

**L'OPERATIVITÀ DEL 416-BIS CP IN CONTESTI
NON TRADIZIONALI: UNA TIPICITÀ LIQUIDA?
RISVOLTI PRATICI E PERSISTENTI QUESTIONI TEORICHE
ALL'ESITO DEL PROCESSO "MAFIA CAPITALE"**

di Francesca Vitarelli

(Dottoranda in diritto penale, Università Statale, Milano)

SOMMARIO: 1. Gli orientamenti espressi nel corso del processo "Mafia Capitale". - 1.1. Le pronunce di legittimità rese in fase cautelare. - 1.2. La pronuncia del Tribunale di Roma. - 1.3. La pronuncia della Corte di appello di Roma. - 1.4. La pronuncia della Cassazione. - 2. L'estensione del concetto di mafia a realtà non tradizionali: potenzialità e limiti. - 3. La progressiva assimilazione tra criminalità organizzata e criminalità economica di tipo sistemico. - 4. L'influenza del materiale probatorio e del contesto socio-criminologico sull'interpretazione dell'art. 416-bis Cp: prospettive problematiche. - 5. Riflessioni conclusive *de iure condendo*.

1. L'inchiesta "Mondo di mezzo"¹, cui solo in seguito è stato attribuito il nome di "Mafia Capitale" con il quale essa è conosciuta², è nota per aver ipotizzato l'esistenza nella Capitale di una mafia *autoctona*³, riconducibile al paradigma legale di cui all'art.

¹ Il nome rimanda al contenuto di un'intercettazione telefonica, ove il leader della compagine associativa ha enunciato quello che dalla Procura di Roma è stato considerato il «manifesto programmatico» dell'associazione: «È la teoria del mondo di mezzo [...] ci stanno [...] i vivi sopra e i morti sotto e noi stiamo nel mezzo [...] vuol dire che ci sta un mondo in cui tutti si incontrano [...] allora nel mezzo, anche la persona che sta nel sovramondo ha interesse che qualcuno del sottomondo gli faccia delle cose che non le può fare nessuno [...] e tutto si mischia», v. ordinanza di applicazione di misure cautelari, G.i.p. T. Roma 28.11.2014 n. 30546/10, 33 s.

² L'espressione "Mafia Capitale" è utilizzata per la prima volta nell'ordinanza cautelare G.i.p. T. Roma 28.11.2014, 30. Per un'ampia ricostruzione dell'inchiesta, cfr. L. Abbate – M. Lillo, *I re di Roma. Destra e sinistra agli ordini di Mafia Capitale*, Roma 2015; G. Savatteri – F. Grignetti (a cura di), *Mafia Capitale. L'atto d'accusa della Procura di Roma*, Milano 2015; G. Pignatone – G. Prestipino, *Le mafie su Roma, la mafia di Roma*, in AA.VV., *Atlante delle mafie. Storia, economia, società, cultura*³, a cura di E. Ciconte – F. Forgione – I. Sales, Soveria Mannelli 2015, 95 ss.

³ Si ricordi, incidentalmente, che con la locuzione «mafie autoctone» si intende riferirsi a sodalizi mafiosi che non hanno origine nei territori in cui operano tradizionalmente le mafie classiche, né sono una loro emanazione delocalizzata, eppure operano in modo tale da integrare tutti i requisiti di cui all'art. 416-bis co. III Cp. La norma, infatti, estende l'applicabilità della fattispecie anche alle «altre associazioni comunque localmente denominate

416-bis Cp, sia pur con caratteristiche affatto peculiari. In particolare, secondo la ricostruzione della Procura di Roma, ci si trovava in presenza di un'associazione che dopo aver acquisito elevata capacità di intimidazione nel contesto delle attività di recupero crediti sfruttando l'«eccezionale notorietà criminale»⁴ di Massimo Carminati, se ne sarebbe avvalsa in ambito politico-imprenditoriale a seguito della fusione con il gruppo criminale di Salvatore Buzzi, operante in un contesto di corruzione sistemica. Sicché, il metodo mafioso sarebbe stato adoperato da costoro nel «mondo di sopra», ossia nei diversi settori dell'economia e della pubblica amministrazione, al fine di garantirsi l'aggiudicazione di appalti, con esclusione sistematica dalle commesse pubbliche di tutti quegli imprenditori che avrebbero potuto sottrarre risorse all'associazione⁵. Si è teorizzato un «vero e proprio mosaico di mafia e corruzione, un mosaico, appunto, in cui ogni tessera ha da combaciare perfettamente con l'altra perché il disegno riesca armonioso, lineare»⁶.

È stato quindi ipotizzato un nuovo ambito di operatività⁷ dell'associazione di tipo mafioso, caratterizzata non dal dominio del territorio, quanto piuttosto dal

anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso». Per un recente commento all'art. 416-bis Cp v. A. Gargani, *sub art. 416-bis - Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in *Codice Penale*,⁷ (II) a cura di T. Padovani, Milano 2019, 2825 ss.

⁴ Si tratta di un soggetto già noto alle cronache giudiziarie per la sua accertata partecipazione alla Banda della Magliana e, in precedenza, per il ruolo svolto nell'ambito del gruppo terroristico d'ispirazione neofascista dei Nuclei armati rivoluzionari.

⁵ Per un approfondimento, E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, in www.archiviopenale.it 2019; E. Zuffada, *Per il Tribunale di Roma Mafia Capitale non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie storiche*, in www.penalecontemporaneo.it 27.11.2017; L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, in www.penalecontemporaneo.it 9.6.2016.

⁶ Cfr. G. Candore, *Il mosaico spezzato: da Mafia Capitale a corruzione capitale*, in *CP* 2018, 1162.

⁷ Anche se, per certi versi, si possono considerare antesignane dell'inchiesta "Mafia Capitale" due vicende giudiziarie risalenti ai primi anni '80: la prima, riguardante il Presidente della regione Liguria Teardo, in cui per la prima volta si è parlato di «mafia politica» v. App. Genova 22.1.1988 e Cass. 22.8.1989 n. 11204 Teardo e al., entrambe in *RIDPP* 1990, 1177 ss. con relativa nota di A. Madeo, 1197 ss. e App. Genova 17.12.1990 Teardo e al., in *RIDPP* 1992, 324 ss.; la seconda, in cui era coinvolta la c.d. «Mafia dei casinò», riguardante il tentativo di due bande criminali in concorrenza tra loro di acquisire illecitamente il controllo del casinò di San Remo con la connivenza dei politici dell'epoca v. Cass. 12.6.1984 Chamonal, in *FI* 1985, 169, con nota di C. Rapisarda; Cass. 19.12.1997 Magnelli, in *RIDPP* 1475 ss. e ivi l'ampio commento di D. Notaro, *L'art. 416-bis e il metodo mafioso, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*. Sul punto cfr. G. Fiandaca, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *FI* 1985, 301 ss.; F. C. Grosso, *Repressione della criminalità mafiosa e garanzia: spunti di riflessione a margine della pratica giudiziaria*, in *QuestG* 1988, 318 ss.; A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano 1993, 116 ss.; G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano 1995, 130 ss.; G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1997, 41 ss.; D. Notaro, *L'attualità del «metodo mafioso» nelle odierne organizzazioni criminali a vocazione imprenditoriale*, in *AA.VV.*, *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G. A. De Francesco, Torino 2001, 101.

controllo di un determinato contesto politico-imprenditoriale.

Una mafia, quindi, «che corrompe»⁸ e che poco ha a che vedere con i paradigmi ideal-tipici⁹ che hanno ispirato il legislatore storico e che costituiscono il *retrotterra* criminologico della fattispecie incriminatrice¹⁰.

Come è noto, il quadro accusatorio prospettato dalla Procura di Roma è stato oggetto di discordanti valutazioni nei vari gradi di giudizio¹¹, per poi essere definitivamente rigettato dalla Cassazione, le cui motivazioni sono state pubblicate di recente¹². Tuttavia, a prescindere dal risultato pratico che deriva da quest'ultima pronuncia in relazione al caso di specie, le diverse posizioni espresse nelle varie fasi processuali meritano di essere brevemente illustrate, dal momento che è stato per la prima volta affrontato il tema - già oggetto di studi sociologici, ma non ancora trattato sul piano giuridico in modo sistematico e autonomo - dell'assimilazione tra criminalità sistemica politico-imprenditoriale e criminalità organizzata di tipo mafioso e della

⁸ Cfr. L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 20, il quale rileva che, con l'allargamento dei limiti di applicabilità della fattispecie attraverso un'interpretazione sempre più lata dei requisiti tipici del metodo mafioso, sarebbe in atto «il coinvolgimento giudiziale di nuove "classi" di soggetti (anche a titolo di partecipi) nell'orbita del sistema di contrasto della criminalità mafiosa, tale da comportare la modifica del volto stesso del "mafioso" in sensi ben diversi da quelli radicati nell'immaginario collettivo e, tutto sommato, nei repertori giurisprudenziali»; si tratta di soggetti i quali «non appartengono alla tipologia del mafioso tradizionale - quello che si muove in fasce devianti, in subculture che indirizzano al malaffare condotto con mezzi violenti - ma che fanno parte invece di quella che viene spesso definita [...] "borghesia mafiosa": la "classe" di coloro che non disdegnano, per convenienza e opportunismo, il contatto con quei soggetti "diversi"». Per un approfondimento sul punto v. *infra* §3.

⁹ Così E. Ciccarello, *La posta in gioco di Mafia Capitale*, in *Meridiana* 2016, 68.

¹⁰ Cfr. A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, in *CP* 2016, 122, a parere del quale l'allontanamento (anche territoriale) del paradigma giuridico della norma da quello socio-criminologico, per quanto «inevitabile», in realtà «sconfess[i] l'originaria intentio legis dei compilatori del 1982, che hanno volutamente poggiato buona parte della struttura del delitto su di un terreno sociologico anziché sul piano tecnico-giuridico, condannando peraltro la norma a scontare più d'un vizio genetico». Invero, come si è riscontrerà nel corso della trattazione (v. *infra* §3), lo stesso legislatore storico ha voluto redigere una fattispecie generale e astratta non limitata al fenomeno delle mafie classiche.

¹¹ Per la fase cautelare v. Cass.10.4.2015 n. 24535 e Cass.10.4.2015 n. 24536 con nota di A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, op. cit., 118 ss.; per la fase di merito T. Roma 20.7.2017 n.11730 Bolla e altri, sulla quale v. E. Zuffada, *Per il Tribunale di Roma Mafia Capitale non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie storiche*, cit.; G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, *GI* 2018, 956 ss.; G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *FI* 2018, 176 ss.; G. Candore, *Il mosaico spezzato: da Mafia Capitale a corruzione capitale*, op. cit., 1162 ss.; App. Roma 11.9.2018 Bolla e altri.

¹² Si tratta di Cass. 16.10.2019 n. 18125. Per un primo commento v. G. Amarelli - C. Visconti, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in www.sistemapenale.it 18.6.2020.

conseguente configurabilità del metodo mafioso in contesti di corruzione sistemica¹³.

A parere di chi scrive, questa vicenda processuale consente, pertanto, da un lato, di riflettere sulle potenzialità e i limiti dell'operatività dell'art. 416-bis Cp in contesti non tradizionali e, dall'altro, impone una più ampia riflessione circa le persistenti questioni teoriche che si pongono in relazione alla "liquidità" di confini che caratterizza tale norma incriminatrice.

Invero, si tratta di profili solo in apparenza distinti: come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo della riflessione, le incertezze applicative che caratterizzano la fattispecie a fronte di nuove manifestazioni del fenomeno mafioso si radicano proprio nella sua formulazione legislativa,pregna di elementi elastici che provocano una manipolazione prasseologica dei suoi tratti di tipicità.

Dopo aver esposto i contenuti salienti delle diverse pronunce che hanno scandito la vicenda in esame, ci si soffermerà quindi criticamente su tali due temi d'indagine. Infine, si formulerà una proposta teorica *de iure condendo* volta a intervenire sul piano della formulazione legale della fattispecie valorizzando una visione «dinamica» della tipicità, basata sull'integrazione tra piano sostanziale e piano processuale.

1.1. Occorre innanzitutto ricordare che, nel corso della fase cautelare, la Suprema Corte con due sentenze gemelle¹⁴ aveva confermato in linea di principio la plausibilità della qualificazione giuridica in termini di associazione di tipo mafioso *ex art. 416-bis Cp* delle attività di gruppi criminali autoctoni operanti mediante sistematiche pratiche corruttive, in contesti astrattamente leciti o comunque considerati immuni dalla stabile presenza di organizzazioni mafiose tradizionali. Di conseguenza, si è affermata, nel caso di specie, la presenza di una «mafia romana»¹⁵: una definizione, quest'ultima, che ha fatto irruzione, modificandolo, in un immaginario collettivo che tende a percepire i fenomeni mafiosi, magari anche delocalizzati in zone non tradizionali, pur sempre però racchiusi entro determinate coordinate etnico-regionalistiche¹⁶.

¹³ Cfr. sul punto E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, op. cit., 9 ss.

¹⁴ Cass.10.4.2015 n. 24535 e Cass.10.4.2015 n. 24536 con nota di A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, op.cit., 118 ss.

¹⁵ Sul punto v. C. Visconti, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, in www.penalecontemporaneo.it 15.6.2015.

¹⁶ Peraltro, di mafie autoctone non legate all'immaginario tradizionale si è parlato in passato in riferimento alla Mala del Brenta v. Ass. Venezia 1.7.1994 Alonzo e altri; Cass.18.9.2012 n.35627 Maniero, nonché in riferimento alla Banda della Magliana v. Ass. Roma 23.7.1996 Abbatino e altri e Ass. app. Roma 6.10.2000. Di recente, in riferimento alla Mafia ostiense v. Cass. 28.12.2017 Fasciani, in *CEDCass.* n. 271724; Cass. 4.4.2017 n. 24851 G., in *CP* 2018 (VI), 2003; Cass. 4.10.2018, in *CEDCass.* n. 274120 e da ultimo Cass. 29.11.2019 n.10255 v. sul punto C. 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*, in www.sistemapenale.it 24.3.2020.

In tale occasione, la Corte di Cassazione ha ritenuto opportuno fissare il seguente principio di diritto: «ai fini della configurabilità del reato di associazione mafiosa, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo dalla quale derivano assoggettamento e omertà può essere diretta tanto a minacciare la vita o l'incolumità personale, quanto anche, o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti». L'intento era, dunque, quello di far venire meno il *cliché* secondo il quale il ricorso al metodo mafioso richiederebbe necessariamente la commissione di delitti contro la persona, dal momento che lo stato di assoggettamento e omertà di cui al co. III dell'art. 416-bis Cp può anche derivare da uno stato di necessità di tipo economico. Sulla base di tale affermazione di principio, le sentenze gemelle della Cassazione hanno quindi sancito un «vero e proprio debutto giudiziario del delitto di associazione mafiosa sul fronte della repressione dei perversi intrecci tra criminalità politico amministrativa e criminalità organizzata, tra criminalità dei colletti bianchi e criminalità violenta e predatoria»¹⁷.

Tale esito, peraltro coerente con le recenti acquisizioni delle scienze socio-criminologiche¹⁸, sarebbe però secondo la Suprema Corte giuridicamente ammissibile solo se fedele alla struttura tipica della fattispecie. In particolare, la forza di intimidazione - tale da generare assoggettamento ed omertà tra gli operatori economici e i funzionari pubblici estranei agli accordi criminosi - non può essere acquisita solo attraverso pratiche corruttive seriali¹⁹: il metodo corruttivo non è in alcun modo fungibile con il metodo mafioso e non potrebbe quindi assurgere a elemento sostitutivo o equivalente a quest'ultimo²⁰.

¹⁷ Così C. Visconti, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, cit., 2, il quale ha poi affermato che «a ben vedere l'indirizzo prescelto si pone in piena continuità con gli orientamenti maggioritari e anche per certi versi meno inclini a forzature estensive della fattispecie incriminatrice».

¹⁸ Sul punto l'approfondimento *Mafia Capitale*, in *Meridiana* 2016 e in particolare i contributi di: V. Mete-R. Sciarrone, *Mafia Capitale e dintorni*, V. Martone, *Mafia Capitale: corruzione e regolazione mafiosa nel mondo di mezzo*, A. Vannucci, *Tra area grigia e «mondo di mezzo»: anatomia di Mafia Capitale*, E. Ciccarello, *La posta in gioco di Mafia Capitale. Nuove mafie e interpretazione dell'articolo 416-bis*; L. Brancaccio, *Mafia Capitale: associazione mafiosa e fazione politica*.

¹⁹ Così C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.*, www.penalecontemporaneo.it 24.1.2019, 8 s.

²⁰ Su tale punto si è espresso A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, op. cit., 118 ss. L'Autore ritiene che il principio di diritto formulato dalla Corte di Cassazione non valga a superare la sostanziale «inconciliabilità logico-giuridica» tra metodo mafioso e metodo corruttivo: «da un lato sta la tangente, dall'altro la 'protezione' (quand'anche non la mera intimidazione) mafiosa, e sul piano modale non riescono a toccarsi. Una questione teorica che invece in queste sentenze sembra non essere stata affrontata con il dovuto approfondimento: aggirata, essendo stato rilevato che, comunque, l'utilizzo della forza intimidatrice ha trovato significative conferme in alcuni episodi che nella complessiva vicenda di cui si tratta risultano essere, obiettivamente, singoli e marginali, e che nulla hanno a che fare con le finalità primarie, di tipo economico-imprenditoriale, del gruppo; tanto da suscitare non pochi dubbi sulla identità giuridica delle due esperienze associative e la riconducibilità

Nel caso in cui si fosse ammesso il contrario, sarebbero state condivisibili le letture critiche di quegli autori che hanno accolto con diffidenza le affermazioni della Suprema Corte, paventando il rischio della «perdita di qualsiasi capacità connotativa del concetto di mafia»²¹. Infatti, tra le righe delle pronunce in esame qualcuno ha intravisto la volontà di compiere l'ennesima operazione ermeneutica «eversiva»²² di ridimensionamento degli elementi strutturali del metodo mafioso²³. Tali preoccupazioni sono state però in seguito fugate in quanto la sentenza della Corte di appello, nell'avallare la ricostruzione in punto di diritto della Procura di Roma e della Cassazione in sede cautelare, ha più volte ribadito che il metodo corruttivo si dovrebbe considerare aggiuntivo e non sostitutivo rispetto al metodo mafioso²⁴.

1.2. Nonostante la posizione assunta dalla Cassazione in fase cautelare, il Tribunale di Roma ha escluso la sussistenza di un'associazione di tipo mafioso in fase di merito, prospettando l'esistenza non già di una sola e unitaria associazione criminosa, bensì di due associazioni per delinquere semplici, rispettivamente capeggiate da Carminati e Buzzi²⁵.

In particolare, in punto di diritto il giudice di merito ha affermato che solo con riferimento alle mafie «derivate»²⁶ si potrebbe prescindere dalla verifica di una forza intimidatrice effettiva e attuale²⁷, ammettendo la presenza di una «riserva di violenza» che permette al sodalizio mafioso di fare a meno di metodi violenti eclatanti e di

delle stesse ad un medesimo disegno criminoso».

²¹ G. Insolera, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *IP* 2015, 237. L'Autore, dopo aver esternato la sua motivata perplessità rispetto all'utilizzo dell'art. 416-bis c. per il contrasto alla criminalità politico-amministrativa, parafrasando lo storico Salvatore Lupo afferma: «Qui rischia di trovar conforto una conclusione grottesca: "la mafia non esiste". Se tutto diventa mafia, la mafia non esiste più: se la trovi dappertutto si perde qualsiasi capacità identificativa: e, quindi, se tutto è mafia, la mafia non esiste».

²² Così G. Candore, *Il mosaico spezzato: da Mafia Capitale a corruzione capitale*, in *CP* 2018, 1162 ss. nota a T. Roma 20.7.2017, n.11730 Bolla e altri.

²³ Cfr. L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 21; A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di "Mafia Capitale": tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, op. cit., 125.

²⁴ App. Roma 11.9.2018 Bolla e altri, 350 e 469 ss.

²⁵ T. Roma, 20.7.2017 n.11730, Bolla e altri, sulla quale v. G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, op. cit., 956 ss.; G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *FI* 2018, 176 ss.; G. Candore, *Il mosaico spezzato: da Mafia Capitale a corruzione capitale*, in *CP* 2018, 1162 ss.

²⁶ Si tratta delle cosiddette mafie «delocalizzate» o le quali si distinguono per essere associazioni criminali derivate da altre associazioni già individuabili come mafiose. Cfr. A. Gargani, *sub art. 416-bis - Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, cit., 2825 ss.

²⁷ Orientamento ricondotto in motivazione a Cass. 16.9.2015, B., in *Rep. FI* 2015, voce ordine pubblico (36), ma più ampiamente sviluppato nel processo c.d. Albachiaro relativo a una nuova "epifania locale" di 'ndrangheta costituita in Piemonte da Cass. 3.3.2015 n. 31666, *CP* 2016, 118 (v. nota 30).

giovarsi di una fama criminale già conseguita e riconoscibile a causa di una «pregressa attività sopraffattrice»²⁸. Al contrario, ciò non sarebbe ammissibile con riguardo alle mafie non derivate, rispetto alle quali è necessaria la prova di episodi di violenza o minaccia indicativi di una storia di violenza del sodalizio, che gli abbiano fatto acquisire una carica intimidatoria legata allo stesso vincolo associativo e capace di persistere a prescindere dai concreti atti posti in essere dagli *intranei*. Sulla base di tali opinabili premesse²⁹, il Tribunale ha negato, nel caso di specie, la configurabilità di un'associazione di tipo mafioso, in quanto non ha ritenuto riscontrabile né una mafiosità «derivata» propria delle mafie delocalizzate, né una mafiosità «autonoma» propria delle mafie di nuova formazione³⁰. Invero, la distinzione tra mafie storiche e non storiche è una distinzione di carattere socio-criminologico senza alcun riscontro nel dato normativo, il quale piuttosto delinea la fisionomia dell'associazione mafiosa facendo leva sugli elementi costitutivi del metodo mafioso, ossia la forza di intimidazione e l'assoggettamento e l'omertà che ne derivano, i quali devono sempre essere accertati quale che sia l'organizzazione in questione, a prescindere dal fatto che sia risalente nel tempo o di più recente emersione.

Inoltre, in riferimento alla questione della configurabilità del metodo mafioso in contesti di corruzione sistemica, il Tribunale, in contrasto con quanto affermato in linea di principio dalla Cassazione in sede cautelare, ha ritenuto che non vi possa essere alcuna *sintonia* tra metodo mafioso e metodo corruttivo. Il collegio di merito, infatti, anziché considerare il metodo corruttivo come una nuova forma di estrinsecazione del metodo mafioso, ha ritenuto i due metodi *alternativi*, dando così ragione a quegli

²⁸ Sul punto v. G. Candore, *Il mosaico spezzato: da Mafia Capitale a corruzione capitale*, in *CP* 2018, 1162 ss. nota a T. Roma 20.7.2017 n. 11730 Bolla e altri.

²⁹ È critico sul punto G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *FI* 2018, 176. Cfr. anche G. Amarelli, *Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso*, *op. cit.*, 961.

³⁰ Tale distinzione si basa su un'impostazione sostenuta da parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la S.C. ha ritenuto che il reato di cui all'art. 416 bis sia configurabile nel caso in cui, in caso di nuova articolazione periferica (c.d. «locale») di un sodalizio mafioso radicato nell'area tradizionale di competenza, il reato in esame doveva ritenersi anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con quella «madre» del sodalizio di riferimento, ed il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, sostegno ai sodali in carcere, ecc.) presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico. Così Cass. 3.3.2015 n. 31666, in *CP* 2016, 118, v. sul punto C. Visconti, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la mafia silente al nord: dicono di pensarla allo stesso modo ma non è così*, in *www.penalecontemporaneo.it* 5.10.2015. Tuttavia, il Primo Presidente della Corte con decreto del 28 aprile 2015, ha negato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul presupposto secondo cui la forza di intimidazione deve assumere sempre i caratteri di obbiettiva percepibilità all'esterno, attualità, effettività: v. Cass. 17.6.2016 n. 55359 Pesce; Cass. 1.3.2017 n. 27094 Milite; Cass. 28 marzo 2017 n. 24850 Cataldo e lo conferma da ultimo la Cassazione nel caso di specie Cass. 16.10.2019 n. 18125. Cfr. per un'approfondita ricostruzione A. Gargani, *sub art. 416-bis -Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, *cit.*, 2825 ss.

autori che avevano ravvisato tra delitti di corruzione e delitto di associazione mafiosa una profonda *aporia*, un contrasto insanabile, tale da ritenere assolutamente inconciliabili le due fattispecie³¹.

In conclusione, viene dai giudici rimarcata «l'impossibilità di interpretazioni talmente estensive di tale norma [l'art. 416-bis Cp] da trasformarsi, con violazione del principio di legalità, in vere e proprie innovazioni legislative, che rimangono riservate al legislatore».

1.3 La Corte di appello di Roma ha poi riformato il giudizio di primo grado, accogliendo l'impostazione accusatoria originariamente prospettata dalla Procura della Repubblica e ritenendo, dunque, sussistente nel caso di specie un'associazione mafiosa operante in un contesto politico-imprenditoriale. Per dimostrare la coerenza di tale esito con gli orientamenti della Corte di legittimità, la Corte di appello ha riportato, in un apposito paragrafo³², i principi di diritto espressi nelle sentenze gemelle del 2015 e in altre recenti pronunce, utilizzandole come riferimento per la decisione³³. A tal proposito, la Corte ha voluto premettere che il reato di associazione di tipo mafioso «è stato concepito, e soprattutto normativamente caratterizzato, in funzione di un'associazione di tipo mafioso a sottolineare che la mafia storica siciliana era soltanto il tipo o l'archetipo di un reato chiaramente e decisamente applicabile ad

³¹ Secondo A. Apollonio, *Rilievi critici sulle pronunce di mafia capitale: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia soltanto giuridica*, op. cit., 135 s. sussisterebbe una «inconciliabilità logico-giuridica tra metodologia mafiosa e metodologia corruttiva. Da un lato sta la tangente, dall'altro la "protezione" (quand'anche non la mera intimidazione) mafiosa, e sul piano modale non riescono a toccarsi».

³² App. Roma 11.9.2018 Bolla e altri, 350 ss.

³³ Recenti pronunce della Corte di Cassazione hanno ribadito che la forza di intimidazione può esplicarsi in un limitato territorio o settore (cfr. Cass. 21.7.2017 n. 1586 Paun) e che non è necessario il controllo di una determinata area territoriale ma sono sufficienti specifiche condizioni di omertà e non una omertà immanente e permanente (cfr. Cass. 8.11.2017 n. 2158 Bivol Pavel). Per quanto riguarda l'esteriorizzazione della forza di intimidazione senza condotte violente la Cassazione interessandosi di un gruppo criminale derivato da un clan mafioso originario ha richiamato l'indirizzo interpretativo maggioritario e più consolidato per il quale, ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416-bis Cp, occorre che l'associazione abbia conseguito in concreto, nell'ambiente in cui opera, un'effettiva capacità di intimidazione che deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, quale forma di condotta positiva e ha ribadito che «per integrare il delitto di associazione mafiosa è necessaria, oltre alla sussistenza del vincolo associativo, un'attività esterna obiettivamente riscontrabile e concretamente percepibile», affermando che la «capacità di intimidazione non presuppone necessariamente il ricorso alla violenza o alla minaccia da parte dell'associazione o dei singoli partecipi, ben potendo quest'ultima esplicitarsi, tuttavia, anche con il compimento di atti che siano non violenti, ma espressione della esistenza attuale della fama criminale e della notorietà del vincolo associativo» (Cass. 13.6.2017 n. 41722 Vicidomini). Infine, Cass. 26.10.2017 n. 57896 Fasciani, in materia di mafie "non storiche" ha affermato il principio che «la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale».

ogni associazione delinquenziale che ne riproducesse le caratteristiche strutturali essenziali»³⁴. Coerentemente, la giurisprudenza della Cassazione ha, secondo i giudici di secondo grado, «da tempo legittimato l'applicazione del reato in esame ad associazioni di tipo mafioso diverse da quelle storiche italiane, anche a matrice straniera enunciando il principio secondo cui il modello di reato in esame è configurabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività, a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà». Da questa consolidata giurisprudenza di legittimità³⁵, i giudici di appello hanno tratto la conclusione della configurabilità del metodo mafioso anche in contesti politico-impresonditoriali caratterizzati da corruzione sistemica, purché risulti comunque provata la sussistenza di una forza di intimidazione non meramente potenziale, ma effettiva e visibile all'esterno, riscontrabile - secondo il collegio - nel caso di specie.

Pertanto, come già anticipato, si chiarisce quanto poteva risultare ambiguo a seguito delle sentenze gemelle del 2015: in caso di mafie operanti in contesti politico-impresonditoriali, ai fini dell'accertamento della sussistenza la forza di intimidazione non è sufficiente la prova della sistematicità delle pratiche corruttive, dal momento che il metodo corruttivo può aggiungersi ma non sostituire la prova del metodo mafioso. Diversamente da quanto ritenuto dai giudici di prime cure, la ricostruzione operata dalla Procura della Repubblica non viene, questa volta, considerata eccedente i limiti dell'interpretazione estensiva.

1.4. Nell'ottobre 2019³⁶ la Corte di Cassazione ha riformato in via definitiva il giudizio della Corte di appello con riferimento alla configurabilità nel caso di specie dell'art. 416-bis Cp, ravvisando piuttosto la configurabilità di due associazioni a delinquere semplici, così come era stato ritenuto nel primo grado di giudizio. Nelle

³⁴ Citando la sentenza resa in sede cautelare Cass.10.4.2015 n. 24535.

³⁵ A tal proposito la Corte ricorda anche il parere reso dal Primo Presidente della Corte di Cassazione in data 28 aprile 2015 (su cui v. già nota 30), secondo cui «l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti», nonché Cass. 17.6.2016 n. 55359 Pesce; Cass. 1.3.2017 n. 27094 Milite; Cass. 28.3.2017 n. 24850 Cataldo, che pronunciandosi, rispettivamente, la prima a proposito di una diramazione associativa costituita fuori dal territorio di origine e le altre due a proposito di associazioni di tipo mafioso di nuova formazione, hanno affermato che è imprescindibile la verifica in concreto della manifestazione all'esterno del metodo mafioso, di una reale capacità di intimidazione, effettivamente e obiettivamente riscontrabile, presupposto costitutivo della fattispecie. Lo conferma da ultimo in riferimento al caso di specie Cass.16.10.2019 n. 18125.

³⁶ Cass. 16.10.2019 n. 18125 su cui v. G. Amarelli - C. Visconti, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime, op. cit.*

argomentazioni della Corte, recentemente depositate, si muovono plurime censure alla sentenza impugnata sia in riferimento alla motivazione che all'errata applicazione della legge penale.

Sotto il primo profilo, si rileva che la Corte di appello non ha adottato la motivazione rafforzata che si richiede in caso di modifica *in pejus* della sentenza di primo grado. La sentenza di appello, infatti, avrebbe dovuto confrontarsi con quella di primo grado e individuare i possibili errori di valutazione, gli eventuali elementi pretermessi o travisati, le valutazioni poco convincenti, per poter poi sostenere in termini di certezza la non sostenibilità della tesi del Tribunale e la piena fondatezza, invece, della propria. Al contrario, la Corte di appello, riformando *in pejus* la pregressa decisione, non ha articolato il proprio ragionamento probatorio prendendo spunto dal contenuto della sentenza di segno contrario di primo grado, rispetto alla quale avrebbe dovuto motivare in termini rafforzati, bensì si è basata sulle posizioni espresse dalla Cassazione in fase cautelare. Peraltro, nota la Suprema Corte, la Corte di appello si è limitata ad affermare in termini del tutto assertivi l'identità del quadro fattuale tra fase cautelare e fase di merito, nonostante i fatti posti alla base della decisione cautelare non fossero i medesimi in virtù di una imponente istruttoria dibattimentale con raccolta di prove e nuovi temi proposti da tutte le parti. Per fare un corretto uso dei precedenti cautelari, la Corte di appello avrebbe, invece, dovuto affrontare il tema in concreto, spiegando in cosa consistesse l'identità fattuale e perché, dunque, si potesse far riferimento alle argomentazioni elaborate dalla Cassazione in sede cautelare.

Sotto il secondo profilo, si sottolinea come la Corte di appello avesse l'obbligo di individuare correttamente gli elementi costitutivi della fattispecie prevista dall'art. 416-bis Cp. Al contrario, vengono evocati concetti quali quello di «riserva di violenza», di «potenziale capacità di intimidazione», di «prestigio criminale del singolo componente» (e non del gruppo), i quali sono estranei alla tipicità della fattispecie, nel rispetto della quale è invece necessario provare che il sodalizio abbia conseguito, nel contesto - anche ridotto - di riferimento, una capacità intimidatrice effettiva, manifesta e obiettivamente riscontrabile, che può certo esteriorizzarsi anche con atti e comportamenti non connotati necessariamente da violenza o minaccia, ma che devono essere evocativi del prestigio criminale della compagine associativa e come tale percepiti. In modo non dissimile, la Corte di Appello ha travisato la corretta interpretazione del requisito dell'assoggettamento omertoso, fatto discendere in questo caso dalla quantità e dalla qualità dei reati fine, e, soprattutto, dall'ampiezza del sistema corruttivo accertato, senza considerare che - al contrario - l'omertà che deriva dalla manifestazione della capacità di intimidazione e che caratterizza l'associazione mafiosa è fondata sul *metus* e non, come nel caso di specie, sulla convenienza reciproca riconducibile ad un contesto di corruzione. A parere della

Suprema Corte, infatti, si tratta di un «sistema gravemente inquinato, non dalla paura ma dal mercimonio della pubblica funzione (...) volendo ricorrere ad una metafora, può dirsi che una parte del “palazzo” non è stata “conquistata” dall'esterno, dalla criminalità mafiosa, ma si è consapevolmente “consegnata” agli interessi del gruppo che faceva capo a Buzzi e Carminati; un gruppo criminale che ha trovato un terreno fertile da coltivare»³⁷.

Riassumendo, la Cassazione prende atto di una motivazione gravemente carente, priva di quella «forza persuasiva superiore» necessaria per riformare *in peius* la sentenza di primo grado, ma, soprattutto, della non corretta applicazione dei principi di diritto che riguardano gli elementi strutturali del delitto di associazione di stampo mafioso, sui quali la Corte si sofferma accuratamente in sede di motivazione.

Cionondimeno, la Suprema Corte tiene a precisare che le risultanze probatorie del processo non consentono affatto di affermare, sul piano generale ed astratto, che sul territorio del Comune di Roma non possano esistere fenomeni criminali mafiosi autoctoni. Invero, se limitatamente al caso in esame si ritiene «indebitamente piegata la tipicità della fattispecie prevista dall'art. 416-bis Cp per farvi confluire fenomeni ad essa estranei»³⁸, al contempo, si enunciano una serie di principi di diritto che potranno costituire un riferimento per la successiva giurisprudenza nell'applicazione della norma in contesti non tradizionali.

2. Come si anticipava, nel motivare la sua decisione la Suprema Corte riporta una serie di principi di diritto funzionali a fornire delle direttive interpretative in materia di mafie «non tradizionali» che possano orientare la futura giurisprudenza. In tal modo, la Corte conferma la tendenza, emergente già dalla lettura di altre decisioni assunte di recente in materia³⁹, da un lato, ad illustrare le potenzialità applicative della norma incriminatrice in contesti sempre più distanti da quelli che hanno ispirato l'originaria introduzione della fattispecie criminosa, e, dall'altro, a individuare i limiti da rispettare in modo da scongiurare eventuali derive che travisino la tipicità della fattispecie e intacchino il principio di legalità e i suoi corollari.

Innanzitutto, la Corte sottolinea che, sebbene il legislatore del 1982 abbia

³⁷ Cass. 16.10.2019 n. 18125, 326.

³⁸ Cass. 16.10.2019 n. 18125, 327.

³⁹ Il riferimento è in particolare: all'ordinanza di restituzione alla Sezione remittente del Presidente della Corte di Cassazione del 17 luglio 2019 con cui si è negata l'esistenza di un contrasto interpretativo in materia di mafie delocalizzate; alla successiva decisione Cass. 29.11.2019 n. 51489 assunta dalla I Sezione, su cui v. C. Visconti, *La mafia “muta” non integra gli estremi del comma 3 dell'art. 416 bis c.: le Sezioni unite non intervengono, la I Sezione della Cassazione fa da sé*, in www.sistemapenale.it 22 gennaio 2020; alla sentenza che ha ravvisato la sussistenza dell'art. 416 bis Cp nella vicenda del *clan Fasciani*, Cass. 29.11.2019 n.10255. Cfr. sul punto G. Amarelli - C. Visconti, *Da 'mafia capitale' a 'capitale corrotta'. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime, op. cit.*

delineato il reato prendendo a modello il fenomeno mafioso tradizionale e geograficamente connotato, nulla consenta di ritenere che l'operatività della norma sia circoscritta a tale contesto territoriale e sociale⁴⁰. Come rilevato dalla dottrina all'indomani dell'introduzione della norma nel nostro ordinamento, infatti, l'art. 416-bis Cp enuclea i caratteri comuni ed essenziali del fenomeno mafioso costruendo una categoria generale e astratta che trascende l'approccio regionalistico; ciò risponde ad una corretta tecnica legislativa, dal momento che l'art. 416-bis Cp è una norma dell'ordinamento giuridico nazionale e non già un «editto eccezionale applicabile a determinate zone»⁴¹.

La norma tratteggia dunque un modello fluido che può essere impiegato ogni volta in cui il metodo utilizzato sia in grado di sprigionare una carica offensiva pari a quella adoperata in contesti già noti. In quest'ottica, la sentenza, se da un lato ammette che in presenza di sodalizi non tradizionali – mafie straniere, delocalizzate, autoctone – si possa verificare una «riduzione di scala»⁴² dei requisiti richiesti per accertare la sussistenza di un'associazione mafiosa, dall'altro tiene a ribadire che «la riduzione di scala non consente comunque scorciatoie probatorie» in riferimento all'accertamento del metodo mafioso⁴³.

Sotto questo profilo, appellandosi alla natura «mista» di tale reato associativo, la Corte sottolinea la necessità della prova dell'effettiva sussistenza e manifestazione esterna del metodo mafioso, indicativo di un'associazione «che delinque» e non «per delinquere» (come quella di cui all'art. 416 Cp)⁴⁴. È dunque richiesto un riscontro esteriore dell'avvalimento della forza di intimidazione tale da determinare assoggettamento ed omertà. Ma, come opportunamente precisato dal Supremo Collegio, «il profilo relativo alla necessità che la capacità intimidatrice sia esternata,

⁴⁰Cass. 16.10.2019 n. 18125, 281.

⁴¹ Cfr. G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, op. cit., 131 ss.; R. Bertoni, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in CP 1983, 1017 s.; ma anche di recente E. Mazzantini, *Il delitto di associazione di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso di Mafia capitale*, op. cit., 19 s.

⁴² Così Visconti, che mutua una definizione tratta dal panorama giurisprudenziale, in C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.*, op. cit., 10.

⁴³ Si smentisce dunque, quanto affermato dai giudici di primo grado che, richiamando una parte minoritaria della giurisprudenza di legittimità, sottolineavano la possibilità di adottare un diverso standard probatorio in presenza di «mafie delocalizzate» (v. sul punto nota 30). Al contrario, la Corte ribadisce in tale sede che gli elementi essenziali del fatto tipico non possono essere trascurati o sminuiti in sede applicativa per ragioni di difesa sociale.

⁴⁴ Un orientamento diffuso in dottrina in una fase iniziale di applicazione della norma connotava il metodo mafioso in termini soggettivo-intenzionali, cfr. G. Fiandaca, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in LP 1983, 259 ss.; G. A. De Francesco, *Associazione per delinquere*, in DigDPen, Milano 1987, 309 ss. e, pur con diversità di accenti, R. Bertoni, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, CP 1983, 1017 s.; F. Fortuna, *La risposta delle istituzioni alla criminalità mafiosa*, CP 1984, 203 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato di associazione mafiosa*, in DD 1983, 123 ss.

obiettivamente percepita e attuale si distingue da quello relativo alle modalità con cui tale capacità si manifesta». In altri termini, la Corte non condivide l'impostazione secondo cui sarebbe richiesta la prova del compimento di atti associativi di violenza o minaccia quale riflesso empirico dell'avvalimento del metodo mafioso⁴⁵, ritenendo che la sussistenza di una carica intimidatrice possa essere desunta da «circostanze obiettive idonee a dimostrare la capacità attuale dell'associazione di incutere timore ovvero dalla generale percezione che la collettività, o parte di essa abbia della efficienza del gruppo criminale nell'esercizio della coercizione fisica»⁴⁶.

Come rilevato nella presente sentenza, dunque, l'accertamento del metodo mafioso «assume una dimensione fattuale e probatoria», la cui sussistenza va accertata «caso per caso» tenendo conto degli elementi a disposizione nel caso di specie⁴⁷. In quest'ottica, la Corte di Cassazione prende atto del fatto che l'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie, dovuta alla continua evoluzione delle forme di manifestazione delle associazioni mafiose, comporta inevitabilmente una dialettica tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale ma tiene a sottolineare, al contempo, come tale processo non consenta comunque di «piegare le esigenze di tassatività della fattispecie e la prevedibilità delle decisioni ad esigenze di semplificazioni probatorie ed a necessità di andare al cuore sostanziale di intricate vicende»⁴⁸.

Dalla lettura della sentenza *de qua* sembra, dunque, emergere la volontà dei giudici di legittimità di tenere distinti due profili. Da un lato, il modello delittuoso tipico descritto dalla norma incriminatrice (in particolare al co. III), che resta sempre il medesimo a prescindere dalle modalità con cui si manifesta il fenomeno mafioso nel caso di specie; dall'altro, gli elementi fattuali e probatori da prendere in considerazione per accertare la sussistenza del metodo mafioso, i quali possono variare a seconda del sottotipo fenomenologico che viene di volta in volta in rilievo (mafie tradizionali, straniere, delocalizzate o autoctone, ecc.).

Tuttavia, come si avrà modo di approfondire in seguito, la distinzione tra tali

⁴⁵ Posizione sostenuta in dottrina da G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988, 289 ss.; Id., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in RIDPP 1998, 385 ss.; L. De Liguori, *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, in CP 1988, 1611 s.; G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, op. cit., 26 ss.; A. Arceri, *Sull'art. 416-bis e in particolare sull'uso della forza intimidatrice*, in GM 1995, 317.

⁴⁶ Cass. 16.10.2019 n. 18125, 283; in dottrina, secondo A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, op. cit., 68, il requisito minimo per poter imputare l'art. 416-bis è l'esistenza della carica di intimidazione, cui fanno seguito assoggettamento ed omertà solo qualora la prima sia sfruttata: la capacità di intimidire deve cioè essere «idonea a determinare, se utilizzata, una condizione di assoggettamento e omertà». Per G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, op. cit., 131 s. invece, la carica di intimidazione, benché non sfruttata attivamente, già di per sé determina in via inerziale nei terzi condizioni di assoggettamento e di omertà primordiali e generiche, diverse da quelle individuali prodotte in chi è soggetto passivo dell'esercizio della forza di intimidazione.

⁴⁷ Cass. 16.10.2019 n. 18125, 286.

⁴⁸ Cass. 16.10.2019 n. 18125, 281.

due piani non è così agevole. Infatti, occorre tenere in considerazione l'inevitabile influenza che gli elementi probatori e il contesto socio-criminologico possono avere sulla definizione dei tratti di tipicità della fattispecie. Prima di indagare tali prospettive problematiche, tuttavia, pare opportuno soffermarsi sul particolare ambito di operatività della criminalità organizzata ipotizzato nella vicenda giudiziaria in esame e, a parere della stessa Corte⁴⁹, astrattamente configurabile, sebbene non dimostrato nel caso di specie.

3. A prescindere dall'esito del processo "Mafia Capitale", la tematica della potenziale operatività del metodo mafioso di cui al co. III dell'art. 416-bis Cp in contesti politico-imprenditoriali si rivela di estremo interesse sotto il profilo ermeneutico. Infatti, seppure la giurisprudenza si sia già confrontata in passato - e continua a confrontarsi - con le mafie non tradizionali di tipo autoctono⁵⁰, la combinazione tra forza di intimidazione del vincolo associativo e collaudate prassi corruttive presenti nella pubblica amministrazione risulta indubbiamente singolare e priva di precedenti.

Su un piano extra-giuridico, con riferimento a tale forma di manifestazione della mafia, si è parlato di «processo mimetico reciproco»⁵¹, in virtù del quale l'incontro tra criminalità organizzata e sistema economico ufficiale produce un sofisticato processo di ibridazione e di adattamento isomorfo: da un lato, la mafia mette a disposizione dei propri partner le risorse di violenza e il capitale sociale di cui è in possesso; dall'altro, attraverso la frequentazione diretta e continuata con la criminalità dei colletti bianchi, essa affina le sue competenze «imprenditoriali»⁵², specularmente complementari al metodo mafioso, acquisendo un nuovo *modus operandi*, i.e. un nuovo «metodo»⁵³. Il coinvolgimento di pubblici funzionari e imprenditori si presenta, dunque, come funzionale all'attività del sodalizio mafioso, che utilizza - oltre ai tradizionali mezzi violenti - pratiche corruttive finalizzate all'infiltrazione nel sistema dell'economia, ossia ad acquisire la gestione o il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, e a realizzare profitti o vantaggi ingiusti. Inoltre, si riscontra una mutazione genetica degli stessi mafiosi, portatori di

⁴⁹ Si ricordi in proposito la posizione espressa in sede cautelare da Cass.10.4.2015 n. 24535 e Cass.10.4.2015 n. 24536 e confermata anche da Cass. 16.10.2019 n. 18125, 327.

⁵⁰ V. da ultimo alla sentenza che ha ravvisato la sussistenza dell'art. 416-bis Cp nella vicenda del *clan* Fasciani, Cass. 29.11.2019 n.10255.

⁵¹ Così E. Fantò, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Bari, 1999, 123; A. Dino - M. Macaluso, *L'impresa mafiosa? Colletti bianchi e crimini di potere*, Milano 2016, 13 ss.

⁵² V. Ruggiero, *È l'economia, stupido!*, in A. Dino - L. Pepino (cura di), *Sistemi criminali e metodo mafioso*, Milano 2008, 188 ss.; C. E. Paliero, *Criminalità economia e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in M. Barillaro (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano 2004, 141 ss..

⁵³ A. Dino, *Il metodo mafioso*, in A. Dino -L. Pepino (cura di), *Sistemi criminali e metodo mafioso*, op.cit., 210 ss.; N. Tranfaglia, *La mafia come metodo nell'Italia contemporanea*, Roma-Bari 1991, 23 s.

caratteri ibridi, sempre più vicini ai «criminali dal colletto bianco»⁵⁴.

Occorre, però, stabilire entro quali limiti, sul piano giuridico, tale *continuum* operativo tra prassi intimidatorie e prassi corruttive⁵⁵ possa essere in futuro inquadrato nell'ambito dell'art. 416-bis Cp. Una prospettiva, questa, che metterebbe in discussione quella sorta di «precomprensione»⁵⁶, ben allignata nella percezione delle classi dirigenti e anche nella stessa magistratura, in virtù della quale si tende a escludere l'impiego giuridicamente rilevante del termine mafia laddove non ci si trovi di fronte a un sodalizio di matrice (o derivazione) siciliana, calabrese o napoletana, e si abbia invece a che fare con organizzazioni metropolitane dedite alla depredazione delle risorse pubbliche.

L'art. 416-bis Cp rappresenta, invero, un'avanzata risposta istituzionale ad un fenomeno criminale *lato sensu* mafioso di cui il legislatore ha pienamente inteso la dimensione nazionale e in relazione al quale i termini «mafia» e «mafioso» assumono una accezione tecnico-giuridica indipendente ed autonoma da ogni altra possibile accezione. Come da lungo tempo sostenuto in dottrina, infatti, nella redazione della norma il legislatore ha tenuto conto del fatto che la forza intimidatrice del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne derivano possono ben manifestarsi anche in talune vaste organizzazioni criminali e imprenditoriali-criminali di natura eterogenea, operanti su scala nazionale e spesso internazionale, con forte presenza nei grandi agglomerati urbani del centro-nord, più o meno collegate a centri di potere occulto⁵⁷. Tali gruppi criminali, seppur non rispondenti ai canoni tradizionali ed etnografici del fenomeno mafioso classico, possono quindi rispondere ai canoni giuridici dell'associazione di tipo mafioso qualora si avvalgano del metodo mafioso descritto dal co. III.

Tuttavia, nonostante la portata generale e astratta della norma, è rimasta a lungo sulla carta l'attitudine dell'art. 416-bis Cp a fungere da «strumento repressivo di portata assai ampia, tale da fronteggiare anche nuove forme di criminalità associata di tipo

⁵⁴ A. Dino - M. Macaluso, *L'impresa mafiosa?*, op. cit., 15.

⁵⁵ Sul punto C. Visconti, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, cit., 4 e C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.*, op. cit., 11.

⁵⁶ Così G. Fiandaca, *Esiste a Roma la mafia? Una questione (ancora) giuridicamente controversa*, in *FI* 2018, 176, secondo cui «la premessa di fondo dell'indagine della procura romana si ricollega ad una «precomprensione» criminologica di portata più generale peraltro condivisa, oggi, da una parte dei magistrati antimafia secondo cui la mafia contemporanea preferirebbe ricorrere, più che alla tradizionale intimidazione violenta, ai rapporti collusivi con i pubblici poteri e alle prassi corruttive: e proprio questo tipo di trasformazione dovrebbe giustificare l'applicazione dell'art. 416-bis Cp anche a gruppi criminali non assimilabili alle consorterie mafiose».

⁵⁷ V. sul punto Turone, *Le associazioni di tipo mafioso*, op. cit., 116, secondo cui la nozione giuridica di associazione di tipo mafioso non sarebbe comunque in grado di coprire tutte le possibili manifestazioni della criminalità organizzata, in quanto è necessaria la presenza della potenzialità intimidatoria ricollegabile all'esistenza del vincolo associativo, che determina assoggettamento ed omertà per finalità gangsteristico-imprenditoriali.

economico-affaristico sempre più diffuse in tutto il territorio nazionale»⁵⁸. In tale contesto, la criminalizzazione delle condotte riconducibili alla c.d. «zona grigia» tra mafia e colletti bianchi è invece passata attraverso la figura del concorrente esterno ex art. 110 Cp, che ha consentito di attrarre nello stesso titolo di reato i soggetti «insospettabili», non rientranti nella struttura organizzativa e dunque privi dell'*affectio societatis*, ma comunque disponibili a contribuire. L'istituto «polemogeno»⁵⁹ del concorso esterno ha quindi reso possibile l'abolizione del privilegio dell'immunità tradizionalmente riconosciuto ai colletti bianchi collusi, dando particolare impulso alla modifica della percezione sociale del mafioso, non più solo identificato con gli stereotipi tradizionali ma esteso a soggetti appartenenti a categorie professionali e istituzionali⁶⁰.

Cionondimeno, di recente, in controtendenza rispetto al passato, si è registrata un'estensione dell'ambito di operatività dell'art. 416-bis, che è passata attraverso l'elaborazione giurisprudenziale inerente alle mafie «non tradizionali». Infatti, come rilevato anche dalla Suprema Corte nel caso di specie, a fronte dei fenomeni delle mafie straniere, delocalizzate e autoctone, le quali operano in contesti parzialmente eccentrici rispetto alle manifestazioni delle mafie più radicate e tradizionali, è iniziata l'opera di rivisitazione dei tratti tipici del metodo mafioso e si è assistito ad un processo di interpretazione sempre più estensiva del co. III dell'art. 416-bis Cp, con la conseguente applicazione della norma a realtà molto distanti da quelle che ne hanno storicamente ispirato l'introduzione. Sembra dunque che l'«aggiornamento dei modelli», iniziato con la figura del concorso esterno, sia approdato ad un ulteriore risultato che ha coinvolto il mondo dei partecipi⁶¹.

In tale contesto, la figura del partecipe non corrisponderebbe più solo alla tipologia del mafioso tradizionale⁶² ma anche alla c.d. «borghesia mafiosa», che in

⁵⁸ Come rilevato già da Cass. 12.6.1984, Chamonal, in *FI* 1985, 169.

⁵⁹ L'espressione è di G. Fiandaca – C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *AP* 2012, 499 e si riferisce al sempre persistente dibattito in merito alla configurabilità o meno di tale figura delittuosa. Cfr. sul punto anche, *ex multis*, C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, 418 ss.; G. A. De Francesco, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in *Scenari di mafia, op. cit.*, 138 ss.; G. Fiandaca, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *DPenCont* 2012, 254 ss.; Id., *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *LP* 2012, 701 ss.; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, *Raccolta di scritti*, Torino 2014.

⁶⁰ In tema, M. D'Amato (a cura di), *La mafia allo specchio. La trasformazione mediatica del mafioso*, Bari 2013.

⁶¹ Così L. Fornari, *Il principio di tassatività alla prova della "lotta" alla mafia: contiguità e metodo mafioso*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neo illuminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici - Libertà individuali e nuove morali di Stato - Il diritto penale economico in tempo di crisi - La questione dei reati associativi*, Milano 2016, 285 ss.

⁶² Cfr. L. Fornari, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale? Di "mafia" in "mafia", fino a "Mafia Capitale"*, cit., 20 (v. nota 8).

passato veniva confinata non oltre l'ambito del concorso esterno⁶³. Tale esito interpretativo potrebbe, dunque, avere delle conseguenze pregnanti sul piano della tipizzazione della condotta di partecipazione: se si ritiene, infatti, che il metodo mafioso possa manifestarsi anche attraverso il ricorso a metodi corruttivo-collusivi, non si tratterebbe più soltanto di "tenere insieme" il mondo imprenditoriale e politico-amministrativo con il braccio armato attraverso la fattispecie di concorso esterno, ma di considerarli un tutt'uno. Potenzialmente, il baricentro della contestazione potrebbe spostarsi dalla contiguità – nei termini di «concorso esterno» – alla partecipazione, nel cui perimetro potrebbero essere fatti rientrare anche i c.d. colletti bianchi. Non a caso, autorevole dottrina, già in tempi risalenti, aveva parlato di «definizione di crimine organizzato come reato del colletto bianco»⁶⁴.

L'attrazione dei colletti bianchi nell'area della criminalità mafiosa potrebbe quindi essere intesa come l'esito di un processo «evolutivo» delle modalità operative delle associazioni criminali, le quali, laddove si trovino ad operare in contesti politico-imprenditoriali, possono adottare prassi corruttive. Non è ancora dato sapere se tale ricostruzione troverà riscontro nella prassi applicativa: quello che è certo – tenendo conto delle posizioni espresse dalla giurisprudenza in tale vicenda processuale – è che tali particolari forme di manifestazione del fenomeno non si possono sostituire in alcun modo alle prassi intimidatorie che caratterizzano il metodo mafioso e che comunque necessitano di un rigoroso accertamento probatorio, come sottolineato dalla Corte di Cassazione in riferimento al caso "Mafia Capitale".

4. Come è stato anticipato, il caso in esame costituisce l'ennesima dimostrazione del fatto che la tecnica di tipizzazione adottata dal legislatore per descrivere l'associazione mafiosa «è tutto fuorché una gabbia linguistica chiusa e invincibile». Infatti, la fattispecie è caratterizzata da una pluralità di elementi elastici, i quali, alla stregua di «polmoni utili a far respirare alla norma l'aria del tempo che vive»⁶⁵ consentono di adeguarla ai mutamenti storico-sociali e di assicurarne quindi il funzionamento nel corso del tempo⁶⁶.

⁶³ In tema, da ultimo, L. Paoloni, *Il ruolo della borghesia mafiosa nel delitto di concorso esterno in associazione di stampo mafioso. Un esempio della perdurante validità delle Sezioni Unite "Mannino"*, in *CP* 2015, 1397 ss.

⁶⁴ C.E. Paliero, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, cit., 143, ma v. anche V. Ruggiero, *I crimini dell'economia. Una lettura criminologica del pensiero economico*, Milano 2013 180, che, per indicare la fluidità dei confini presenti tra economia lecita e illecita parla di «criminalità dei colletti sporchi».

⁶⁵ Così G. Fiandaca, *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale*, in *RIDPP* 2001, 361.

⁶⁶ Sul punto R. Orlandi, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *RIDPP* 1996, 569; Id., *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *CrD* 1999, 534 ss.; G. Fiandaca, *Ermeneutica ed applicazione giurisprudenziale del diritto penale*, cit., 361 ss.; Id., *Il concorso «esterno» tra sociologia e diritto penale in Scenari di mafia*, a cura di G. Fiandaca-C.

Tuttavia, la “liquidità” dei confini applicativi della norma, pur presentando certamente i suoi vantaggi, comporta, allo stesso tempo, un grave deficit di determinatezza, tale da determinare continue oscillazioni interpretative. Infatti, nonostante il meritorio tentativo della giurisprudenza prevalente di garantire un saldo ancoraggio al nucleo di tipicità della fattispecie⁶⁷, è difficile ignorare l'incidenza che la dimensione fattuale e probatoria - in continuo mutamento - esercita sulla definizione della fattispecie stessa, a dispetto della volontà di tenere distinti i due piani.

Ben si comprende, dunque, perché autorevole dottrina ha affermato criticamente che risulta vano «tentare di forgiare la definizione di metodo mafioso al fuoco di immutabili concetti di diritto penale sostanziale: essa, infatti, è destinata a navigare nel mare aperto della dimensione fattuale e in ultima analisi probatoria che ne leviga i contorni fino a plasmarne i contenuti»⁶⁸. Infatti, la mancata definizione legislativa dell'oggetto della prova porta il giudice a ricercarne i tratti di tipicità negli elementi probatori disponibili di volta in volta nel processo: si determina così una sorta di «adattamento biologico»⁶⁹ della categoria sostanziale della tipicità allo standard di prova utile alla decisione. In altri termini, il deficit sostanziale della tecnica normativa consente «la fissazione giurisprudenziale dei contenuti precettivi»⁷⁰ dell'illecito associativo sulla base delle esigenze repressive del caso concreto.

In questo sistematico «interscambio»⁷¹ di elementi costitutivi ed elementi probatori, l'interpretazione dei concetti di partecipazione - e, correlativamente, di concorso esterno - e di metodo mafioso subisce inevitabilmente un «adeguamento pragmatico, a geometria variabile, dell'oggetto della prova alle prove che dell'oggetto si hanno ed, ancor prima, al tipo di indagini preliminari che si sono condotte»⁷².

Ad aggravare ulteriormente le criticità che caratterizzano il reciproco interferire tra profili sostanziali e dinamiche probatorie contribuisce l'incidenza di fattori c.d. extra testuali nel ragionamento giudiziario. Infatti, da tempo si è rilevato in dottrina

Visconti, Torino 2010, 203 ss.; G. Insolera, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *QuestG* 2002, 579 ss.

⁶⁷ V. nota 39.

⁶⁸ C. Visconti-I. Merenda, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis.*, op. cit., 8.

⁶⁹ Così G. Insolera, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, cit., 579.

⁷⁰ In questi termini, A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *LP* 2013, 848.

⁷¹ L'espressione è di T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *IP* 1999, 539.

⁷² Così, A. Cavaliere, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in *Scenari di mafia*, op. cit., 146. Sul tema del sistematico interscambio tra fatto e prova che si realizza con riferimento alle fattispecie in disamina, si considerino, *ex multis*, C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, op.cit., 418 ss.; G. A. De Francesco, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in *Scenari di mafia*, op. cit., 138 ss.; G. Fiandaca - C. Visconti, *Il concorso esterno come persistente istituto polemogeno*, op. cit., 489 ss.; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, *Raccolta di scritti*, op.cit., 41 ss.

come i fattori extra normativi, riconducibili alla categoria della «precomprensione» in senso socio-criminologico, esercitino un peso nella concreta individuazione delle condotte punibili rientranti nella nozione di metodo mafioso, nonché, in maniera ancora più evidente, al momento di fissare la linea di confine tra la partecipazione interna e il concorso esterno nell'associazione mafiosa⁷³.

Peraltro, la necessità di ricostruire il retroterra ambientale e il contesto socio-culturale e socio-economico, come premessa irrinunciabile del procedimento ermeneutico, deriva dalla circostanza che la fattispecie incriminatrice è stata legislativamente tipizzata mediante elementi a forte connotazione sociologico-ambientale: è dunque la stessa tecnica di redazione legislativa della fattispecie a indurre il giudice ad utilizzare anche saperi e parametri extragiuridici per vagliare la corrispondenza tra fatto concreto e modello delittuoso. Infatti, le caratteristiche della forza dell'intimidazione derivante dal vincolo associativo, della condizione dell'assoggettamento e dell'omertà, dopo aver contribuito a costruire *ab imis* la disposizione penale⁷⁴, hanno prodotto l'effetto «paradossale» di determinare risultati processuali che, a loro volta, hanno influenzato (o addirittura surrogato) i successivi processi di «valutazione probatoria»⁷⁵. Il problema non è però rappresentato dall'uso in sé di questi dati esperienziali, i quali invero non possono essere banditi dal processo, soprattutto quando si tratta di fenomeni sociali complessi, bensì, come è stato riscontrato in dottrina, da una prassi applicativa connotata dall'abuso del «notorio» quale surrogato dell'accertamento concreto delle singole responsabilità⁷⁶, in cui la motivazione si arresta ad uno stadio «intuitivo impressionistico»⁷⁷.

Riassumendo, in relazione all'accertamento della sussistenza di un'associazione mafiosa ex art. 416-bis Cp, si rinviene una «perversa sinergia»⁷⁸ tra descrizione tipica del reato, colma di riferimenti ad un certo contesto socio-criminale ma silente sulla

⁷³ La cui comprensione si deve allo studio di G. Fiandaca, *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 361 ss., ma v. anche M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, in C. E. Paliero – E. Dolcini (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, p. 693 ss.

⁷⁴ Sul punto F. Bricola, *Premessa al commento della legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *LP* 1983, 241.

⁷⁵ G. Fiandaca, *Diritto penale e processo*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 77. Sicché il giudice, per stabilire se un certo soggetto faccia parte di un'associazione mafiosa, è portato a determinare il concetto di partecipazione all'associazione mafiosa sulla base di criteri e di regole da lui autonomamente individuati con l'ausilio dei consueti metodi giuridici di interpretazione, spesso facendo anche riferimento ai criteri di valutazione interni alle stesse organizzazioni criminali (si pensi - ad esempio - all'affiliazione rituale).

⁷⁶ Così P. Maggio, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in *Scenari di mafia*, op.cit., p. 491 s.

⁷⁷ L'espressione è di G. Di Vetta, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, www.archiviopenale.it 2017, 20.

⁷⁸ Così A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in www.archiviopenale.it 2018, 54.

fisionomia della condotta punibile e peso degli elementi probatori di volta in volta disponibili nel processo e delle pregiudiziali socio-criminologiche che influenzano la decisione.

Pertanto - a dispetto dell'intento manifestato in giurisprudenza di tenere distinti gli elementi costitutivi della fattispecie dagli elementi fattuali e probatori che vengono in rilievo nel corso del processo - la prassi interpretativa in tema di associazione di tipo mafioso costituisce un icastico esempio ⁷⁹ del più ampio fenomeno della «processualizzazione delle categorie sostanziali», che si caratterizza per l'interazione tra logica probatoria e definizione concettuale dei requisiti del fatto punibile⁸⁰. Non a caso, proprio in tale ambito di studi è entrata in crisi la convinzione secondo la quale il diritto penale sostanziale può essere studiato, analizzato e soprattutto compreso in piena autonomia rispetto al “destino” processuale di quelle stesse norme ritenute oggetto esclusivo della dogmatica penalistica⁸¹.

Tuttavia, l'idea che la costruzione del modello punitivo astratto sia un compito che si possa affidare anche al processo, destinato a proseguire o a completarsi in sede giudiziale attraverso l'«autoritarismo ben intenzionato»⁸² dei giudici, è incompatibile con il principio di legalità sia costituzionale sia convenzionale. Se, da un lato, infatti, la riserva di legge, presidio fondamentale per garantire la democraticità della politica criminale, rischia di essere pregiudicato dalla metamorfosi giurisprudenziale del tipo criminoso, dall'altro le continue oscillazioni interpretative che caratterizzano la fattispecie dell'art. 416-bis Cp non sono compatibili neanche con la legalità «effettuale»⁸³ espressa dall'art. 7 CEDU, che opera sul terreno della conoscibilità della norma e sulla ragionevole prevedibilità degli esiti applicativi ⁸⁴ con consistenti differenze rispetto al sistema nazionale⁸⁵.

⁷⁹ Lo constata A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 844.

⁸⁰ Per tutti sul tema v. K. Volk., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dogmatica, politica criminale e processo*, Napoli 1998, 207 ss.

⁸¹ Sul punto C. Visconti, *La punibilità della contiguità alla mafia fra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *QuestG* 2002, 149.

⁸² La fortunata espressione è di D. Pulitanò, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *QuadCost* 1982, 93.

⁸³ Così A. di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Crim* 2014, 91.

⁸⁴ La Corte di Strasburgo, infatti, in base all'art. 7 CEDU, richiede che «la legge [definisca] chiaramente i reati e le pene che li reprimono», ritenendo soddisfatta l'idea di legalità anche solo laddove le decisioni giudiziarie sfavorevoli all'imputato siano da lui prevedibili: a condizione, cioè, che «la persona sottoposta a giudizio [possa] sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pene è passibile per tali reati». Cfr. C. eur GC., 21.10.2013 *Del Rio Prada c. Spagna* § 77-79. Sul medesimo tema la Corte Europea è tornata con la sentenza C. eur. 14.4.2015 *Contrada c. Italia*, ove oggetto del ricorso era il lamentato contrasto della Sentenza di condanna nei confronti di Bruno Contrada per fatti di concorso esterno in associazione di tipo mafioso con l'art. 7 CEDU.

⁸⁵ Si tratta di una nozione omnicomprendiva secondo la quale un cittadino deve essere messo in grado,

L'auspicio resta, dunque, quello di addivenire ad un indirizzo giurisprudenziale univoco in tema di confini della fattispecie di cui all'art. 416-bis Cp, tale da garantire il rispetto del principio di legalità, anche per come declinato dalla Corte di Strasburgo, la quale ritiene ammissibile un mutamento giurisprudenziale con effetti *in malam partem* solo se ragionevolmente prevedibile e, dunque, in ragione «della presenza di precedenti giurisprudenziali in termini ovvero a seguito del mutamento delle condizioni storico-sociali»⁸⁶. Infatti, a dispetto di qualunque visione fluida o flessibile del diritto penale⁸⁷, il principio di determinatezza e il divieto di analogia sono limiti insuperabili: occorrerebbe, dunque, delineare in maniera certa i confini della fattispecie e impedire che gli orientamenti interpretativi espressi in sede giudiziale possano oltrepassare la cornice del reato⁸⁸.

È questa, invero, la strada che la Suprema Corte sta tentando di percorrere nelle sue ultime pronunce, che, da una lettura sinottica, sembrano volte a ricondurre l'interpretazione della fattispecie sui binari dei principi fondamentali⁸⁹. Tuttavia, l'art. 416-bis Cp, così come oggi formulato, denso di elementi elastici, sembra destinato a rimanere costantemente in bilico tra l'interpretazione estensiva consentita ed il superamento dei confini tipici della fattispecie che si traduce nell'analogia *in malam partem*, vietata in ambito penale⁹⁰.

5. Si è dunque potuto constatare come la principale questione interpretativa emersa nel processo "Mafia Capitale", ossia la configurabilità di una mafia autoctona

agevolmente, di comprendere non solo le possibili conseguenze penali della sua condotta ma, prima ancora, il significato di una norma ed i suoi confini, in modo da assicurare a quest'ultimo una piena consapevolezza nella scelta della propria condotta. Questa condizione è «realizzata allorché il giudicabile può conoscere, a partire dalla formulazione testuale della disposizione pertinente e, ove occorra, con l'aiuto della interpretazione di quest'ultima da parte dei Tribunali, quali azioni od omissioni impegnano la sua responsabilità penale», così F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 52.

⁸⁶ Cfr. V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonte di sovranazionali*, Roma 2012, 69.

⁸⁷ Si vedano le riflessioni di C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP* 2014, 1099.

⁸⁸ Cfr. V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Crim* 2008, 498 ss. secondo cui «il contesto, sia testuale, sia situazionale, gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche operano all'interno della cornice e non la determinano: essi servono a scegliere tra i significati possibili di un enunciato normativo, ad argomentare a favore di uno di essi».

⁸⁹ V. nota 39.

⁹⁰ Si tratta di un rapporto difficile e delicato anche per l'assenza, nel nostro ordinamento, di speciali regole interpretative in materia penale. v. S. Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 28, in cui si afferma che il progetto di riforma della Costituzione redatto nel 1997 dalla Commissione bicamerale, con una approssimativa equiparazione tra procedimento analogico ed interpretazione estensiva, prevedeva all'art. 129 co. 3 che «le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo».

che operi in un contesto politico-imprenditoriale attraverso pratiche corruttive-collusive, si lega inscindibilmente a persistenti questioni teoriche che concernono la tipicità "liquida" dell'art. 416-bis Cp

Come si è avuto modo di sottolineare, infatti, risulta evidente che, nonostante gli apprezzabili della Suprema Corte di tenere distinti il piano processuale e quello sostanziale al fine di circoscrivere e preservare la tipicità dell'art. 416-bis Cp, è sempre presente e concreto il rischio di "disorientamenti" giurisprudenziali di vario genere, dovuti all'influenza del dato fattuale e probatorio sull'interpretazione della fattispecie stessa, carica di elementi elastici.

Ciò considerato, ferme restanti le inevitabili - e legittime - evoluzioni che possono investire l'interpretazione della fattispecie in virtù di mutamenti storico-sociali, pare opportuno riflettere, *de iure condendo*, sulla ricerca di nuovi metodi di redazione legislativa delle norme incriminatrici che consentano di preservare e rendere sempre chiaramente riconoscibile il nucleo duro di disvalore della fattispecie ed evitare derive *contra legem* del diritto giurisprudenziale.

A tal fine, occorre partire dall'acquisizione secondo cui il passaggio dall'apparato piramidale delle fonti a quello reticolare ha portato al superamento del dogma illuministico della completezza ed autosufficienza dell'ordinamento giuridico determinando la graduale «detipicizzazione»⁹¹ del sistema e la «co-gestione della tipicità»⁹² da parte del formante giurisprudenziale: sembra dunque riproporsi - in termini solo apparentemente nuovi - l'antica dipendenza del reato e della pena dallo strumentario processuale⁹³.

Tra le soluzioni prospettate dalla dottrina per arginare il «creazionismo giurisprudenziale»⁹⁴, vi è chi ha proposto di istituzionalizzare il ruolo creativo del giudice attraverso forme di stabilizzazione del precedente, spingendo quindi il nostro sistema penalistico verso una sempre maggiore «*common law-isation*»⁹⁵. Altri autori, nell'ottica di una maggiore fedeltà alla concezione tradizionale di legalità intesa come riserva di legge, si sono invece interrogati sulla necessità di acquisire nuovi strumenti di analisi per «la ricerca di limiti o forme attraverso i quali salvaguardare le esigenze di predeterminazione e di determinatezza sottese al criterio di tipicità», la quale «non

⁹¹ V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonte di sovranazionali*, cit., 131.

⁹² M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, 139.

⁹³ Nell'età del diritto comune, il diritto non esisteva a prescindere dalla prova: si tratta della c.d. «concezione integrata del reato». Si veda la ricostruzione di A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano 1997, 157 ss.

⁹⁴ L'espressione è di L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars Interpretandi* 2016, 23 ss.

⁹⁵ Sul punto v. V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *CP* 2017, 955B; M. Donini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *RIDPP* 2017, 14.

può più essere circoscritta al piano sostanziale», ma deve essere aperta ad una visione integrata dei profili sostanziali e processuali del sistema punitivo⁹⁶.

Alla luce di tali suggestioni, una feconda prospettiva metodologica potrebbe riguardare la tecnica di costruzione della norma penale. Infatti, il tradizionale modello di tipicità astratto e statico non sembra consentire di tratteggiare in modo sufficientemente determinato gli elementi costitutivi del disvalore della fattispecie in presenza di fenomeni sociali (e criminali) complessi, tra cui rientra anche quello mafioso.

In tale ambito, in particolare, è stato rilevato⁹⁷ come ricorrano dei concetti che non si prestano ad essere definiti “ontologicamente” ma solo attraverso indicatori esterni (si tratta dei c.d. «concetti disposizionali») ⁹⁸: è il caso della “messa a disposizione” in riferimento alla condotta partecipazione e del “contributo idoneo” nel concorso esterno. Lo stesso sembra potersi dire, alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali, anche degli elementi caratteristici del metodo mafioso, ossia “la forza di intimidazione” e “l’assoggettamento e l’omertà” che ne derivano.

In assenza di una formalizzazione legislativa di tali indicatori, la giurisprudenza è stata portata - attingendo dal materiale probatorio disponibile di volta in volta nel processo e sotto l’influenza di pregiudiziali socio-criminologiche - ad elaborare degli “indici di mafiosità”, da cui si ritiene possibile inferire il nucleo essenziale del disvalore della fattispecie. In tale contesto la tipicità si sviluppa caso per caso, in modo indeterminato e non prevedibile, attraverso indicatori conati dalla giurisprudenza: di conseguenza, il *Tatbestand*, pietra angolare del sistema penale continentale, e, più in particolare, il paradigma della fattispecie astratta e statica, intesa come elemento di massima caratterizzazione del sistema penale rispetto ad altri sistemi, entrano in crisi⁹⁹.

A ben vedere, dunque, il problema di tipicità che affligge l’art. 416-bis Cp sembra derivare dal completo affidamento alla sola giurisprudenza del compito di individuare e selezionare gli indicatori fattuali sulla base dei quali identificare il disvalore della fattispecie. Sulla scorta di tali considerazioni, si potrebbe dunque prospettare un

⁹⁶ Per un approfondimento sul punto v. A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”, op. cit.*, 846 ss.; G. A. De Francesco., *Classicismo e modernità nel pensiero di Winfried Hassemer: una prospettiva “integrata” tra sapere empirico e garanzie “formali” della tutela penale*, in A. De Vita – F. Palazzo (a cura di), *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Torino 2004, 137 ss.

⁹⁷ Cfr. C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 235 s.

⁹⁸ Nell’epistemologia generale i “concetti disposizionali” indicano tendenze, capacità, inclinazioni rilevabili solo attraverso “indicatori esterni”. Per un approfondimento sul tema cfr. C. Mylonopoulos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt 1998, 77 ss.

⁹⁹ In questi termini C. E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasianiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP* 2014, 1099.

ripensamento radicale di strategia e tecnica punitiva del «fenomeno sociale complessivo»¹⁰⁰ dell'associazione mafiosa¹⁰¹, ipotizzando l'adozione, già in fase legislativa, di indicatori che orientino l'attività interpretativo-applicativa del giudice.

Tale tecnica, peraltro, non sarebbe inedita, in quanto di recente sperimentata in sede di redazione della fattispecie di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-bis Cp¹⁰². In quel contesto, al fine di identificare il fenomeno sociale complesso dello sfruttamento lavorativo, il legislatore ha tipizzato degli "indici di sfruttamento", mutuati dalle scienze sociali e volti ad orientare l'attività del giudice al fine di identificare il nucleo di disvalore della fattispecie, il quale non può essere definito ontologicamente¹⁰³. Invero, la scelta di tale peculiare tecnica di redazione della norma da parte del legislatore indirettamente sembra confermare che la funzione di individuazione del disvalore della fattispecie in presenza di fenomeni sociali complessi può esser svolta utilmente non tanto da elementi costitutivi declinati in senso astratto e statico quanto piuttosto da indicatori, ossia elementi di tipicità «dinamica»¹⁰⁴.

Traendo spunto da tale recente esperienza, anche in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 416-bis Cp si potrebbe quindi avanzare l'ipotesi di un'elaborazione legislativa di "indici di mafiosità" che orientino *ex ante* l'attività interpretativa del giudice. A tal fine, assumendo la prospettiva di una «scienza penale integrata»¹⁰⁵ che attinga dai saperi socio-criminologici, occorrerebbe focalizzarsi sulle manifestazioni esteriori del metodo mafioso, ossia su quei "sintomi" che possono presentarsi e ripetersi indipendentemente dalle singole culture o etnie e che indicano la presenza di una forza di intimidazione tale da determinare assoggettamento ed omertà.

In particolare, l'individuazione e l'elencazione - all'interno della stessa norma incriminatrice - di una serie di manifestazioni esteriori riconducibili ai concetti, di per

¹⁰⁰ L'espressione è di M. Nobili, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in CrD 1995, 265.

¹⁰¹ Per una riforma di tale fattispecie si vedano già le riflessioni di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2002, che prospettava la creazione di una figura associativa di "parte generale", quale concorso qualificato dalla stabilità dell'organizzazione e del vincolo associativo.

¹⁰² Per un recente commento si consenta il richiamo a F. Vitarelli, sub artt. 603.bis c.p., 603.bis 1 c.p., 603.bis 2 c.p., in *Codice Penale*,⁷ (II) a cura di T. Padovani, Milano 2019, 4130 ss.

¹⁰³ Sul punto v. A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit., e più di recente Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna 2020; ma anche S. Fiore, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in AA. VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. Foffani - R. Orlandi, Bologna 2016, 145 ss.

¹⁰⁴ L'espressione è di A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, cit.; Id., *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, cit.

¹⁰⁵ La "gesamte Strafrechtswissenschaft" teorizzata da von Liszt nel 1881, su cui v. M. Donini, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011; S. Moccia - A. Cavaliere (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli 2016.

sé difficilmente afferrabili, di assoggettamento ed omertà, potrebbe consentire non solo di orientare entro più certi confini l'accertamento giudiziale della loro sussistenza ma, indirettamente, di riscontrare anche la presenza dell'altro elemento costitutivo, ossia la forza di intimidazione¹⁰⁶. A titolo esemplificativo, l'assoggettamento si potrebbe tradurre nel controllo di una determinata area territoriale o di un certo contesto politico-impresoriale, mentre si potrebbe considerare indice di omertà il rifiuto a collaborare con le autorità sufficientemente diffuso, anche se non generalizzato.

In ultima analisi, come ha osservato attenta dottrina, l'obiettivo cui tendere in prospettiva *de iure condendo* dovrebbe essere quello di garantire non tanto la prevedibilità della singola decisione, la quale dipende da numerose variabili, quanto piuttosto la «prevedibilità del diritto»¹⁰⁷, intesa come la predeterminabilità delle diverse soluzioni cui potrebbe pervenire il giudice nel caso concreto.



¹⁰⁶ Come rilevato già da A. Inghroia., *L'associazione di tipo mafioso*, op. cit., 75.; G. Turone, *Le associazioni di tipo mafioso*, op. cit., 162.

¹⁰⁷ Così M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale, Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* 2016, 13.