

QUESTIONI APERTE

Associazione a delinquere/Delitti contro l'ordine pubblico

La decisione

Associazione a delinquere di tipo mafioso - Elementi costitutivi del reato - Mafie "autoctone" (C.p. art. 416-bis).

In tema di associazione a delinquere di tipo mafioso, il legislatore non si è limitato a registrare realtà già presenti, come la mafia, la 'ndrangheta, la camorra, la sacra corona riunita, da tempo dotate di un nomen, ma ha anche aperto un indefinito ambito operativo, per così dire "parallelo", destinato a perseguire tutte le altre aggregazioni (anche straniere) che, malgrado prive di un nomen e di una "storia" criminale, utilizzino metodi e perseguano scopi corrispondenti alle associazioni di tipo mafioso già note. Il nucleo della fattispecie incriminatrice si colloca nel terzo comma dell'art. 416-bis c.p., laddove il legislatore definisce, assieme, metodo e finalità dell'associazione mafiosa delineando in tal modo un reato associativo non soltanto strutturalmente peculiare, ma, soprattutto, a gamma applicativa assai estesa, perché destinato a reprimere qualsiasi manifestazione associativa che presenti quelle caratteristiche di metodo e fini. Per questo le associazioni che non hanno una connotazione criminale qualificata sotto il profilo "storico", dovranno essere analizzate nel loro concreto atteggiarsi, in quanto per esse "non basta la parola"; ed è evidente che in questa opera di ricostruzione, occorrerà porre particolare attenzione alle peculiarità di ciascuna specifica realtà delinquenziale, in quanto la norma mette in luce un problema di assimilazione normativa alle mafie "storiche" che rende necessaria un'attività interpretativa particolarmente attenta a porre in risalto le "simmetrie" fenomeniche tra realtà fattuali, sociali ed umane diverse tra loro.

Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope - Rapporti con il delitto di associazione di tipo mafioso - Traffico di sostanze stupefacenti come delitto - Scopo dell'associazione mafiosa - Concorso apparente di norme - Violazione del *ne bis in idem* - Esclusione (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 4 del Protocollo 7 alla Convenzione per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 50; C.p., artt. 15 e 81; d.P.R. n. 309 del 1990, art. 74).

È configurabile il concorso tra un'associazione di stampo mafioso e un'associazione per delinquere dotata di un'autonoma struttura organizzativa che, avvalendosi del contributo di sodali anche diversi dai soggetti affiliati al sodalizio mafioso, persegua un proprio programma delittuoso (nella specie traffico di sostanze stupefacenti), dalla cui attuazione discende il concomitante

conseguimento dell'interesse del clan, dovendosi escludere la configurabilità di una violazione del ne bis in idem, mancando, nel rapporto tra le due fattispecie associative piena coincidenza degli elementi costitutivi ed essendo esse volte alla tutela di beni giuridici differenti.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 16 marzo 2020 (ud. 29 novembre 2019), n. 10255, DIOTALLEVI, *Presidente* - ARIOLLI, *Relatore* - GAETA, P.G. (parz. diff.) - FASCIANI E ALTRI, *Ricorrenti*.

“Nuove mafie” e vecchie perplessità. Brevi note a margine di una recente pronuncia della Cassazione¹

Il contributo analizza la recente sentenza emessa dalla suprema Corte di cassazione con la quale è stata riconosciuta la natura “mafiosa” di un *clan* operante a Roma. La pronuncia è pervenuta ad una soluzione accettabile sul punto, esprimendo tuttavia principi generali non universalmente condivisi, tanto in ordine alla riconducibilità al tipo di strutture associative “rudimentali” (in termini di dotazione anche organica) quanto in merito all’insussistenza del “requisito implicito” del dominio sul territorio. Oltre che su alcune criticità riguardanti i criteri utilizzati per l’affermazione della “partecipazione” al sodalizio, il lavoro si sofferma su un altro punto della pronuncia che ha condotto ad esiti assai discutibili: si tratta della questione della configurabilità del concorso della fattispecie associativa di cui all’art. 416-bis c.p. con quella prevista dall’art. 74 d.P.R. n. 309/1990 in tema di stupefacenti, e della tensione di soluzioni quali quella sposata dalla Corte con il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale.

“New mafias” and old perplexities. Brief notes in the margin of a recent ruling by the Cassation

The paper analyzes the recent ruling issued by the Supreme Court that attributed the “mafia nature” to a clan operating in Rome. The sentence came to a solution that could be acceptable on the point, however expressing general principles that were not universally shared, both in terms of “rudimentary” associative structures relevance as regards the absence of the “implicit element” of domination over the “territory”. In addition to some critical issues regarding the “participation” in the association, the work focuses on another point that has led to very questionable results: this is the theme of the relationship between the art. 416-bis of the Italian Criminal Code with the crime described by art. 74 d.P.R. n. 309/1990 on the subject of drugs, involving the tension of solutions such as that adopted by the Court with the general principle of the ne bis in idem.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La vicenda sottoposta al vaglio della Corte e la soluzione accolta. - 3. Luci, e qualche ombra, anche nella prospettiva dei requisiti per l’affermazione della “partecipazione” al sodalizio. - 4. La *vexata quaestio* dell’applicazione “in cumulo” dei reati associativi previsti dagli artt. 416-bis c.p. e 74 d.P.R. n. 309/1990. Profili di tensione rispetto al principio del *ne bis in idem* sanzionatorio. - 5. Conclusioni.

1. Ostia, o meglio Lido di Ostia, è la frazione litoranea di Roma Capitale, a sud della foce del Tevere; conta circa 200.000 abitanti (più dell’intera provincia di Vibo Valentia o di Crotone, dunque), e sorge sull’area dell’antica città

¹ Il contributo è frutto delle riflessioni comuni degli Autori. Tuttavia, i paragrafi 1, 4 e 5 sono da attribuirsi a De Lia, ed i paragrafi 2 e 3 a Manna.

di *Ostia* (che deriva dal vocabolo latino *Ostium*, bocca di fiume, per l'appunto).

L'area venne bonificata verso la fine dell'800 da una cooperativa di braccianti romagnoli, che creò una serie di canali per far defluire l'acqua al mare, e venne eletta da Mussolini a "mare di Roma", con l'avvio di un'intensa attività edificatoria, con linee architettoniche caratteristiche del regime, ancor oggi visibili in edifici pubblici (ad esempio quello delle Poste, e il palazzo del Governatorato) e privati.

Vennero così realizzate, al fine del collegamento con la Capitale, la Via del Mare (una delle prime autostrade italiane) e poi la Via Imperiale, che dopo la caduta del fascismo ha assunto il nome di Via Cristoforo Colombo, che congiunge il quartiere EUR alla località balneare, e che nell'ultimo tratto verso il mare si incunea nella pineta di Castel Fusano.

Sul lungomare sabbioso si susseguono un numero consistente di stabilimenti balneari, oggetto negli ultimi anni di importanti lavori di ammodernamento, e che hanno quasi tutti perso l'originaria immagine "popolare" per assumere quella di locali alla moda, intervallati da qualche spiaggia libera, fino ad arrivare ai "Cancelli", verso Torvaianica.

Si tratta di locali con servizi di ristorazione, bar, animazione, qualche impianto sportivo all'aperto, che dalla primavera fino all'autunno aprono le porte a centinaia di migliaia di persone, e che offrono in estate i servizi di spiaggia.

Proprio gli stabilimenti costituiscono l'attrazione economica principale del territorio, garantendo l'indotto delle molte attività commerciali prospicienti, anche se oggi sul lido di Ponente sorge il Porto di Ostia, con circa 800 posti barca ed un ampio centro commerciale, che ha ulteriormente vitalizzato la *movida* e l'economia locale.

Ostia non è però soltanto il secchiello sul bagnasciuga, il tuffo in mare o dal trampolino del Kursaal, il frigorifero portatile con l'insalata di riso per il pranzo delle famiglie sotto l'ombrellone, gli spaghetti alle vongole alla Bussola, la partita con gli amici a *beach-volley*, il *mojito* al tramonto, con la musica e la danza in costume e *pareo* sulla spiaggia, o il torneo di *bridge* al circolo.

Certo, ormai lontana è l'immagine delle baracche all'Idroscalo, ove venne rinvenuto nell'autunno del 1975 il corpo di Pier Paolo Pasolini, ma non di meno resta il degrado di Piazza Gasparri, notoria area di spaccio di stupefacenti, e della zona delle case popolari a nord: Ostia è anche terra di conquista per una criminalità diffusa.

In parallelo al processo al *clan* Fasciani, che ha avuto epilogo nella sentenza in commento, che, come meglio si rileverà, ha affermato la piena riconducibi-

lità delle condotte contestate agli imputati nell'alveo del delitto di associazione a delinquere di tipo mafioso, vi sono le vicende processuali che interessano il *clan* Spada, la potente famiglia sinti pure attiva nel medesimo territorio: è del settembre dell'anno scorso la sentenza della Corte d'assise di Roma che ha condannato in primo grado Roberto Spada, unitamente al fratello Carmine (detto "Romoletto") all'ergastolo per l'omicidio di due uomini², indicati dalla cronaca coeva all'episodio come assai vicini a membri della *ex* Banda della Magliana³; con la sentenza Cassazione, Sez. V, 13 novembre 2019, dep. 20 febbraio 2020, n. 6764 (in *Banca dati Pluris*), la Corte ha confermato la condanna per l'aggressione perpetrata da Roberto Spada nei confronti di un giornalista che intendeva intervistarlo - episodio questo che ha avuto ampia *eco* mediatica - riconoscendo l'aggravante di cui all'art.416-*bis*.1. c.p.; è di pochi mesi fa la sentenza con la quale ancora la Cassazione ha confermato, per quanto riporta la cronaca, la sentenza di condanna nei confronti di Carmine Spada per estorsione, sempre aggravata dal metodo mafioso, ai danni di un tabaccaio⁴.

Gruppi criminali "autoctoni", secondo la magistratura, che decimati dalle numerose operazioni investigative che si sono susseguite negli ultimi tempi, e dalle misure che ne sono seguite ancor prima delle condanne, hanno lasciato il campo ad altri, come sembrerebbero dimostrare ancora una volta le cronache, e gli episodi delle sparatorie tra rivali a Dragoncello e davanti al Cine-land, nell'estate del 2018⁵, che evocano in qualche modo alcuni passi del romanzo *Suburra* (del 2013, di De Cataldo e Bonini, edito da Einaudi).

Insomma, un'area fortemente contesa dalla criminalità, attraverso metodi violenti e talora disinvolti, che conducono a veloci ascese e ad improvvisi tramonti, come già in passato è avvenuto per il *clan* locale capeggiato da Vito Triassi, vittima di due "gambizzazioni" (e poi deceduto per morte naturale a Tenerife il 4 febbraio 2019) che ne hanno determinato la "recessione", segnando per gli investigatori proprio la scalata del "gruppo Fasciani".

² Vd. *Ostia, tre ergastoli al clan Spada. Per la Corte d'Assise è un'associazione mafiosa*, 24 settembre 2019, in www.repubblica.it.

³ Vd. *Omicidio a Ostia: uccisi Giovanni Galleoni, Ballicchio, e Francesco Antonini, Sorcanera*, 22 novembre 2011, in www.romatoday.it.

⁴ Vd. *Roma, Cassazione conferma condanna per estorsione con metodo mafioso al boss degli Spada*, 30 gennaio 2020, in www.repubblica.it.

⁵ Vd. *Guerra tra nuovi clan a Ostia, sgominate due famiglie: sei arresti*, 14 maggio 2019, in www.ilmessaggero.it.

Il tutto senza contare le complesse vicende del Porto di Ostia e del suo *patron* (l'imprenditore Mauro Balini), che sono sfociate in tempi relativamente recenti in un maxi-sequestro preventivo⁶, che pure ha avuto ampia risonanza.

2. Volgendo ora l'obiettivo dell'indagine alla decisione della suprema Corte in commento, originata dall'operazione "Nuova Alba" (così denominata dagli investigatori in quanto l'attività criminale che ne formava oggetto aveva fatto "calare la notte sul litorale"), essa ha preso le mosse dal ricorso spiegato avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma *tanto* da parte di alcuni imputati, *quanto* della Procura generale che aveva censurato la soluzione sposata dal giudice del gravame limitatamente ad alcune posizioni.

Assai articolati e variegati i motivi spiegati dagli imputati, anche sotto il profilo delle eccezioni in rito; peraltro per alcuni di essi l'affermazione di responsabilità, in ordine ad alcune contestazioni, si era già cristallizzata per l'effetto di una precedente pronuncia della Cassazione, che aveva per il resto disposto l'annullamento ed il rinvio alla Corte d'appello, che a sua volta si era pronunciata nuovamente con la sentenza che poi ha alimentato ulteriori ricorsi e la decisione in rassegna.

In questa sede si intende allora focalizzare l'attenzione su due capi della pronuncia definitiva: quello nel quale la Corte ha affrontato il tema della configurabilità dell'associazione di tipo mafioso e quello riguardante la questione del concorso dell'art. 416-*bis* c.p. con il delitto di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti *ex* art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La Cassazione, quanto al primo aspetto, ha rigettato, oltre al ricorso della Procura generale, tutti i motivi di doglianza proposti dagli imputati, che avevano censurato l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p., con le correlate aggravanti, o che comunque avevano contestato l'effettiva intraneità dei singoli al sodalizio criminale.

La Corte, dunque, si è soffermata sulla ricostruzione della figura in esame, per poi passare al vaglio analiticamente le posizioni dei singoli ricorrenti; il tutto giungendo alla conclusione che il "*clan* Fasciani", capeggiato da Carmine Fasciani, e composto da una serie di altri soggetti, talora legati al "capo" da strettissimi vincoli parentali, rappresentasse un «emblematico esempio di mafia locale» e che «anche la città di Roma ha conosciuto l'esistenza di una presenza mafiosa».

⁶ Vd. la Relazione del Presidente della Corte d'appello di Roma di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020, reperibile in www.giustizia.lazio.it.

Sulla genesi della fattispecie, la Corte ha affermato in termini generali che il legislatore, introducendola a sistema, non si sarebbe limitato a descrivere dei contesti criminali già noti, definiti “per nome” e correlati a ben determinate aree regionali e territoriali, al fine di prevedere, per essi, in ragione di una maggiore pericolosità sociale, un trattamento sanzionatorio più severo rispetto alla fattispecie base disciplinata dall’art. 416 c.p. in tema di associazione a delinquere, avendo previsto invece un paradigma astratto con notevoli capacità di adattamento, e riferibile anche a consorterie prive di *nomen* e di storia criminale, laddove operanti con mezzi e scopi “tipici”.

Quanto agli scopi – ha soggiunto la Corte – si tratterebbe di un ampio ventaglio, atteso che le finalità del sodalizio potrebbero rivelarsi le più disparate, fino a giungere all’ipotesi della proiezione verso attività imprenditoriali di per sé astrattamente lecite, tanto che tale elemento, alla fin fine, sarebbe espressivo di un “mosaico” dalla scarsa capacità selettiva.

Più pregnante, in termini definitivi, sarebbe invece l’elemento del “metodo mafioso”, ed esso implicherebbe per il giudice un’opera interpretativa e ricostruttiva sul piano probatorio assai onerosa proprio nel caso di associazioni neoformate ed insediate in territori non caratterizzati storicamente dalla presenza mafiosa, volta a verificare la conformità della fattispecie concreta a quella astratta, e la ricorrenza degli elementi costitutivi delineati dal comma 3 dell’art. 416-*bis* c.p., e quindi l’*effettivo* avvalersi di una forza intimidatrice tale da determinare l’assoggettamento e l’omertà.

Il paradigma legale, peraltro, ad avviso della Corte, sarebbe idoneo ad attrarre anche le c.d. “mafie atipiche” (come del resto la giurisprudenza ha affermato in relazione al *clan* degli Spada, pure attivo in area lidense), e cioè di gruppi criminali più ristretti numericamente, meno radicati, con presenza poco diffusa e non identificabile rispetto ad un vero e proprio territorio, e magari proiettati, mediante una struttura destinata a mantenersi in vita per un tempo apprezzabile, ad un solo scopo criminale purché, ha proseguito la Cassazione, esso venga perseguito con il metodo mafioso.

Sul versante dell’offensività, poi, suddetto metodo costituirebbe di per sé – e cioè indipendentemente dalla consumazione di reati-scopo – un “fatto” di notevole disvalore, tanto da giustificare i rigori della disposizione incriminatrice nella prospettiva della tutela del bene giuridico di riferimento, rappresentato dall’ordine pubblico, e di altri, quali la libertà individuale, ineluttabilmente lesi dall’attività dell’associazione mafiosa.

Nella descritta prospettiva emergerebbe infatti la “dimensione collettiva”, sul lato passivo, della figura, implicante la percepibilità esterna della forza di in-

timidazione promanante dal sodalizio, con conseguente ricaduta in termini di compromissione della sfera di singoli individui, e di qualificazione del reato, come appena osservato, in termini di plurioffensività.

Sotto il profilo del rispetto del principio di legalità e dei suoi ben noti corollari, inoltre, il paradigma del “metodo mafioso” e la “triade” intimidazione-assoggettamento-omertà consentirebbero di attribuire alla fattispecie astratta caratteri tali da favorire una lettura “tassativizzante”, tanto da evitare incriminazioni per tipo d’autore e nel contempo legittimando la sanzione di specifiche condotte, compendiate in un precetto adeguatamente percepibile dai consociati, con ogni consequenziale effetto anche in ordine alla conformità della disposizione incriminatrice con il principio costituzionale di colpevolezza.

Sulla scorta di tali principi generali la Corte, volta l’attenzione al caso sottoposto, ha rimarcato la piena riconducibilità del *clan* Fasciani al concetto di associazione di stampo mafioso, sussistendone tutti i requisiti, *tanto* in ordine al metodo, *quanto* agli scopi, focalizzati sul cespite rappresentato dallo stabilimento balneare *Village*.

La Cassazione ha rilevato in proposito che all’originaria, tradizionale attività usuraria ascrivibile a Carmine Fasciani, esercitata con intimidazioni e violenze, sarebbe seguita – per quanto emerso nelle fasi di merito del processo – una progressiva mutazione *sia* soggettiva *sia* oggettiva del contesto: una vera e propria *escalation* criminale, con l’allargamento a *nuove* collaborazioni e a *nuove* attività, anche a carattere imprenditoriale, sfruttando metodologie operative di natura intimidatoria, delle più varie.

Talché la responsabilità del “capo”, ma anche degli altri imputati per la fattispecie di cui all’art. 416-*bis* c.p., essendo risultati questi ultimi asserviti agli scopi della consorteria criminale come dimostrato – per la Corte – dalle condotte realizzate nel corso del tempo, allegate dall’accusa, che avrebbero via via contribuito a consolidare ulteriormente la forza intimidatrice già a disposizione del sodalizio, determinando una situazione di assoggettamento, di sudditanza (anche di soggetti appartenenti al settore della Pubblica Amministrazione, e quindi alla c.d. “zona grigia”) e di omertà, dimostrata quest’ultima dal fatto che terze persone, subite le angherie del gruppo, non avessero neppure presentato denuncia alle autorità competenti.

Quanto poi alle aggravanti contestate, ai sensi dei commi 4 e 6 dell’art. 416-*bis* c.p., per la disponibilità di armi ed il riciclaggio, la Corte, nel confermare la pronuncia impugnata, si è soffermata con particolare attenzione su quest’ultima, declinandone la natura oggettiva, e quindi l’estensibilità a tutti i

partecipati, indipendentemente dallo svolgimento da parte dei singoli di attività finalizzata; e ciò anche in considerazione del fatto che la canalizzazione dei proventi dell'attività criminale (tra i quali quelli dell'usura) nell'operazione di acquisizione di attività economiche, ed in particolare del *Village*, divenuto il simbolo della presenza e della forza del *clan* nel territorio di Ostia, sarebbe risultata informazione di "pubblico dominio".

In ordine ai delitti-scopo poi, come già si è accennato, assume un particolare rilievo la fattispecie associativa di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309/1990, in tema di stupefacenti; sul punto la suprema Corte ha allora affermato la piena configurabilità del concorso, e di "cumulo" (in continuazione), con il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., facendo leva sul fatto che il traffico di stupefacenti sarebbe stato riferibile a soggetti in parte diversi da quelli afferenti al sodalizio mafioso, negando dunque il concorso apparente di norme, invocato da alcuni imputati, e disattendendo la deduzione difensiva con la quale si era eccepita la tensione della decisione di secondo grado con il *ne bis in idem*.

Secondo la Cassazione, peraltro, avrebbe dovuto ritenersi priva di rilievo la circostanza che il traffico degli stupefacenti costituisse proprio una delle proiezioni del *clan* mafioso, atteso che le fattispecie in comparazione si porrebbero in rapporto di specialità bilaterale, e si ergerebbero a tutela di beni giuridici non identici.

Sicché la conferma delle statuizioni nei confronti di alcuni imputati in ordine al delitto associativo previsto dalla legge speciale, essendo stato soggiunto che esso si integrerebbe col semplice accordo, ed essendo del resto emersa dall'istruttoria dibattimentale la notevole vitalità del sodalizio nel settore, anche nella prospettiva di acquisizione di canali stabili di approvvigionamento all'estero, al fine di un commercio non occasionale.

Su tale punto occorre rilevare che la Corte ha ritenuto altresì integrata l'aggravante della disponibilità delle armi di cui al comma 4 dell'art. 74 d.P.R. n. 309/1990: si tratta delle medesime armi da fuoco oggetto della contestazione dell'aggravante di cui all'art. 416-*bis* comma 4 c.p., e in ordine alle deduzioni difensive sviluppate sul punto la Cassazione si è limitata a rimarcare l'irrilevanza del mancato utilizzo di esse ai fini della realizzazione dell'attività criminale contestata *in parte qua*.

3. La criticità delle fattispecie associative e soprattutto dell'art. 416-*bis* c.p. emergenti dalla prassi applicativa, anche rispetto al principio di legalità e ai suoi corollari, sono da tempo oggetto di ampie riflessioni dottrinali, che coinvolgono il concetto di "associazione", quello di "partecipazione", ed il nucleo del

metodo mafioso di cui al comma 3 della già citata disposizione; a ciò si aggiunga il rischio in termini di effettivo accertamento delle responsabilità individuali che genera necessariamente la celebrazione del dibattimento in modalità “maxiprocesso”⁷, e l’annoso dibattito in ordine alla configurabilità del c.d. “concorso esterno”⁸.

Per quanto attiene maggiormente all’oggetto della presente trattazione, è chiaro che la disposizione in esame (l’art. 416-*bis* c.p., per l’appunto), che aveva una ben precisa matrice storica, criminologica e sociologica⁹, abbia subito un processo di progressivo adattamento per fronteggiare fenomenologie sempre più varie, attraverso interpretazioni giurisprudenziali che hanno accompagnato l’evoluzione del “metodo” (con il passaggio dall’epoca stragista a quella attuale, ove l’indimidazione ha assunto un carattere assai più larvato e meno eclatante, sino a giungere alle c.d. “mafie silenziose”), delle proiezioni (con particolare riferimento ai *white collars crimes*)¹⁰ e del *target* territoriale (è questo uno dei temi sollevati dalle c.d. “mafie delocalizzate”, o “mafie al nord”)¹¹.

In questo quadro, nel quale la fattispecie astratta si è rivelata materiale plastico nelle mani dell’interprete, la casistica giurisprudenziale mostra allora che “la legge ha inseguito il fatto”¹², e cioè che le maglie dell’art. 416-*bis* c.p. sono state estese al fine di coltivare, in sede giudiziaria, finalità di politica criminale, attraverso la forzatura del tipo.

Rotti gli argini, la disposizione (anche per l’effetto del catalogo lasciato aperto dal legislatore con il riferimento alle consorterie “straniere”, alla replicabilità

⁷ Su questi temi vd., in particolare, il contributo di DE FRANCESCO, *Societas sceleris*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 53 ss.

⁸ Al centro della vicenda “Contrada”, sfociata nella pronuncia della Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, sulla quale vd. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, 26 settembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it, e successivamente nella recente sentenza Cass., Sez. un., 3 marzo 2020, n. 8544, “Genco”, reperibile in www.giurisprudenzapenale.com, che ha negato l’applicabilità dei principi espressi dal giudice europeo ai c.d. “fratelli minori” del Dott. Bruno Contrada.

⁹ Sull’argomento vd. anche RONCO, *L’art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano - Tinebra, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 31 ss.

¹⁰ Vd. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹ Con le connesse problematiche interpretative in ordine alle consorterie dotate di autonomia rispetto a quelle di provenienza di alcuni suoi membri, e di quelle che invece operano come mere articolazioni di un nucleo originario. Le ambiguità sul punto, per inciso, non sembrano esser state fugate neppure dall’ordinanza del Presidente Aggiunto della Cassazione con l’ordinanza di restituzione degli atti, su istanza di rimessione alle Sezioni unite, del 17 luglio 2019, reperibile in www.sistemapenale.it con nota di AMARELLI, *Mafie delocalizzate: le Sezioni Unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell’art. 416-bis c.p. “non decidendo”*, 18 novembre 2019, *ibidem*.

¹² Su questo tema vd. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, 139 ss.

del “metodo”, nonché per via dell’ampiezza del connotato finalistico) si è dunque prestata, giocoforza, all’estensione rispetto a contesti criminali del tutto diversi ed indipendenti rispetto a quelli “storici”, e quindi anche alle “mafie autoctone”, e cioè ad associazioni criminali originali, insediatesi in aree diverse dalla Sicilia, Calabria, Campania e Puglia, in genere strutturate come “piccole mafie” (e cioè con un limitatissimo numero di partecipanti), e necessariamente atteggiatesi rispetto al “territorio” in modalità atipiche rispetto a quelle tradizionali¹³.

Lo svincolo dal territorio, in particolare, aggiungendosi agli inani concetti di “soggezione” ed “omertà”, e al difetto di ancoraggio della disposizione ad un elenco di reati-scopo, ha dunque accentuato le criticità strutturali della fattispecie astratta, conducendola, soprattutto nei casi di associazioni dedite alla commissione di reati con elemento costitutivo rappresentato dalla minaccia o dalla violenza (rapina, estorsione) o che di fatto frequentemente le implicino (usura, sfruttamento della prostituzione, traffico di sostanze stupefacenti), ad una progressiva erosione dell’alveo applicativo dell’associazione a delinquere “semplice” (art. 416 c.p.).

Talune di queste criticità, ed in particolare quella relativa alla definizione del metodo mafioso, sono peraltro emerse proprio nel recente processo “Mafia Capitale”, originato dall’inchiesta “Mondo di Mezzo”, che ha catalizzato l’attenzione di molti studiosi del diritto penale e che ha avuto il suo sostanziale epilogo nella pronuncia della Cassazione che ha negato la natura mafiosa delle condotte poste in essere dagli imputati.

Tale vicenda processuale, invero, ha messo in evidenza la capacità espansiva della fattispecie astratta, *tanto* rispetto ai reati-scopo (in particolare quelli contro la Pubblica Amministrazione) *quanto* (e soprattutto) rispetto al “metodo”, nel particolare contesto delle “mafie autoctone”.

Alcuni *step* giudiziari che hanno connotato il caso “Mafia Capitale”, ed in particolare alcune pronunce della Cassazione in sede cautelare, avevano infatti evidenziato un’impostazione in base alla quale, in estrema sintesi, sarebbe stato superfluo riscontrare un effettivo utilizzo della forza intimidatrice¹⁴.

¹³ Sul tema vd. anche VISCONTI - MERENDA, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ Si era parlato infatti di «una occupazione dello spazio amministrativo ed istituzionale attraverso un uso criminale delle forme di esercizio della *publica potestas*, sul *possibile ricorso ad una forza intimidatrice* autonoma del vincolo associativo, da questo direttamente originata e in quanto tale percepita, anche all’esterno, come un elemento strutturale permanente del sodalizio. In esso si erano manifestate sia la *capacità potenziale di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una pressione idonea a suscitare soggezione* verso i soggetti non affiliati all’organizzazione» (Cass., Sez. II, 25 novembre 2015, n. 46652,

Tale tesi accusatoria, non accolta dal Tribunale di Roma in occasione della pronuncia della sentenza di primo grado, con la quale vennero scisse l'associazione finalizzata all'accaparramento delle commesse pubbliche da quella dedita all'usura e all'estorsione e vennero ritenuti comunque insussistenti i requisiti del carattere mafioso per entrambe¹⁵, in sede di gravame venne sposata dalla Corte d'appello¹⁶, per poi essere sconfessata in conclusione, per quanto consta, dalla Cassazione¹⁷.

Venendo ora nuovamente alla sentenza annotata¹⁸, e ai fatti contestati nella prospettiva della configurabilità dell'associazione di tipo mafioso, la soluzione alla quale è approdata la suprema Corte appare in linea di massima condivisibile.

La pronuncia, infatti, alla luce del materiale raccolto nel corso dell'istruttoria dibattimentale, e delle sentenze in precedenza emesse rispetto ad una serie di delitti (qualificati come fine dell'associazione) ha ricostruito il processo che dall'originaria figura criminale di Carmine Fasciani, già dedito ad attività usuraria con metodi violenti, ha condotto, contemporaneamente, alla cooptazione di terzi (dapprima appartenenti al nucleo familiare del capostipite e poi altri ancora) e all'estensione delle aree di attività, assai diversificate, coltivate anch'esse dal gruppo con condotte minacciose e talora anche assai cruente.

Così costituita l'originaria riserva di violenza, attraverso l'intimidazione ulteriore concretamente e sistematicamente esercitata dall'associazione, sarebbe stata generata rispetto ad un contesto territoriale ben definito e di una certa vastità (il Lido di Ostia, per l'appunto) una tangibile condizione di omertà e di effettivo asservimento finalizzati alla realizzazione di un numero indeterminato di atti predatori.

I passaggi dell'evoluzione del sodalizio, a carattere si potrebbe dire bifasico, risultano abbastanza chiaramente scanditi dalla pronuncia, che peraltro sof-

in *Banca dati Pluris*. In termini analoghi vd. Cass., Sez. VI, 9 giugno 2015, nn. 24535 e 24536, in *Dejure*).

¹⁵ Sul punto vd. GAMBARELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino, 2018, 38 ss.

¹⁶ Corte d'appello di Roma, III Sez., 10 dicembre 2018, n. 10010, reperibile in *www.penalecontemporaneo.it*. In senso fortemente critico sulla tesi accusatoria vd. INSOLERA, *I delitti associativi*, in Insolera - Guerini, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, 74 ss.

¹⁷ Vd. *La Cassazione: "non fu Mafia capitale". Cade l'aggravante del 416-bis*, 22 ottobre 2019, in *www.repubblica.it*.

¹⁸ Reperibile anche in *www.sistemapenale.it* con nota adesiva, quanto ai principi generali in essa espressa, da VISCONTI, *"Non basta la parola mafia": la Cassazione scolpisce il "fatto" da provare per un'applicazione ragionevole dell'art. 416-bis alle associazioni criminali autoctone*, 24 marzo 2020, *ibidem*.

fermandosi sulla centralità del metodo¹⁹ ha operato un espresso richiamo alla tesi della c.d. “struttura mista”²⁰ e alla necessità di un approccio oggettivistico, sottolineando l’effettivo esercizio da parte del sodalizio *de quo* dell’indimidazione, continuamente alimentata da azioni a carattere violento e minatorio²¹.

Dalla sentenza in commento, peraltro, emergono alcuni elementi dimostrativi (anche) della “territorialità” del *clan*: il riferimento è al ruolo centrale assunto da Carmine Fasciani nella *pax* siglata da diversi gruppi criminali proprio con riferimento agli equilibri nel controllo della “piazza di Ostia”, nonché all’episodio in cui uno degli imputati aveva richiesto al “capo” l’autorizzazione preventiva a compiere per proprio conto una rapina.

A tal ultimo riguardo, si può infatti osservare che le associazioni mafiose moderne, come ben noto, generalmente “non vedono di buon occhio” tali iniziative individuali proprio in quanto esse, non conducendo a risultati utili per il sodalizio, si rivelano anche assai pericolose proprio perché idonee ad attrarre l’attenzione delle forze dell’ordine sul territorio, mettendo a repentaglio ben più lucrative attività dell’associazione in quel contesto geografico²².

A voler individuare punti critici della pronuncia, essi si riscontrano allora non nella soluzione rispetto alla configurabilità della fattispecie associativa nel caso concreto, bensì in alcune affermazioni sviluppate in ordine alla ricostruzione generale della figura criminosa descritta dall’art. 416-*bis* c.p.: il riferimento è in particolare ad una certa apertura alla criminalizzazione di strutture associative minime (sul lato organizzativo, personale e dei mezzi in dotazione), ed alla pretesa irrilevanza del requisito (implicito) del controllo del territorio²³.

¹⁹ Su cui vd. anche TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 120.

²⁰ Sul tema vd. SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, *passim*.

²¹ Sicché la Corte non ha dovuto neppure soffermarsi sulla questione dell’interpretazione della locuzione “si avvalgono della forza di intimidazione”, in termini di esercizio continuo di condotte violente e minacciose per il conseguimento degli scopi associativi (in questo senso, in dottrina, vd. DE VERO, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 385 ss, che definisce il sodalizio mafioso «non tanto come una associazione per delinquere ma un’associazione che delinque», e ritiene necessaria ai fini della configurazione del delitto la «pratica attuale e seriale dell’intimidazione») ovvero di mero sfruttamento di una capacità di intimidazione già acquisita (sempre attraverso azioni violente e minacciose), potrebbe dirsi “tesaurizzata” [su questi temi vd. anche PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in Id. (a cura di), *Reati contro la personalità dello stato e contro l’ordine pubblico*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale* diretto da Palazzo e Paliero, vol. IV, Torino, 2010, 284-285].

²² La Corte, al riguardo, ha dunque rimarcato a tal proposito anche il “ruolo istituzionale” del capo *clan*, riecheggiando l’immagine della mafia come “ordinamento”: sul tema vd. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro It.*, 1995, II,24 ss. Si tratta di una costruzione che risale a PATALANO, *L’associazione per delinquere*, Napoli, 1971.

²³ Si tratta peraltro di questioni che non attengono al caso specifico, atteso che il *clan* Fasciani, perlome-

Si è al cospetto di espressioni di principio niente affatto originali nel panorama giurisprudenziale²⁴ (come attestano per l'appunto alcune pronunce nel contesto della vicenda "Mafia Capitale"), così come ampie sono le riflessioni critiche al riguardo già sviluppate da molti studiosi della materia: fatto è che - espresso in estrema sintesi - più ci si allontana dall'idea dell'organizzazione strutturata e complessa del sodalizio, più ci si discosta dalla *ratio* che sottende alle fattispecie associative²⁵, specie nella prospettiva assiologica del bene giuridico (già invero di per sé evanescente) "ordine pubblico"²⁶.

E maggiormente ci si discosta dall'idea dell'effettivo dominio sul territorio, valorizzandosi condotte perpetrate nei confronti di assai ridotti *target*, più è difficilmente sostenibile la riconducibilità di determinate condotte delinquenziali alla figura dell'associazione mafiosa, piuttosto che a quella "semplice", con ogni consequenziale derivazione anche in termini di giustificazione del particolare carico sanzionatorio²⁷.

Altro profilo d'interesse, sul quale è opportuno sviluppare seppur un semplice accenno, è costituito infine dall'affermazione dell'intraneità al sodalizio mafioso del fratello del capo-*clan*; la Corte, in particolare, ha valorizzato in

no da quanto desumibile dalla ricostruzione dei fatti operata dalla Cassazione, aveva struttura abbastanza articolata, si potrebbe dire "piramidale", con una precisa definizione dei "ruoli" (il "capo", i membri di una sorta di "cabina di regia", i partecipanti impiegati in attività ben definite) - anche rispetto ai vari settori di attività - e delle "regole"; ben delineati settori di attività; dotazioni di una certa consistenza (denaro, attività imprenditoriali, *asset* immobiliari, e *know how* non solo criminale), che ne avevano consentito in un arco temporale apprezzabile l'espansione e che, in prospettiva futura, ne avrebbero garantito perlomeno la sopravvivenza.

²⁴ Peralto, la Cassazione aveva espresso principi analoghi in altra vicenda parallela, relativa alla contestazione di intestazioni fittizie di beni appartenenti al *clan* Fasciani finalizzate all'elusione di misure di prevenzione patrimoniali, e più precisamente con la sentenza Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 16048, in *Banca dati Pluris*.

²⁵ Sull'argomento vd. CARUSO, *Struttura e portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano, Torino, 2015, 60 ss.

²⁶ Su questo tema vd. di recente MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di Fiorella, Torino, 2016, 475 ss.

²⁷ Così anche POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, 2018, 61 e 71 ss. Del resto, è vero che la modifica della rubrica dell'art. 416-*bis* c.p. operata dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. l. 24 luglio 2008, n. 125) con l'aggiunta della locuzione "anche straniera" sembra rappresentare elemento che milita nella direzione dell'irrelevanza del "profilo territoriale", atteso che le consorterie straniere non operano, almeno di massima, attraverso l'egemonia su di un'area geografica; ma altrettanto vero è che la formulazione legislativa (ed in particolare il concetto di omertà) sembra suggerire un'esegesi di senso opposto. Del resto anche la Corte costituzionale, nell'affrontare il tema delle caratteristiche dell'illecito ai fini dello scrutinio di legittimità della disciplina cautelare di cui all'art. 275 c.p.p. ha affermato che «caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un *radicamento territoriale*» (Corte cost., 12 giugno 2017, n. 136).

questa prospettiva il ruolo assunto dall'imputato nella riconsegna delle armi detenute da due soggetti, tratti a giudizio nel medesimo processo.

La Cassazione, rimarcando la "delicatezza" della questione correlata alla gestione dell'arsenale della cosca, ha allora ritenuto detta condotta quale indicatore del rapporto fiduciario tra Carmine Fasciani e il fratello, facendolo assurgere a prova della partecipazione al sodalizio da parte di quest'ultimo; la Corte peraltro – seppur in diverso capo della sentenza e con riferimento ad altro imputato – ha rilevato anche che la partecipazione si integrerebbe attraverso la mera *affectio societatis*, da intendersi come «consapevolezza del soggetto di inserirsi in un'associazione vietata», prestando «la sua adesione e il suo contributo all'attività associativa anche per una fase temporalmente limitata».

Si è inoltre soggiunto (in altri punti della pronuncia) che la realizzazione di fatti di reato analoghi a quelli che costituiscono la proiezione dell'associazione criminosa, in unione con il rapporto di parentela con soggetti appartenenti alla consorterìa costituirebbero elementi dimostrativi dell'intraneità del singolo.

Talché si è al cospetto di statuizioni che sembrano corroborare la validità delle riflessioni sviluppate da quella parte della dottrina che ha sottolineato la "tipicità inafferrabile" dei reati associativi²⁸; la prassi giurisprudenziale peraltro dimostra evidentemente la circostanza che l'indeterminatezza del tipo abbia generato sul tema della partecipazione ben tre orientamenti diversi: l'impostazione causale, quella "organizzativa" e quella "mista".

Breve: per la prima (che è sorta in opposizione a tesi che ancoravano la partecipazione al vago concetto della *affectio societatis* – richiamata peraltro dalla sentenza in commento – e quindi di contenuto fortemente eticizzante) per affermare la partecipazione sarebbe necessario che il soggetto abbia contribuito con la propria condotta a mantenere in vita o a rafforzare il sodalizio; per la seconda sarebbe invece necessario l'incardinamento stabile all'interno dell'organizzazione criminale (attraverso un *pactum sceleris* tra associazione e adepto); la terza, che muove da alcune evidenti criticità delle altre elaborazioni (ed in particolare dalla vacuità del riferimento ad apporti "causali"²⁹ – oltre che dal problema dell'identificazione della linea di demarcazione con il concorso esterno sollevato dalla prima tesi – e dalla tensione rispetto al principio di offensività di affiliazioni "inoperative") propugna una soluzione sincretistica

²⁸ Cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, 65 e più di recente CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, 81.

²⁹ Che non di rado coincide con la prova della realizzazione di singoli delitti - scopo dell'associazione.

(*id est* incardinamento organico con carattere di stabilità unito ad atti di effettiva militanza)³⁰.

Tale ultima soluzione è stata accolta, tra l'altro, dalla sentenza "Mannino-bis" (Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Dejure*), che ha rimarcato con sufficiente chiarezza la necessità di un agganciamento del concetto di partecipazione *tanto* all'inserimento del singolo nella struttura della *societas*, *quanto* all'accertamento di una attiva e concreta partecipazione alla vita di quest'ultima, con caratteri tendenzialmente di continuità³¹.

Con detta pronuncia, peraltro, la suprema Corte ha sostenuto che la prova dell'intraneità possa essere fornita attraverso degli "indicatori"; e ciò prendendo sostanzialmente atto della vaghezza della locuzione "fanno parte" e con la consapevolezza del fatto che i processi di mafia generalmente si giocano con la carta degli indizi, tra i quali l'affiliazione rituale, la realizzazione di delitti-scopo dell'associazione, e altri "*facta concludentia*" dai quali inferire, secondo l'esperienza, lo stabile incardinamento e messa a disposizione in favore del sodalizio.

Fatto è che si tratta di indicatori dal contenuto assai ampio, e quindi particolarmente malleabili dall'interprete, che può selezionare dal materiale raccolto ed allegato dall'accusa gli elementi che più si prestano a sostenere una determinata soluzione piuttosto che un'altra, e quindi l'intuizione del giudice, svincolandola dai laccioli della prova³²; statisticamente detti indicatori finiscono peraltro per "schierarsi dalla parte" dell'accusa, degradandosi ad una sorta di complementi d'arredo *pour une scène théâtrale*.

Si tratta di criticità che a ben riflettere si sono materializzate proprio nel caso di specie, laddove un singolo contributo, unito al rapporto di parentela, è stato ritenuto dimostrativo dell'intraneità dell'imputato al sodalizio; se la pronuncia sul punto appare dunque assai carente sotto il profilo motivazionale, dall'altro la soluzione sposata dalla Corte si pone in forte tensione soprattutto con il principio di offensività, poiché la condotta contestata - e dalla quale è stata dedotta l'intraneità - appare francamente di assai modesta portata nell'economia della vita dell'associazione alla quale è stata riferita.

³⁰ Così MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2019, 85 ss.

³¹ «Risponde di partecipazione ad associazione mafiosa colui che risulta in rapporto di stabile e organica compenetrazione nel tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare l'assunzione di un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi».

³² Su questo tema vd. DI MARTINO, *Tipicità di contestato*, 15 dicembre 2018, in *questa Rivista*.

Si può peraltro soggiungere che in difetto di elementi dimostrativi di un effettivo incardinamento, con carattere di stabilità, del singolo nel gruppo criminale, in mancanza di prova dell'assunzione di un qualche ruolo da parte di tale imputato all'interno dell'organigramma dell'associazione, e in assenza di contestazioni di reati-scopo, la pronuncia fa agevolmente trapelare il peso dell'indice "rapporto di parentela": l'evanescenza dell'episodio posto alla base della scelta operata dalla Cassazione, a ben considerare, difficilmente avrebbe potuto infatti giustificare un addebito, anche a titolo di concorso esterno.

E ciò (al netto delle generali perplessità su tale figura)³³, sia rispetto al "modello" elaborato dalla già citata sentenza "Mannino-*bis*"³⁴ (imperniato sulla "logica Franzese")³⁵, sia del *new deal* inaugurato dalle Sezioni Unite con la recente pronuncia Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019, n. 8545, "Chiocchini" (in *Dejure*) intervenuta sul tema della natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa oggi disciplinata dall'art. 416-*bis*.1 c.p.

Forse sarebbe più opportuno, per la verità, parlare di *old deal*, poiché nell'occasione la Corte, affrontando il tema del concorso eventuale nel delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. (cfr. punto 10 della pronuncia) sembra aver ricalcato in larga parte i principi espressi da una risalente linea giurisprudenziale, che era stata accreditata dalla sentenza "Demitry" (Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16), che aveva stabilito che «lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita della associazione o, quanto meno, non lo spazio della "normalità", occupabile da uno degli associati. La "anormalità", la "patologia", poi, può esigere anche un solo contributo, il quale, dunque, può essere anche episodico, estrinsecarsi, appunto, in un unico

³³ Sull'argomento, nella vastissima letteratura, vd. anche DONINI, *Il concorso esterno alla vita dell'associazione e il principio di tipicità penale*, in Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 325 ss. L'A., analizzando l'approccio giurisprudenziale al tema, parla (condivisibilmente) di «ermeneutica di lotta», e della prevalenza «della giurisprudenza di scopo su quella di garanzia». Per le criticità degli effetti della parificazione del trattamento sanzionatorio del concorrente esterno e del partecipe vd., volendo, anche MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, in *questa Rivista*, 2012, 467 ss.

³⁴ Secondo la quale «risponde di concorso esterno in associazione mafiosa il soggetto che, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa del sodalizio e privo dell'*affectio societatis*, fornisce tuttavia ad essa un concreto, specifico, consapevole, volontario contributo, sempre che questo *espliciti una effettiva rilevanza causale e cioè si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o di un suo particolare settore*, ramo di attività o articolazione territoriale, e quindi per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto che nella specie è costituito dall'integrità dell'ordine pubblico, violata dall'esistenza e dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti-scopo del programma criminoso».

³⁵ Per una ricostruzione delle "tappe" percorse dalle Sezioni unite sul concorso esterno fino alla seconda pronuncia Mannino vd. anche TONA, *Artt. 416-416bis*, in *Trattato di diritto penale* diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, *Parte speciale*, vol. III, Torino, 2008, 1135 ss.

intervento, ch   ci  che conta, ci  che rileva   che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi».

Con il pi  recente arresto giurisprudenziale, infatti, la Corte ha sostenuto che il fondamento dell'incriminazione per il concorso esterno sarebbe costituito da un consapevole contributo di «assoluta funzionalit  alla sopravvivenza o vitalit  del gruppo», produttivo di un «risultato positivo per l'organizzazione illecita... che si caratterizza per la sua infungibilit », ed estrinsecantesi in un «intervento non tipico dell'attivit  associativa, ma maturato in condizioni particolari... che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attivit » connotandosi di «atipicit  e nel contempo di necessarit  in quel particolare ambito temporale».

Anche in questa ultima prospettiva (quella del concorso esterno), dunque, pu  dubitarsi dell'effettiva rilevanza della condotta ascrivibile all'imputato, difettando – per lo meno da quanto sembrerebbe potersi desumere dal testo della sentenza in commento – i presupposti (sotto il profilo causale) individuati dalla sentenza “Mannino-*bis*” e (a pi  forte ragione) dalla “Chiocchini” (che al profilo causale ha aggiunto – richiamando non a caso anche il termine “fibrillazione” gi  impiegato nella “Demitry” – l'anormalit  del contesto e l'infungibilit  del contributo “esterno”).

4. Altra questione di grande interesse sollevata dalla pronuncia, e alla quale   opportuno operare un seppur sintetico accenno,   quella del concorso tra figure associative: quella declinata dall'art. 416-*bis* c.p. e quella disciplinata dall'art. 74 d.P.R. n. 309/1990, che era stata contestata ad alcuni imputati in continuazione con la prima, quale delitto-scopo.

Quanto alla disposizione contenuta nella legge speciale, in particolare, la Corte ha rimarcato la rilevanza del mero accordo associativo a carattere permanente (dimostrato dal tentativo – per quanto sarebbe emerso, infruttuoso – attuato da alcuni imputati di ricercare canali di approvvigionamento stabili di sostanze stupefacenti all'estero), e dunque del *pactum sceleris* rispetto ad un numero indeterminato di delitti, soggiungendo che tale condotta sarebbe di per s  pericolosa per l'ordine pubblico, risultando irrilevante in quest'ottica tanto il carattere “rudimentale” del sodalizio (e quindi anche l'insussistenza di ruoli al suo interno), quanto l'effettiva realizzazione dei reati-scopo, ed essendo richiesto per l'applicabilit  della norma nei confronti dei singoli la mera messa a disposizione rispetto alla consorteria.

Ciò rilevato, in termini generali, la Cassazione ha sottolineato il ruolo centrale, “la regia” di Carmine Fasciani anche nell’attività di narcotraffico, rilevando che quest’ultima avrebbe rappresentato proprio una delle finalità perseguite dal sodalizio mafioso, deducendo da tale elemento, di riflesso, la conferma della non “estemporaneità” delle condotte relative al commercio di stupefacenti, come invece era stato dedotto dalle difese di alcuni ricorrenti; il tutto giungendo alla validazione della statuizione impugnata ed escludendo, per quanto accennato, un contrasto di tale soluzione con il principio del *ne bis in idem*.

In questa sede non ci si soffermerà allora sul profilo della possibilità di inferire dalla realizzazione di reati-scopo (traffico di stupefacenti) da parte del singolo la partecipazione al sodalizio mafioso (questione che attiene soprattutto alla posizione scrutinata dalla Cassazione indicata al punto B, 3.8. della pronuncia), o di converso sulla questione della responsabilità del partecipe alla consorteria di cui all’art. 416-*bis* c.p. per i reati-scopo (che investe soprattutto la posizione dell’imputato indicato al punto C.1., 3.6. della sentenza); si svilupperà, invece, qualche rilievo in ordine ad un tema che si colloca a monte, e cioè sulla configurabilità stessa del delitto di associazione di cui alla legge speciale in contesti analoghi a quello esaminato dalla Corte nel caso di specie. La Cassazione, come evidenziato in premessa, ha risolto la questione sottoposta rimarcando che i reati, oltre che tutelare beni giuridici diversi, posti a raffronto sarebbero in rapporto di una non meglio precisata specialità bilaterale che giustificerebbe il cumulo sanzionatorio; si tratta di una soluzione che, per la verità, è costante in giurisprudenza, ed è stata sposata per certi versi anche dalle Sezioni unite con la sentenza “Magistris”³⁶, che ha affrontato un caso analogo.

Le Sezioni unite, in quella occasione, erano state chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale in tema di utilizzabilità della chiamata di correo, che non interessa in questa sede; fatto è che la Corte si è soffermata anche sulla questione della configurabilità del concorso apparente tra le predette disposizioni, giungendo ad escluderlo in ragione di difformità assiologiche, atteso che l’art. 74 della legge speciale, oltre all’ordine pubblico, sarebbe posto altresì a tutela della salute pubblica.

È questo un risultato al quale, con diversi percorsi, sono approdate anche altre pronunce, come ad esempio Cass., Sez. VI, 23 ottobre 2009, n. 4651 (in *Dejure*) che ha affermato che nel caso in cui il traffico di sostanze stupefacenti

³⁶ Cass., Sez. un., 25 settembre 2008, n. 1149, in *Dejure*.

costituisca una «branca dell'attività mafiosa», stante la differenza della «oggettività giuridica», i componenti della consorteria mafiosa risponderebbero del delitto previsto dalla legge speciale, e i soggetti appartenenti a quella descritta dalla legge speciale di quella di cui all'art. 416-*bis* c.p., rilevando – attraverso una sorta di “formula magica” – che tale soluzione sarebbe giustificata dal fatto che si tratterebbe di «concorso formale nell'unicità del fenomeno associativo concretamente realizzato».

Si è al cospetto di una soluzione che si è tramandata in giurisprudenza, dall'arresto delle Sezioni unite, a mo' di vulgata, come attestano alcune successive pronunce, anche piuttosto recenti³⁷; in realtà trattasi di un approccio totalmente erroneo, atteso che la stessa giurisprudenza, in altri ambiti e a più riprese ha rilevato che il tema del concorso di reati debba essere risolto sulla base del confronto strutturale.

La Cassazione, anche a Sezioni unite, infatti, ha affrontato il tema generale del concorso apparente in diverse occasioni spesso in maniera casuistica³⁸, sviluppando ragionamenti incompiuti e legati al caso concreto; allorquando però sono state condotte analisi più approfondite, con l'espressione di concetti di portata generale, si è ribadito che si ha identità della materia, richiamata dall'art. 15 c.p. in tema di specialità, e quindi concorso apparente di norme

³⁷ Così Cass., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 36692; Id., Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301 (che si è spinta anche a statuire l'irrelevanza dell'identità soggettiva tra i membri delle “due” compagini e della struttura organizzativa); Cass., Sez. V, 10 ottobre 2015, n. 563 (seppur negando un'automatica “capillarità” delle responsabilità tra gli appartenenti ai due sodalizi); da ultimo Cass., Sez. VI, 14 maggio 2019, n. 31909 (reperibile, come le altre citate in questa nota, in *Dejure*, e che ha giustificato il cumulo sulla base della specialità dell'associazione ex art. 416-*bis* c.p. in ragione del “metodo” descritto dal comma 3 della medesima disposizione). Del resto anche la Corte costituzionale, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 c.p.p. con riferimento al regime cautelare previsto per gli indiziati di appartenenza all'associazione di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309/1990, e comparandolo con quello apprestato dal legislatore per l'associazione di cui all'art. 416-*bis* c.p. ha affrontato la questione – sia consentito – con una certa superficialità e con scarso tecnicismo, affermando: «il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope... si concreta... in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-scopo (i delitti previsti dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990). Per consolidata giurisprudenza, essa non postula necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo viceversa sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi economici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune. Il delitto in questione prescinde, altresì, da *radicamenti sul territorio*» (talché, per inciso, un'ulteriore conferma della valenza del profilo territoriale in termini di elemento implicito della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* c.p.), «da particolari collegamenti personali e soprattutto da qualsivoglia specifica connotazione del vincolo associativo, tanto che, *ove questo in concreto si presentasse con le caratteristiche del vincolo mafioso, il reato ben potrebbe concorrere con quello dell'art. 416-bis c.p.*»

³⁸ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Assago, 2017, 466 ss, che parla di un «marcato empirismo».

nel caso in cui queste si pongano in rapporto di specialità unilaterale (per aggiunta o specificazione), di specialità bilaterale (o reciproca) per specificazione o in parte per specificazione ed in parte per aggiunta³⁹.

Ed è proprio quest'ultimo il risultato che si ottiene dalla comparazione delle due fattispecie in analisi, atteso che quella disciplinata dall'art. 416-*bis* c.p. è speciale per aggiunta rispetto al "metodo", mentre quella *extra codicem* è speciale per specificazione in ordine alle finalità perseguite dal sodalizio⁴⁰; talché sulla base del confronto strutturale dovrebbe pervenirsi alla conclusione del concorso apparente⁴¹.

Di contro, come si è constatato, la giurisprudenza che si è formata sul tema specifico si è attestata su di una tratteggiata impostazione che fa leva in sostanza solo sul profilo valoriale, e cioè sulla difformità (peraltro parziale) dei beni giuridici in gioco: si è dinnanzi a tendenze che sollevano particolari perplessità, anche perché mentre una parte della dottrina utilizza l'identità del bene giuridico per restringere ulteriormente le ipotesi di concorso autorizzate dal confronto strutturale⁴², la giurisprudenza sembra sfruttare la (presunta) differenza dell'oggettività giuridica per consentire l'addebito, omettendo di procedere ad un approfondito confronto strutturale proprio nei casi in cui esso importerebbe risultati favorevoli per il reo⁴³.

Sembra insomma assistersi ad un'eterna battaglia tra garantismo e giustizialismo; del resto, se *da un lato* la giurisprudenza sovranazionale, ed in particolare la Corte EDU con la sentenza A. e B. contro Norvegia⁴⁴ ha elaborato criteri per risolvere le questioni relative al *bis in idem* che non sembrano realmente fruibili per la loro enorme elasticità, e che comunque devono essere ancora perfezionati attraverso un lungo processo di elaborazione concettuale, *dall'altro* la Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza in tema di rapporti tra sanzioni penali e (formalmente) amministrative in materia tributaria⁴⁵,

³⁹ Dovendosi dunque giungere alla conclusione del concorso materiale solo nel caso di specialità bilaterale per aggiunta. Cfr. tra le ultime Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588, "La Marca", in *Dejure*. Così in dottrina, per la manualistica, vd. anche PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 345 ss.

⁴⁰ In questo senso anche MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope*, in *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, a cura di Morgante, Torino, 2015, 250.

⁴¹ Su questi temi vd. anche MEZZETTI, *Il concorso (formale?) tra fattispecie associative*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 227 ss.

⁴² Vd. ad esempio, BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 245 ss.

⁴³ Vd. ad esempio Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, "Di Lorenzo".

⁴⁴ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia, reperibile anche sul sito *web* di questa *Rivista*.

⁴⁵ Si tratta della sentenza Corte cost., 24 ottobre 2019 n. 222, sulla quale, volendo, vd. DE LIA, *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale*

sembra aver assunto una posizione assai aperta rispetto alla possibilità del cumulo, ponendo come potenziale, estremo argine ad esso la verifica di proporzionalità del trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità del fatto commesso.

Si tratta però di un criterio - quello della proporzionalità per l'appunto - assai relativo, inidoneo a costituire - specie nel caso di indisponibilità di un *tertium comparationis* - un punto di riferimento affidabile per l'interprete e, più in generale, a garantire un freno rispetto alle tendenze applicative assai severe che si registrano nella prassi.

Il problema della configurabilità del concorso materiale - o di converso di quello apparente - nella prospettiva qui oggetto di analisi potrebbe allora trovare, *de lege lata*, una soluzione solo attraverso l'individuazione di criteri condivisi di una certa pregnanza e stabilità, laddove come auspicabile si intendesse perseguire la via della moderazione, senza disconoscere la natura della sanzione criminale in termini di *extrema ratio* e mantenendo salda una visione di un diritto penale (quanto più possibile) ridotto.

Si tratta dunque di verificare se oltre all'associazione di tipo mafioso, e al traffico illecito di stupefacenti, si possano isolare condotte tali da poter essere sanzionate perché ulteriori, *autonome* rispetto alle altre descritte, dotate di *autonomo* disvalore.

Con ciò si intende rilevare allora che:

- a) nel caso di assoluta identità tra i soggetti incardinati nel sodalizio mafioso e quelli dediti al traffico di sostanze stupefacenti si è dinanzi ad un elemento che, pur non assumendo valore assorbente, milita nella direzione dell'insussistenza di una entità criminale diversa rispetto a quella mafiosa, e del fatto che il traffico di stupefacenti costituisca una mera proiezione di quest'ultima;
- b) nel caso di parziale identità soggettiva, può giustificarsi il cumulo solo laddove vi sia autonomia decisoria in capo ai soggetti che gestiscono il traffico di stupefacenti rispetto al sodalizio mafioso (pur se quest'ultimo sia in grado di esercitare su detta attività una forte influenza), residuando la possibilità per una delle due "sfere" di attuare strategie e assumere decisioni sul piano operativo e gestorio eventualmente anche in conflitto con gli interessi dell'altra;
- c) ulteriore requisito per declinare l'autonomia è quello dell'indipendenza economica e finanziaria, poiché laddove vi sia con-

fusione delle relative dotazioni e dei “flussi di cassa” si è al cospetto di un elemento indicatore della sussistenza di un’unica associazione, quella mafiosa;

- d) potrebbero ritenersi co-esistenti due entità autonome, tanto da giustificare il trattamento sanzionatorio derivante dal concorso, solo nel caso in cui sia dimostrata anche la separazione delle dotazioni strumentali tra il sodalizio criminoso rispetto a quelle impiegate per l’attività di traffico delle sostanze stupefacenti. Insomma anche sul piano dei mezzi strumentali, deve trattarsi di due realtà distinte.

In difetto di tali presupposti, si dovrà dunque giungere ad affermare l’esistenza di un’unica entità collettiva, quella mafiosa, con diversi “rami” di attività, tra i quali il traffico illecito di stupefacenti, perché quest’ultimo costituisce una mera proiezione “interna” del sodalizio, che non giustifica affatto la pluralità di addebiti, stante l’*idem factum* associativo.

Tale impostazione, che potrebbe definirsi “organizzativa/aziendalistica”, si pone allora in evidente contrasto con la soluzione sposata nell’occasione dalla suprema Corte, poiché nel caso di specie è stato affermato il concorso tra le disposizioni senza la dimostrazione di una effettiva e concreta autonomia – sul piano decisorio, economico-finanziario e delle dotazioni strumentali – dell’attività di traffico degli stupefacenti rispetto al *clan* mafioso, e dunque in difetto della prova della sussistenza stessa di un’entità associativa qualificabile nei termini di cui all’art. 74 della legge speciale.

Ed infatti:

- il potere decisionale, anche in relazione al traffico di stupefacenti, era risultato accentrato nelle mani – per quanto affermato dalla Corte – dello stesso soggetto (il capo *clan*, Carmine Fasciani);
- i proventi del complesso delle attività illecite riferibili agli imputati erano verosimilmente catalizzati verso nuclei di reimpiego “centralizzati”;
- vi era comunanza di mezzi strumentali, sol che si considerino le armi che compendiano l’arsenale del *clan*, e che peraltro hanno condotto alla contestazione *tanto* dell’aggravante di cui al comma 4 dell’art. 416-*bis* c.p. *quanto* di quella disciplinata dall’ultimo comma dell’art. 74 d.P.R. n. 309/1990, provocando quindi un ulteriore, assai discutibile addebito.

5. Negli ultimi anni si registra un grande “fermento” rispetto al microsystema delle norme di contrasto alla criminalità organizzata, anche con riferimento

alle misure di prevenzione; per quanto attiene all'art. 416-*bis* c.p., si rilevano interpretazioni giurisprudenziali che tendono a svilire gli elementi costitutivi della fattispecie, e che conducono ad attrarre un sempre più vasto numero di casi.

Certo, la criminalità organizzata ha dimostrato notevoli capacità di adattamento, mutando le proprie strategie, cercando di evitare azioni plateali, e muovendosi nel tessuto sociale in maniera più subdola rispetto al passato, così penetrando ancor più profondamente nella “zona grigia”, ed occupando spazi impensabili fino a qualche tempo fa.

Vi è tuttavia da chiedersi, guardando allo stereotipo (o meglio alla previsione normativa astratta), se si tratti di “mafia in trasformazione”, e quindi di fenomeni che mutano nei contorni pur mostrando un nucleo riconducibile al tipo normativizzato, o di “trasformazione della mafia”, e cioè di contesti pur sempre criminali, ma che proprio per adattamento non replicano quei connotati, quelle caratteristiche essenziali che avevano indotto il legislatore, quasi quattro decenni fa, all'introduzione dell'art. 416-*bis* c.p.

Dinnanzi a tale quadro la giurisprudenza non sempre mostra di maneggiare con cautela l'arnese penale, come attestano - per quanto si è osservato - anche alcune interpretazioni lasche in ordine al “metodo”; quegli orientamenti che - per quanto pure si è rilevato - ritengono irrilevante la proiezione della forza intimidatrice sul territorio, con aperture a forme di prevaricazione poco più che individualmente orientate; e ancora alcuni orientamenti in ordine ai requisiti della “partecipazione” al sodalizio.

Tali tendenze si estrinsecano in una giurisprudenza “di lotta”, e nascono probabilmente da una percezione dell'art. 416 c.p., e cioè della figura di associazione a delinquere “semplice”, in termini di scarsa potenzialità sanzionatoria; per di più alla capacità onnivora del delitto di associazione di tipo mafioso - cavalcata dalla giurisprudenza con rilanci a ribasso⁴⁶ - si affiancano le interpretazioni sempre più estensive in ordine al concorso esterno⁴⁷, e la riscoperta delle aggravanti di cui all'attuale art. 416-*bis*.1 c.p. (a lungo pressoché dormienti), che dunque provocano l'ispessimento della fascia della c.d. “contiguità mafiosa”⁴⁸.

⁴⁶ E che sta conferendo al delitto una sorta di geometria variabile.

⁴⁷ Su questo tema, volendo, vd. anche MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁸ Trattandosi di circostanze che la giurisprudenza (vd. Cass., Sez. un., 28 marzo 2001, n. 10, “Cinalli”, in *Dejure*) ritiene applicabili oltre a chi “mafioso è” - sollevando seri dubbi, ancora una volta, sul profilo del *ne bis in idem* e sulla proporzionalità del carico sanzionatorio che ne deriva - a chi “mafioso non è, o non è ancora”.

Vi è tuttavia ancora da aggiungere, al di là delle peculiarità sul piano processuale, il variegato strumentario delle confische, e la normativa *ad hoc* sotto il profilo del trattamento penitenziario; talché il sistema restituisce, nel suo complesso, una chiara immagine di una sorta di deriva panpenalistica, di un “arcipelago” che sta progressivamente trasformandosi in un “continente”, per utilizzare una suggestiva ed efficace metafora di Francesco Palazzo⁴⁹.

Il rischio che si annida nel progressivo abbandono dell’idea di un “diritto mite”, che giocoforza scaturisce dalla svalutazione dei principi cardine (legalità, offensività, colpevolezza, proporzionalità) e che sembra riposare in questo particolare contesto sulla necessità di colpire, come un nemico “alla Jackobs”, chi comunque *in re illicita versatur*, è tangibile.

Peraltro la dottrina ha già rimarcato anche che certe impostazioni potrebbero condurre all’indesiderabile effetto di generare confusione, e di un abbassamento della guardia rispetto ai fenomeni criminosi persistenti più temibili, che rivestono proprio quelle caratteristiche che avevano indotto il legislatore ad introdurre l’art. 416-*bis* c.p.

Si è affermato «se tutto è mafia, allora niente è mafia»⁵⁰; ma forse si potrebbe rivelare appropriato, nella stessa prospettiva, anche il richiamo ad un aforisma di Pasolini particolarmente utile a sostenere l’idea di un diritto penale come *extrema ratio*, anche al fine di rinvigorire l’autorevolezza del precetto normativo: «in una società dove tutto è proibito, si può fare tutto»⁵¹!

È allora giunto il faticoso momento in cui di tali questioni si occupino le Sezioni unite della Corte di cassazione?

ADELMO MANNA

ANDREA DE LIA

⁴⁹ PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, n. 36, 2007, 1279 ss.

⁵⁰ Il riferimento è a VISCONTI, *La mafia è dappertutto. Falso!*, Bari, 2016.

⁵¹ PASOLINI, *Non aver paura di avere un cuore*, 10 marzo 1975, in *Corriere della Sera*.