss., con nota di RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, 358 ss.; oppure nella sentenza, in tema di oltraggio, del 25 luglio 1994, n. 341, in *Giur. cost.*, 1995, 1091 ss., con nota di MAZZI, *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*, 1101 ss.; sentenza pubblicata anche in *Foro it.*, 1994, I, 2585 ss., con nota di FIANDACA, il quale solleva alcune perplessità sul potere della Corte di sindacare la fissazione dei limiti edittali, dubbi però superabili di fronte alle intollerabili inadempienze del legislatore. In termini critici sulla possibilità da parte della Consulta di intervenire manipolativamente sulla misura della pena, se non in termini strettamente logico-razionali, si veda CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1091 ss.; in senso analogo PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, 2573 ss. Anche in precedenti occasioni, onde evitare la depenalizzazione, la Corte ha ritenuto possibile individuare la pena da applicare al posto di quella dichiarata incostituzionale. Si vedano, tra le tante, le sentenze n. 26 del 1979; Id. n. 49 del 1989.. Successivamente, con analogo tecnica manipolativa, Corte cost., n. 329 del 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1575 ss., con nota di CHIZZONITI, *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*.

⁸⁰ Cass., Sez. I, 23 ottobre 2017, Gattuso, in *Dir. & giust.*, 2017, 24 ottobre, con nota di LA MUSCATELLA; nello stesso senso Cass., sez. VI, 8 gennaio 2016, Gaglianò, in *De Jure*. Tale orientamento ha costituito un apprezzabile progresso interpretativo rispetto al precedente secondo cui: «il concetto di “appartenenza” richiesto ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione non coincide con quello di “partecipazione”»

un'operosità concreta e materiale' e un 'fattivo contributo' dell'appartenente a un'associazione di tipo mafioso, equivale in qualche modo a considerare essenziale un'attività, non essendo invece sufficiente un semplice 'impegno' o una 'disponibilità'.

Il concetto di "appartenenza" ad associazione mafiosa che fonda quella pericolosità qualificata che nell'ottica del legislatore legittima la prevenzione *praeter delictum*, costituisce una 'dimensione' disvaloriale alla quale bisogna paragonare - e su cui eventualmente occorre modellare in via interpretativa - il 'volume' offensivo della fattispecie partecipativa *ex art. 416-bis c.p.*, al fine di evitare soluzioni irragionevoli per violazione del principio di proporzione. E, in effetti, tale sarebbe quell'opzione ermeneutica che impoverisse di disvalore offensivo la fattispecie di "partecipazione", rispetto a quella di [mera] "appartenenza", a fronte di una severa forbice edittale che assiste la prima, e della natura invece puramente prevenzionale delle misure conseguenti alla seconda. In sostanza, la conformazione al principio di proporzione esige una qualità degli elementi della fattispecie partecipativa *ex art. 416-bis c.p.* che non può essere inferiore a quella della contigua fattispecie di pericolosità⁸¹.

In sintesi, i principi di offensività, di proporzione e anche quello di personalità della responsabilità penale⁸², militano a favore del modello 'forte' qui sostenuto, ossia della pretesa per la configurabilità [anche] della condotta partecipativa di un "fattivo contributo", declinato in termini di causalità come esplicitato in precedenza⁸³.

6. *L'oltremodo ampio spazio semantico della fattispecie partecipativa di cui all'art. 416-bis c.p.* Resta un'ultima obiezione, ricavabile anche dalle argomentazioni svolte dalla Cassazione nella sentenza dalla quale abbiamo preso l'abbrevio, quella secondo cui il modello 'forte' di partecipazione associativa, ossia

occorrente ai fini della commissione del reato. Quest'ultima richiede una presenza attiva nel sodalizio criminoso, laddove la nozione più generica di "appartenenza" è comprensiva di ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di associazione di tipo mafioso, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa», cfr. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2014, Romeo, in *Cass. pen.*, 2014, 3878 ss.

⁸¹ Argomenti in tal senso in MAIELLO, *L'affiliazione rituale alle mafie storiche*, cit., 14-15.

⁸² CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, cit., 129, infatti, evidenzia che un concetto di partecipazione slegato da un legame effettivo con l'associazione mafiosa, per rimanere nel campo ipotetico e prognostico, viola anche il principio di personalità della responsabilità penale.

⁸³ V. *supra* § 4.

la prospettiva incentrata sull'apporto causale, finirebbe per collidere con il dato letterale dell'art. 416-*bis* c.p. che si limita a incriminare chi "fa parte" dell'associazione, senza altri attributi che ne delineino i contenuti. L'espressione laconica usata dal legislatore che non richiede espressamente alcuna attività esecutiva della militanza mafiosa, così ragionando, lascerebbe dunque aperta anche la possibilità d'integrare la fattispecie attraverso il solo rituale d'affiliazione, perché l'aggiunta di altri elementi – come l'apporto causale alla vita associativa – finirebbe per essere una creazione pretoria in violazione del principio di legalità essendo del tutto slegata dal tenore letterale della norma⁸⁴. La formulazione indeterminata della fattispecie, dunque, potrebbe essere adoperata secondo la sua massima ampiezza lessicale, seguendo l'idea secondo cui, *de iure condito*, bisognerebbe assicurarne sempre l'applicazione più lata⁸⁵.

Nella fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p., in effetti, il dato letterale molto 'lasco' si può prestare a un'interpretazione lata dell'espressione "far parte", potendo astrattamente rientrarvi anche condotte, ad esempio, di semplice adesione psicologica, perché "alla lettera" potrebbe considerarsi associato chi condivide le finalità dell'organizzazione e si sente "parte" della stessa, oppure semplicemente chi, oltre a ciò, è accettato dagli altri, secondo le regole rituali, così consacrando l'accordo associativo. Ma questo argomentare, a nostro avviso, "prova troppo", *a fortiori* se si pensa che sarebbe consentito in base ad una norma che è palesemente in attrito col principio di determinatezza⁸⁶. Si tratterebbe di una tipizzazione per via ermeneutica, più o meno stringente a seconda dei 'gusti' dell'interprete. Ciò, d'altronde, se è sì quello che accade nella prassi giurisprudenziale, sol per questo non è detto che sia legittimo⁸⁷. Del resto, se è pur vero che in presenza di una norma così indeterminata nessuna interpretazione, dottrinale o 'vivente' che sia, può eliminare la constatazione che il legislatore ha violato il principio di legalità, in mancanza di un'eventuale ma inattesa presa di posizione della Consulta, non resta che valutare quale sia il significato più

⁸⁴ Per una posizione critica verso l'uso enfaticizzato dell'argomento letterale, si veda INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 430.

⁸⁵ Argomenti in tal senso in DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, 145 ss.

⁸⁶ V. *supra* nota n. 13.

⁸⁷ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe* (1932), Heidelberg, 1999, § 2, 13, da tempo ha infatti messo ben in risalto che «è impossibile dedurre da ciò che è che cosa sia *pieno di valore, giusto*, che cosa *debba* essere. Mai qualcosa è giusta per il solo fatto che è, o che era: o anche, che sarà. [...] Anche con la consapevolezza di una determinata direzione dell'evoluzione non è ancora dimostrata l'inesattezza del "nuotare controcorrente"».

meritevole, sul piano dei princìpi, da attribuire alla formulazione del “far parte”. In definitiva, per andare incontro a quelle stesse esigenze di garanzia a base della *ratio* del principio di legalità e così contenere il possibile arbitrio giudiziale, bisogna capire se quelli che prima abbiamo definito i ‘gusti’ dell’interprete, sono limitati solo dalla lettera [in questo caso molto elastica] della legge, oppure se incontrano dei vincoli anche in altri princìpi superiori, quali quelli di offensività, di proporzione e di personalità della responsabilità penale. Il discorso si schiude così anche verso il divieto di analogia che, però, nel caso di specie non pare prestarsi a definire la specifica questione interpretativa, nonostante il forte richiamo al rispetto di tale divieto che recentemente ha lanciato la Corte costituzionale⁸⁸. Ciò sia perché, su un piano più generale, secondo alcune autorevoli acquisizioni, qualsiasi ragionamento interpretativo in un certo senso è di per sé analogico, perdendo di significato la tradizionale distinzione tra interpretazione restrittiva, estensiva e analogica⁸⁹; sia perché, nel caso particolare, la vaghezza della fattispecie partecipativa rende poco fruttuoso il richiamo al divieto di analogia in quanto, secondo la stessa Consulta, tale divieto «non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo»⁹⁰. Il richiamo a questo principio, dunque, nel caso di specie risulta ‘effimero’ giacché l’ampiezza [*rectius* indeterminatezza] della formula

⁸⁸ Il riferimento è a Corte cost., 28 aprile 2021, n. 98, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁹ Sulla natura analogica di qualsiasi operazione interpretativa, si veda HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, ed. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007, *passim*, spec. 152 ss.; KAUFMANN, *Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 332; ID., *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Heidelberg, 2^a ed., 1982, ed. it. *Analogia e “natura della cosa”. Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2004, 31-32. Nella dottrina italiana si veda RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, *passim*, spec. 708. L’analogia, dunque, non sarebbe una forma di produzione del diritto, ma la modalità ordinaria di interpretare lo stesso. È acquisizione, questa, ormai risalente anche nella letteratura penalistica e muove dall’interrelazione costante tra norma e fatto nel procedimento decisorio, nel senso che quest’ultimo si atteggia come un movimento a spirale: ogni passaggio logico dal fatto alla norma e viceversa, non crea un circolo vizioso, ma consente un crescente avanzamento nella comprensione di entrambi i termini (fattispecie astratta e fatto concreto), un accrescimento della conoscenza che proietta l’interprete verso il superamento del precedente arresto per collocarsi su un livello superiore della conoscenza. Sulla circolarità ermeneutica fra la fattispecie astratta e la situazione concreta, si veda HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., *passim*, spec. 152 ss. KAUFMANN, *Il ruolo dell’abduzione*, cit., 324.

⁹⁰ Corte cost., 28 aprile 2021, n. 98, cit.

legislativa “far parte”, consentirebbe comunque di far rientrare, per esempio, l’affiliazione rituale nel novero dei possibili significati letterali ascrivibili all’art. 416-*bis* c.p.

Il problema ritorna perciò sempre al quesito se il giudice possa rivendicare in ogni caso l’utilizzo di tutto lo spazio semantico della fattispecie, oppure se in alcune ipotesi tale area di possibile astratta significanza letterale possa e debba essere rimodellata in un nucleo meno vasto, ciò in ottemperanza a un sistema di superiori principi. La risposta affermativa a quest’ultima domanda, in verità, è favorita dagli argomenti utilizzati dalle stesse Sezioni unite della Cassazione nella sentenza dalla quale abbiamo preso le mosse. Infatti, espressamente e ripetutamente la Corte invoca i principi di materialità e offensività, con l’effetto di circoscrivere l’ambito di punibilità della fattispecie partecipativa, escludendo dal novero dei pur possibili significati letterali dell’art. 416-*bis* c.p., la partecipazione “non seria”, quella frutto di una mera manifestazione di volontà, quel patto che in realtà non è produttivo di un’offerta di contribuzione permanente. Il metodo sistematico conformato agli assiomi costituzionali, dunque, non sembra seriamente contestabile e può imporre di ridurre lo spazio semantico praticabile dall’interprete, quando questo sia in conflitto con i superiori principi⁹¹. Del resto, tale riduzione del possibile spazio semantico dell’art. 416-*bis* c.p. –

⁹¹ Chiara in tal senso, almeno come petizione di principio, Cass., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), Mariotti, in *Cass. pen.*, 2018, 1452 ss., secondo cui «il canone interpretativo posto dall’art. 12, comma primo, delle preleggi prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della “intenzione del legislatore”. E da tale disposizione – che va completata con la verifica di compatibilità coi principi generali che regolano la ricostruzione degli elementi costitutivi dei precetti – si evince un solo vincolante divieto per l’interprete, che è quello riguardante l’andare “contro” il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell’analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli è invece vietato andare “oltre” la letteralità del testo, quando l’opzione ermeneutica prescelta sia in linea con i canoni sopra indicati, a maggior ragione quando quella, pur a fronte di un testo che lascia aperte più soluzioni, sia l’unica plausibile e perciò compatibile col principio della prevedibilità del comando; sia, cioè, il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al “diritto vivente” nella materia in esame». Peccato che la Cassazione abbia poi, a nostro avviso, snaturato tali affermazioni, nel momento in cui nella stessa sentenza arriva alla conclusione di andare sì oltre la lettera della legge, però in senso sfavorevole all’imputato ampliando la sfera di punibilità in tema di responsabilità medica. A nostro giudizio, come meglio si vedrà nel § 7, il dato letterale può essere sì ‘superato’ dal giudice, ma a certe condizioni, tra le quali quella di un significato che si riverberi a vantaggio dell’imputato. Per un commento a tale decisione si rinvia a CUPELLI, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1470 ss.

sia nel modello ‘debole’ sostenuto dalle Sezioni unite, sia in quello ‘forte’ qui patrocinato – si attua con un’operazione ermeneutica additiva, pretendendo degli elementi aggiuntivi rispetto alla lettera della norma, che devono ricorrere concretamente per integrare la fattispecie partecipativa: nel primo modello, un fatto confermativo della serietà del patto; nel secondo, un fatto causalmente idoneo a conservare o rafforzare l’organizzazione. L’aggiunta di elementi che non figurano nella lettera della norma, quindi, può sembrare un’attività di creazione ermeneutica perché alla stessa norma non si può attribuire un certo senso sol perché è conforme a Costituzione, in quanto, essendo l’interpretazione adeguatrice un’operazione di secondo grado, necessita di una preliminare attività ermeneutica volta ad attribuire un senso alla norma in base agli ordinari canoni ermeneutici di primo grado. L’interpretazione costituzionalmente orientata, perciò, non dovrebbe essere autoreferenziale, ma ‘allocentrica’, nel senso che per giustificare un certo significato di una norma dovrebbero essere portate ragioni ulteriori rispetto al solo adeguamento a Costituzione⁹². Dunque, per tentare di evitare i risvolti di creatività – in qualche modo pur sempre connaturati all’interpretazione adeguatrice – è utile che al senso voluto dalla Costituzione faccia riscontro un senso ricavabile dal sistema penale nel suo complesso. Naturalmente in questa operazione di confronto di ‘significati’, non ci si può limitare, nell’individuazione del senso da attribuire alla singola norma penale, al significato meramente semantico ricavabile solamente dall’interno della stessa fattispecie, ma si dovrà ricorrere a tutti gli altri possibili criteri adottati dalla comunità di interpreti: storico, logico-sistematico, teleologico, metatestuale, ecc. Alla norma, in definitiva, dovrà essere attribuito un significato ‘tutto considerato’, cioè il risultato di un percorso interpretativo utile ad attribuire alla disposizione un senso sistematicamente non contraddittorio, che dovrà connettere la ‘legalità legale’ a quella ‘costituzionale’ secondo quelle che vengono dette le direttive interpretative.

6.1 *Le direttive ermeneutiche utili a definire il significato ‘tutto considerato’ del “far parte” di un’associazione mafiosa. La quaestio iuris* che ci occupa, assumendo come modello ermeneutico quello delle direttive interpretative, costituisce una tipica “situazione d’interpretazione”, ossia la condizione in cui la

⁹² Sul tema si veda in particolare BONCINELLI, *Interpretazione conforme a Costituzione e ragionevolezza: la prospettiva della Corte costituzionale*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di D’Amico, Randazzo, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Torino, 2009, 13 ss.

“norma” che emerge *prima facie* dalla disposizione si rivela opinabile, nel senso che crea un problema interpretativo che occorre in qualche modo risolvere, a differenza delle “situazioni d’isomorfia” ove un caso può essere deciso sulla base del significato diretto della norma sulla scorta della più semplice sussunzione⁹³. La risoluzione della “situazione d’interpretazione”, secondo tale modello, passa appunto attraverso l’applicazione di una serie di direttive interpretative, utili ad attribuire un significato corretto alla disposizione. Tali direttive sono classificate in due categorie: di primo e di secondo livello. La prima è composta da direttive che prescrivono come attribuire un significato a una disposizione giuridica, tenendo conto, in particolare, del “contesto linguistico”, di quello “sistematico” e di quello “funzionale”⁹⁴. Le direttive primarie sono uno strumento dotato di un’immediata efficienza ermeneutica, nel senso che all’interprete forniscono un modo di procedere sulla base del quale è possibile pervenire a un significato attribuibile a una disposizione, sia pur parziale o ancora non ben determinato, ma suscettibile di variazioni, ovvero un significato ancora non ‘tutto considerato’.

Volendo impiegare queste direttive alla “situazione interpretativa” che chiede se sia corretto aggiungere un elemento all’art. 416-*bis* c.p. che *prima facie* ne appare privo (sia esso un fatto confermativo della serietà del patto, oppure un fatto causalmente idoneo), si può osservare che la soluzione che contesta tale possibilità si fonda su una direttiva di [mero] primo livello, ossia quella “linguistica” che vede la singola disposizione come un isolato frammento di discorso che appartiene al sistema linguistico ordinario. Già accedendo alla direttiva sistematica, pur essa di primo livello, la soluzione sembra mutare, nel momento in cui la disposizione non è vista più come semplice entità linguistica, bensì “normativa”, ovvero come una componente di un tutt’uno costituito dall’insieme delle norme giuridiche vigenti. In questo caso, appare militare a favore della correttezza dell’operazione ‘additiva’, ad esempio, la direttiva primaria secondo cui non bisogna attribuire a una disposizione un significato tale per cui essa esprimerebbe una norma logicamente incompatibile o incongruente con altre norme, nel caso di specie l’art. 4, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 159/2011, per

⁹³ Per il modello d’interpretazione operativa basato sulle direttive, si veda WRÓBLEWSKI, *Una base semantica per la teoria dell’interpretazione*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Scarpelli, Milano, 1976, 347 ss.; ID., *Il ragionamento giuridico dell’interpretazione giuridica*, in *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, a cura di Comanducci, Guastini, vol. II, Torino, 1989, 267 ss.

⁹⁴ WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, 1985, 36.

come argomentato in precedenza⁹⁵. Così pure sembrano militare nello stesso senso anche le direttive interpretative funzionali, che guardano alla disposizione come un'entità prasseologica, fondata sull'individuazione del fine che il "diritto" intende perseguire, nel momento in cui ci si discosta dal possibile scopo 'soggettivo' del legislatore o da quello 'oggettivo' della singola disposizione⁹⁶, per accostarsi più a un'interpretazione teleologica nella variante assiologica⁹⁷, volta a orientare i risultati ermeneutici ai valori preordinati ai principi e sovraordinati alla singola disposizione⁹⁸. Nel caso di specie, all'art. 416-*bis* c.p. dovrebbe attribuirsi un significato suggerito dalle 'norme superiori' della proporzione e dell'offensività che informano il sistema penale a cui la fattispecie appartiene. 'Norme superiori' che oltre a trovare un riconoscimento implicito nella Costituzione, lo rinvencono anche in altre disposizioni del complessivo sistema, come nei richiamati artt. 49, co. 3, e 52, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per quanto riguarda il principio di proporzione, e, relativamente al principio di offensività, nella parte generale del codice penale che oltre agli argomenti più noti ricavabili dall'art. 49 cpv.⁹⁹, oggi può contare anche sull'art. 131-*bis*, dato che se espressamente il legislatore ha sancito la non punibilità di un fatto sol perché tenuamente offensivo, *a fortiori* ciò deve valere per i fatti del tutto inoffensivi¹⁰⁰.

Sempre seguendo il modello delle direttive interpretative, qualora vi sia un contrasto tra i risultati delle direttive primarie (che nel nostro caso pare emergere

⁹⁵ V. *supra* § 5.

⁹⁶ Per le critiche all'interpretazione "psicologica" secondo l'intenzione del legislatore, si veda il classico lavoro di KELSEN, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* (1941), trad. it. *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, 186 ss.

⁹⁷ Sull'interpretazione teleologica si rinvia a VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 125 ss.

⁹⁸ Per una sintetica disamina di queste direttive primarie si veda CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 72 ss.

⁹⁹ Sull'art. 49, co. 2, c.p. come fondamento codicistico del principio di offensività, in questa sede tra i tanti lavori è sufficiente il rinvio a quelli ormai classici di NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, 7 ss.; CAVALIERE, *L'offensività nella relazione e nel progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in MOCCIA (a cura di), *La riforma continua*, Napoli, 2002, 235 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; sia consentito il rinvio anche a CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, Napoli, 2004.

¹⁰⁰ Non essendo questa la sede per esplicitare le diverse ragioni a favore della cogenza codicistica del principio di offensività ricavabili dal nuovo art. 131-*bis* c.p., sia consentito il rinvio a CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, Napoli, 2017, 95 ss.

tra la direttiva linguistica e quelle sistematiche e funzionali), le direttive secondarie, in particolare quelle “selettive” e “di preferenza”, hanno lo scopo di far scegliere quale sia il significato corretto della disposizione. Il modello che qui si sta esponendo, rigettando il formalismo interpretativo teorico, non arriva del resto alla conclusione che vi sia un’interpretazione oggettivamente corretta, se con tale espressione si intende un’esattezza indipendente dai giudizi di valore. Ciò significa che la correttezza di un’interpretazione è sempre relativa a un certo insieme di direttive interpretative e ai giudizi di valore che devono necessariamente intervenire nella selezione e nell’applicazione di tali direttive¹⁰¹.

Nelle esperienze giuridiche democratiche in genere si aderisce a un codice ermeneutico pluralista od olistico, che permette di accedere a una varietà o addirittura a tutte le direttive primarie; codice contrapposto a quello monistico che, viceversa, impone l’utilizzo di una sola direttiva ermeneutica primaria. Proprio la necessità di utilizzare diverse direttive interpretative primarie, fa emergere il ruolo delle direttive ermeneutiche secondarie (selettive, procedurali, preferenziali), volte dunque a disciplinare l’uso delle direttive di primo livello e a porre i criteri per valutare la correttezza complessiva o ‘tutto considerato’ dei risultati ermeneutici ottenuti attraverso, appunto, le direttive primarie¹⁰².

Le direttive interpretative di secondo livello che qui interessano maggiormente, come anticipato, sono quelle preferenziali, ossia che permettono di comprendere a quali condizioni il risultato di una direttiva primaria o di un complesso di direttive primarie, possa essere ascritto a una disposizione come il suo significato ‘tutto considerato’ corretto. Tra le direttive preferenziali, solitamente, si distinguono quelle inibitorie (o negative) e quelle comparative (o positive). Le prime hanno la funzione di precludere a una disposizione un certo significato ‘tutto considerato’ corretto, significato ottenuto sulla base di una certa direttiva primaria, dunque pur corretto, sebbene parzialmente, alla luce della sola direttiva di primo livello. Le direttive preferenziali comparative, invece, hanno la funzione di stabilire quale sia il significato di una disposizione ‘tutto considerato’ corretto, quando l’utilizzo delle direttive primarie abbia dato luogo a due o più significati ascrivibili alla stessa disposizione e che abbiano superato il filtro

¹⁰¹ WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., 65, 97. Anche la specificazione delle direttive primarie non è un’attività puramente tecnica, assiologicamente neutra, comportando viceversa delle scelte a favore di alcuni modi di procedere necessariamente informate a criteri ideologici.

¹⁰² CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., 100 ss.

delle direttive inibitorie.

Spesso le direttive preferenziali coincidono con i c.d. argomenti sistematici o con le tecniche sistematiche, funzionando da direttive di compatibilità endosistemica dei risultati dell'interpretazione, sul presupposto che la norma non può essere un'unità logica isolata empiricamente¹⁰³ e, inoltre, che non trova verifica storica un ordinamento «fatto da norme che non esprimono relazioni interne»¹⁰⁴. Sebbene si ritenga che il contesto di riferimento della disposizione da interpretare possa essere più o meno vasto¹⁰⁵, sembra però più convincente l'affermazione secondo cui «l'interpretazione o è sistematica (a trecentosessantagradi) o non è interpretazione. I c.dd. sistemi parziali sono tutt'al più il risultato di un primo provvisorio approccio al quale l'interprete non può arrestarsi»¹⁰⁶. L'unitarietà dell'ordinamento e quella del processo ermeneutico, di conseguenza, non possono prescindere dall'individuazione dell'effettiva norma mirante a disciplinare una certa situazione, mediante la collocazione della singola disposizione nella complessiva panoramica del sistema¹⁰⁷.

L'interprete, dunque, non dovrebbe fermare la sua attività alla messa in opera di una certa direttiva interpretativa, *a fortiori* nel diritto penale se, come si vedrà meglio in seguito, l'utilizzo di altre direttive sia suscettibile di risultati ermeneutici *in bonam partem*¹⁰⁸. Tra queste direttive di secondo livello, preferenziali e inibitorie, v'è quella dell'*argumentum a cohaerentia*¹⁰⁹, secondo cui è vietato desumere dalla singola disposizione, come significato 'tutto considerato' corretto, una norma esplicita che sia logicamente incompatibile con altra norma, formalmente o comunque assiologicamente superiore. Tale direttiva si fonda sul

¹⁰³ Parafrasando quanto affermato dal Giudice delle leggi, l'attività dell'interprete non sembra poter prescindere dal principio di unità dell'ordinamento giuridico, in ragione del quale viene in evidenza la necessità di una visione complessiva e non settoriale del sistema giuridico, cfr. Corte cost., n. 338 del 2001; Id., n. 414 del 1995.

¹⁰⁴ PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 999 ss., spec. 1013, ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 275 ss. In tema si rinvia pure ad FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 458 ss.

¹⁰⁵ Contesto sistematico che può andare dagli altri commi di uno stesso articolo, sino alla totalità delle disposizioni che compongono il sistema, così distinguendosi l'interpretazione sistematica in totale o parziale a seconda che si prenda o meno in considerazione l'intero ordinamento. Si veda GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 168.

¹⁰⁶ PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 204.

¹⁰⁷ PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica*, cit., 1015.

¹⁰⁸ V *infra* § 7.

¹⁰⁹ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 360-364.

principio metodologico che impone di assumere che il diritto sia – a livello delle norme esplicite, ma anche di quelle implicite – un insieme coerente di norme. L’inibizione tipica di questa direttiva secondaria preclude all’interprete di ravvisare antinomie – sia tra norme entrambe esplicite, sia tra una norma esplicita e un’altra implicita – in quanto queste sono puramente apparenti giacché risolvibili alla luce del criterio ora indicato¹¹⁰.

L’antinomia, nel caso di specie, potrebbe essere rappresentata dalla fattispecie partecipativa *ex art. 416-bis c.p.* semanticamente descritta [apparentemente] senza offesa o con un’offesa presunta che nella realtà potrebbe non realizzarsi, rispetto al principio, appunto, di offensività ricavabile sia dalla Costituzione, sia dalle richiamate clausole generali presenti nel codice penale. Antinomia da risolvere – così facendo svanire anche l’apparenza della stessa – vietando all’interprete di desumere dalla singola disposizione incriminatrice un significato ‘tutto considerato’ corretto, logicamente inconciliabile con il principio di offensività, formalmente e assiologicamente superiore. Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi anche con riferimento al richiamato principio di proporzione.

Tale soluzione è coerente pure con un’altra direttiva inibitoria, quella della congruenza teleologica, che vieta di desumere dalla singola disposizione, come suo significato ‘tutto considerato’ corretto, una norma che sia incongruente, dal punto di vista della sua efficienza strutturale, rispetto a un fine imposto da una o più norme formalmente o assiologicamente superiori¹¹¹. La forza argomentativa di tale direttiva, nel caso di specie, dipenderà dalla plausibilità del fine che l’interprete attribuisce al sistema penale. Se si ritiene, appunto, plausibile che detto fine sia costituito dalla tutela di beni giuridici afferrabili (ordine pubblico *vs* libertà morale dei consociati), allora difficilmente potranno nutrirsi dubbi sul fatto che anche quest’ultima direttiva secondaria della congruenza teleologica, militi nel senso di precludere la possibilità per l’interprete di attribuire all’art. 416-*bis* c.p. un significato ‘tutto considerato’ corretto che prescindendo da una concreta offesa al bene giuridico. Così alla medesima conclusione deve giungersi in base all’ulteriore direttiva preferenziale inibitoria della congruenza assiologica, secondo la quale è vietato desumere dalla singola disposizione come suo significato ‘tutto considerato’ corretto, una norma che sia incongruente rispetto alla scala dei valori desumibile da una o più norme –

¹¹⁰ CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., 104-105, spec. 251 ss.

¹¹¹ *Ibidem*, 108-109.

formalmente o comunque assiologicamente – superiori, ovvero un significato non compatibile con i principi del diritto o del sistema, se in questi si fanno rientrare quelli di offensività e di proporzione¹¹².

La ‘situazione interpretativa’ che si sta analizzando, dunque, difficilmente potrà essere ‘isomorfa’, nel senso che non potrà risolversi in un enunciato identico alla disposizione testualmente interpretata, ovvero difficilmente potrà decidersi alla luce di un’ermeneutica meramente e genuinamente dichiarativa, attribuendo alla disposizione incriminatrice un senso puramente linguistico, in quanto non c’è perfetta convergenza tra il significato strettamente letterale e quello teleologico e assiologico della medesima disposizione¹¹³. Preso atto di questa impraticabilità e dunque dell’‘eteromorfia’ della ‘situazione interpretativa’ in oggetto, la via da percorrere coincide con la sua re-interpretazione sostitutiva o correttiva, che si sostanzia, appunto, nella sostituzione in tutto o in parte del significato puramente letterale con quello divergente teleologico-assiologico¹¹⁴.

In altri termini, il caso che ci occupa – ove a fattispecie *prima facie* senza offesa o con offesa meramente presunta, si vuole attribuire un significato ‘tutto considerato’ diverso – può dare la stura a un’interpretazione adeguatrice complessa nella quale il termine di raffronto è dettato da un sistema di norme assiologicamente superiori a cui concorrono disposizioni sia costituzionali, sia euromunitarie, sia di legge ordinaria. Dal punto di vista del ragionamento ermeneutico, l’interpretazione correttiva-adequatrice comporta la possibilità di attribuire a una stessa disposizione due o più significati alternativi, uno dei quali viene selezionato come quello ‘tutto considerato’ corretto sulla base di alcune direttive interpretative¹¹⁵. Nel caso di specie, si tratta di rifiutare una norma ricavata da una singola disposizione incriminatrice *prima facie* senza offesa o con offesa presunta, re-interpretandola in maniera additiva così favorendo la norma ‘implicita’ ottimale, nel nostro caso comprensiva dell’offesa quantomeno sotto forma di pericolo concreto, così adeguandosi anche al principio di proporzione.

Quello ora esposto è un processo ermeneutico che, in primo luogo, sembra

¹¹² *Ibidem*, 109.

¹¹³ Sul concetto di isomorfia si rinvia a DASCAL, WRÓBLEWSKI, *Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in law*, in *Law and Philosophy*, 1988, 215; trad. spagn. in *Análisis filosófico*, 10, 1990, 49 ss.

¹¹⁴ CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., 133 ss.

¹¹⁵ *Ibidem*, 135.

essere pienamente conforme alle più accreditate tecniche interpretative e, dunque, la cui plausibilità difficilmente potrà essere revocata in dubbio¹¹⁶. In secondo luogo, essendo di natura “endogena” cioè fondato su norme comunque interne allo stesso sistema giuridico¹¹⁷, sembra sottrarsi alle obiezioni legate alla violazione del principio di legalità, in quanto “tutto considerato” il rimodellamento del volume semantico della singola norma incriminatrice si fonda pur sempre su norme cogenti, quali i richiamati principi costituzionali, le norme euronitarie e le clausole generali del codice penale di cui agli artt. 49 cpv. e 131 *bis*.

7. Il ragionevole dubbio interpretativo a favore del modello ‘forte’ di partecipazione mafiosa. Poste le condizioni di legittimità e plausibilità di un’interpretazione ‘additiva’, a questo punto bisogna capire il grado di coerenza – se tale si può definire – delle alternative interpretative ‘additive’ che si contendono il campo: il modello ‘debole’ di partecipazione avallato dalle Sezioni unite che si accontenta della serietà del ‘patto’, e, dall’altro lato, il fenotipo ‘forte’ di condotta partecipativa, qui propugnato, che invece pretende un apporto causale significativo all’associazione mafiosa in termini di fatti attuativi dell’impegno assunto. Entrambe, infatti, limitano lo spazio semantico dell’art. 416-*bis* c.p., ma lo fanno rispettivamente con minore o maggiore intensità.

Alcune delle ragioni a favore del modello ‘forte’ di partecipazione sono state già esposte in precedenza. In effetti, a nostro giudizio, detto modello è in grado di coniugarsi meglio sia al principio di offensività, sia a quello di proporzione¹¹⁸. Siamo però ben consapevoli che si tratta pur sempre di un’opzione che, come già ricordato, esprimendo un giudizio di valore non può essere l’unica ‘oggettivamente’ corretta. Secondo il formalismo interpretativo – una visione meccanicistica del giudizio che contribuisce all’illusione della certezza del diritto – la decisione sarebbe invece puramente logico-deduttiva senza apprezzabili margini di scelta. Questa è però una distorta prospettiva ‘legolatrica’ ove la discrezionalità del giudice è malcelata dietro un supposto rigido ossequio alla legge.

¹¹⁶ «Fin tanto che l’interpretazione dispieghi il significato giuridico della legge mediante alcuni dei metodi scientificamente riconosciuti, non c’è dunque rottura del giudice rispetto alla legge, né creazione del diritto e, pertanto, nemmeno violazione della legalità», cfr. YACOBUCCI, *Il nuovo volto della legalità penale*, in *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di Cavaliere et al., Napoli, 2017, 390.

¹¹⁷ CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., 208 ss.

¹¹⁸ V. *supra* §§ 4 e 5.

Come si è visto nel precedente paragrafo, in realtà l'*ars interpretandi* spesso non consente un solo risultato plausibile o probabile, un solo esito 'giusto', essendo invece possibile addivenire ad alternative ermeneutiche legittime perché razionalmente fondate¹¹⁹. In tali casi, però, la scelta tra queste opzioni plausibili non dovrebbe essere rimessa alla totale discrezionalità del giudice, pur nell'ambito dello spazio semantico della norma. A questo fenomeno ci si riferiva allorché in precedenza s'è parlato dei 'gusti' del giudice che, in realtà, alla fine possono esprimere delle opzioni di politica criminale¹²⁰. Questo, invece, è quel che in genere accade nel c.d. 'diritto vivente' ove l'assenza di una direzione ermeneutica univoca agevola l'ingresso nelle decisioni giudiziali di vere scelte di politica criminale, riservate al legislatore, ovvero di ragioni etiche, ideologiche o di intimi sentimenti o passioni. In ciò è possibile cogliere uno dei fattori di crisi della legalità, sul piano del formante giurisprudenziale.

Il tentativo di porre un argine, pur sempre relativo, alla spinta espansiva se non proprio creativa della giurisprudenza, a nostro avviso dovrebbe passare, in primo luogo, attraverso la direzione ermeneutica favorevole all'imputato che il giudice dovrebbe seguire quando si trova innanzi a più opzioni ermeneutiche plausibili¹²¹. Un verso esegetico univoco che dovrebbe pure concorrere a una maggiore certezza del diritto, intesa come prevedibilità degli esiti interpretativi e non come *vis* pervasiva del potere punitivo¹²². Il *favor rei*, dunque, dovrebbe essere considerato un principio di chiusura del sistema penale utile a risolvere anche i dubbi interpretativi¹²³. Canone ricavabile dalla Costituzione e, sempre a

¹¹⁹ GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 19; MONATERI, «Correct our Watches by the Public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in *Diritto, giustizia e interpretazione, Annuario Filosofico Europeo*, a cura di Derrida, Vattimo, Bari, 1998, 203; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Bari, 2004, 69 ss.

¹²⁰ V. *supra* § 6.

¹²¹ Per maggiori argomentazioni a supporto della tesi qui accennata, sia permesso il rinvio CATERINI, *Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del «diritto vivente»*, in *Pol. dir.*, 2016, 509 ss.; ID., *Il giudice penale come Janus bifrons: un auspicabile «strabismo» interpretativo*, *ivi*, 2017, 163 ss.; argomenti in tal senso ancor prima in ID., *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di Helzel, Katolo, Padova, 2012, 99 ss.

¹²² Argomentano a favore della necessità di scegliere l'opzione interpretativa più favorevole, anche RONCO, *Il principio di legalità*, in *Commentario sistematico al codice penale*, diretto da RONCO, vol. 1, *La legge penale*, Bologna, 2006, 80; CADOPPI, *La legge è uguale per tutti. Ripensare Beccaria oggi in tema di legalità, tra favor libertatis e diritti fondamentali*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco, Padova, 2016, 147.

¹²³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 2000, 81-83.

parer nostro, anche dall'art. 6 della Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione d'innocenza¹²⁴, ma che meglio sarebbe se venisse esplicitato in una norma codicistica come regola ermeneutica¹²⁵.

In ultima analisi, si tratta di stabilire come debba essere sciolto il dubbio interpretativo, se *pro republica* o *pro reo*. Qui non è il caso di ripercorrere le evidenti ragioni a favore della seconda opzione¹²⁶, bastando richiamare, *a contrario*, quello che scriveva a tal proposito Giuseppe Maggiore nel 1939: «in caso di incertezza di diritto [il giudice si atterrà] al principio *in dubio pro republica*, che prende il posto, nello stato totalitario, dell'antico *in dubio pro reo*»¹²⁷. Era questa la vivida espressione della *vis* espansiva del diritto penale, appunto totalitario, che purtroppo ancora caratterizza il nostro sistema, seppur sotto diverse ottiche¹²⁸.

Tra un diritto penale come 'spada' e un altro come 'scudo', tra una visione meramente efficientista e l'altra seriamente garantista, residuano pochi dubbi sulla scelta operata dal nostro Costituente, non foss'altro perché il principio di legalità come formulato dalla nostra Carta fondamentale, vieta solo di 'punire' se non nei casi previsti dalla legge. L'art. 25, co. 2, Cost., dunque, sancisce il primato della garanzia della libertà del cittadino, anche, eventualmente, a detrimento della certezza del diritto e della legalità intesa come 'spada', espressa tendenzialmente dall'obbligo che ha il pubblico ministero di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.)¹²⁹.

Per indurre a scegliere l'opzione interpretativa più favorevole all'imputato, dunque, non è necessario che questa sia l'unica 'giusta', ma è sufficiente che tale

¹²⁴ Per l'illustrazione delle diverse ragioni militanti in tal senso ricavabili dalla Direttiva europea, sia consentito il rinvio a CATERINI, *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2019, n. 2, 330 ss.

¹²⁵ CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come «principi di codificazione»*, in *Valore e principi della codificazione penale. Le esperienze italiana, spagnola e francese*, Padova, 1995, 109 ss. Si veda, in tal senso, l'art. 22, co. 2, dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

¹²⁶ Si rinvia a CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118 ss.

¹²⁷ MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 159-161. Continuava: «Per i regimi democratici-liberali 'certezza del diritto' è la certezza del delinquente di poter agire indisturbato e impunito finché non ci sia una legge che dica 'alt' alla sua libertà. Per i regimi totalitari 'certezza del diritto' è la sicurezza della società politica di non vedere annullate le conquiste della rivoluzione e di non vedere il furfante commettere ogni sorta di ribalderie all'ombra della legge e quasi ai margini del codice penale».

¹²⁸ Particolarmente significativo in tal senso SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, *passim*.

¹²⁹ In tema si veda FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York - Oxford, 1998, *Grammatica del diritto penale*, a cura di M. Papa, Bologna, 2004, 324 ss.

interpretazione sia una di quelle plausibili o probabili, escludendo solo quelle meramente capziose e senza valore ermeneutico¹³⁰. In uno scenario culturalmente pluralistico caratterizzato da soluzioni relativizzate, infatti, la decisione non dovrebbe basarsi su una mera opinione, ma su un argomento razionalmente fondato, su una dottrina seria o una giurisprudenza qualificata, anche se non necessariamente incontestata¹³¹. In sostanza, su un fondato «conflitto delle ragioni»¹³².

La scelta tra il modello ‘forte’ e quello ‘debole’ di partecipazione mafiosa, dunque, non va fatta pensando che sia ‘giusto’ solo uno dei due, perché entrambi hanno argomenti plausibili a proprio sostegno. Abbiamo già spiegato che a nostro avviso il primo modello soddisfa le esigenze di offensività e di proporzione mentre il secondo lo fa in maniera inadeguata, ma ciò rimane però nell’ambito dei giudizi di valore, potremmo dire nei legittimi ‘gusti’ del singolo interprete. Quello che, invece, tende a rendere ‘cogente’ la scelta del modello è, da un lato, la constatazione che quello ‘forte’ ha effetti più favorevoli per l’imputato e, dunque, è da privilegiare in base quanto s’è scritto in precedenza, a meno che chi voglia patrocinare il modello ‘forte’ confuti con argomenti incensurabili che l’opzione interpretativa più favorevole sia del tutto implausibile o irragionevole. Le riflessioni svolte in precedenza a favore del modello ‘forte’ di partecipazione, riteniamo ovviamente non siano così forti o addirittura indiscutibili da far affermare che tale modello sia l’unica plausibile interpretazione dell’art. 416-*bis* c.p., ma crediamo che il medesimo modello sia certamente una delle letture razionali, probabili, e ciò – essendo tale opzione quella più favorevole all’imputato – ne dovrebbe determinare la scelta rispetto a quelle contrapposte, siano pur esse plausibili. In altri termini, ci troviamo innanzi a un ragionevole dubbio interpretativo che, a nostro avviso, deve essere sciolto a favore dell’opzione ermeneutica più favorevole, non per una sua maggiore plausibilità [pur tale a nostro avviso], ma per la sua certa plausibilità che, del resto, non esclude

¹³⁰ La tesi alla quale ci si riferisce evoca la dottrina del c.d. probabilismo nella teologia morale del XVI-XIX sec., che, contro il più rigido leggismo, tendeva a un bilanciamento tra un lassismo volto a dare rilievo a qualsiasi minimo dubbio capace di liberare l’uomo da ogni legame morale, e un tuziorismo che risultava troppo rigoroso nel momento in cui negava rilevanza alle ‘ragionevoli’ opinioni diverse. In tema, sia permesso il rinvio a CATERINI, *La benignior interpretatio nel diritto penale canonico. Profili storici e comparati*, in *Dir. e rel.*, 2021, n. 2, 354 ss.

¹³¹ DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1089.

¹³² IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 123.

quella del modello ‘debole’ scelto, per esempio, dalle Sezioni unite nella sentenza ‘Modaffari’¹³³.

Le idee qui avanzate dovrebbero promuovere il ruolo della dottrina verso uno meno marginale di quello che negli ultimi tempi ha svolto con scarsa capacità di incidere sulla *law in action*. Infatti, l’elaborazione scientifica, se più favorevole, dovrebbe costituire l’oggetto della confutazione da parte di quella giurisprudenza che non volesse accogliere tali risultati, con un’indubbia maggiore difficoltà argomentativa qualora il giudice dovesse non solo dimostrare la plausibilità della sua eventuale opzione interpretativa più sfavorevole, ma anche l’implausibilità dell’altra opzione più favorevole seriamente sviluppata dalla dottrina.

Il paradigma qui proposto, d’altronde, oltre che su un autorevole orientamento dottrinale, potrebbe poggiarsi pure sugli stessi precedenti della Cassazione, anche a sezioni semplici, utili a dimostrare la non implausibilità di un’interpretazione favorevole. Sembra questa una via adeguata per l’integrazione della cultura del precedente con il principio del *favor rei*: una sorta di vincolatività relativa del *dictum* giurisprudenziale solo se *in bonam partem*, soprattutto se di Cassazione¹³⁴.

I rilievi sin qui svolti a proposito della plausibilità di più opzioni ermeneutiche della stessa norma incriminatrice e della necessità, nel caso, di scegliere quella

¹³³ Per una migliore esposizione della tesi, sia consentito il rinvio a CATERINI, *In dubio interpretatio pro reo. Un onere motivazionale aggravato per arginare la creatività giudiziale*, in *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di Cavaliere et al., Napoli, 2017, 507 ss. La tesi qui esposta è completata con un secondo momento di matrice processuale che si aggiunge, *de lege ferenda*, a quello della direzione ermeneutica. Infatti, se il reato è quel fatto storico corrispondente a un tipo legale e accertato secondo le regole del giusto processo, è chiaro che queste regole contribuiscono a determinare quale sia in concreto il reato. Orbene, a poco servirebbe il richiamato canone sostanziale dell’interpretazione favorevole se a questo non si accostasse, sotto il profilo processuale, un particolare onere motivazionale in capo al giudice. Tale dovrebbe essere l’obbligo di esplicitare compiutamente in sentenza le ragioni che hanno indotto il giudicante a scegliere un’interpretazione più sfavorevole anziché un’altra più vantaggiosa per l’imputato, per esempio prospettata dalla difesa. Detto onere, d’altronde, non potrebbe soddisfarsi in via ‘autopoietica’ ostendendo semplicemente le ragioni utili a convincere della plausibilità dell’opzione esegetica prescelta, che ben può sussistere proprio sulla premessa secondo cui una stessa norma può dar vita a più alternative ermeneutiche legittime perché razionalmente fondate. A questa *pars costruens* della motivazione dovrebbe affiancarsi una *destruens*, vale a dire la confutazione, ossia l’esplicitazione delle ragioni per le quali l’opzione interpretativa più favorevole è implausibile o illogica e, come tale, da escludere dal ventaglio delle alternative ermeneutiche a disposizione del giudice. Per argomenti in tal senso ricavabili *de iure condito* dal nuovo art. 546 c.p.p., si rinvia a CATERINI, *Dal cherry picking del precedente*, cit., 333 ss.

¹³⁴ CADOPPI, *La legge è uguale per tutti*, cit.

più favorevole all'imputato, consentono di sostenere che il giudice penale, allorché tenda, tra i possibili risultati ermeneutici, verso quelli più sfavorevoli, dovrebbe adottare una filosofia interpretativa rigida, sterile, per nulla creativa, limitando il significato delle norme al loro nucleo di significanza testuale, evitando opzioni ermeneutiche elastiche capaci di ampliare la risposta punitiva. Infatti, quando la lettera è chiara nel senso restrittivo, non dovrebbe permettersi al giudice di andare oltre i suoi confini attraverso interpretazioni 'spregiudicate' *in malam partem*.

Viceversa, quando l'ermeneutica, in base alle richiamate direttive interpretative e ai principi sovraordinati, può volgere verso esiti idonei a minimizzare l'area del penalmente rilevante, l'attività del giudice dovrebbe aprirsi a opzioni interpretative più flessibili, più duttili, più feconde, che si possono proiettare anche oltre il nucleo di significanza testuale della singola norma incriminatrice per aprirsi verso opzioni metatestuali suggerite da principi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori¹³⁵.

Queste considerazioni fanno pensare che l'idea della *benignior interpretatio* custodisce una sua autonomia rispetto al concetto di interpretazione restrittiva. Infatti, non è sempre detto che una 'lettura rigorosa' della norma sia la più favorevole per l'imputato. Nel caso che ci occupa, invero, una stretta interpretazione, alla lettera, dell'art. 416-*bis* c.p., potrebbe essere quella che rende punibile il semplice rituale di affiliazione, ma certamente questa non è l'opzione ermeneutica più favorevole, invece da privilegiare, come quella del modello 'forte' di partecipazione che pretende degli elementi aggiuntivi, in termini di idoneità causale, che però è opzione ermeneutica metatestuale, più elastica e aperta ai principi superiori.

Le idee esposte potrebbero essere considerate troppo indulgenti e poco adatte a far fronte alle esigenze repressive che la società contemporanea continua a esprimere, a maggior ragione a fronte di fenomeni di particolare allarme sociale come l'associazione mafiosa. Tale possibile obiezione deve fare però i conti con la necessità, anche in caso di dubbio interpretativo, di preferire comunque una supposta indulgenza a quello che potrebbe presentarsi come un arbitrio giudiziale.

¹³⁵ Per approfondimenti e la confutazione della possibile obiezione secondo cui questa sorta di 'strabismo' del giudice penale sarebbe foriera di maggiore incertezza del diritto, si rinvia a CATERINI, *Il giudice penale come Ianus bifrons*, cit., 163 ss.

ARCHIVIO PENALE 2021, n. 3

MARIO CATERINI