

Sulla dichiarata adesione all’associazione mafiosa da parte di un singolo, il quale presti la propria disponibilità ad agire con la c.d. “messa a disposizione”

di *Diego Brancia*

Sommario: 1. L’adesione all’associazione di stampo mafioso tra “modello organizzatorio” e “modello causale”. - 2. Compatibilità dell’analisi della Corte Suprema di Cassazione con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale. - 3. Requisiti minimi di riconoscibilità della condotta di partecipazione ad un’associazione di stampo mafioso.

1. L’adesione all’associazione di stampo mafioso tra “modello organizzatorio” e “modello causale”.

Con la sentenza in commento, la Corte Suprema di Cassazione riassume il dibattito sull’aspetto concettuale della condotta partecipativa in seno ad un consesso associativo di stampo mafioso. Perviene così alla conclusione che sia sufficiente la “mera dichiarata adesione” all’associazione da parte di un singolo, il quale presti la propria disponibilità ad agire quale uomo d’onore, così integrando la condotta di partecipazione.

Torma, così, al centro del confronto l’interpretazione lessicale della norma e la conseguente inferenza della prova del contributo causale che il partecipe avrebbe fornito in seno all’associazione.

Si dipanano così due interpretazioni, quella che fa riferimento al c.d. “modello organizzatorio” e quella che coincide con il c.d. “modello causale”.

La Corte di Cassazione II Sezione Penale con la pronuncia n. 27394/2017, (udienza del 10.05.2017 depositata il 31.05.2017), nell’affrontare nuovamente la questione già mediata da altre pronunce ¹, ripropone una problematica sulla quale, all’interno del supremo Collegio, si registra un acceso dibattito ermeneutico ².

Orbene l’occasione del contrasto di opinioni in seno alla Corte di Legittimità, risiede, tra l’altro, sull’interpretazione dell’espressione legislativa contenuta nell’art. 416 bis c.p., comma 1: “far parte di” [...], concetto che ha da sempre determinato la ineliminabile necessità di una concretizzazione giurisprudenziale della nozione, tesa

¹ Cass. Pen. n.6992/1992 Rv. 190643; Cass. Pen. n. 2046/1996 Rv. 206319; Cass. Pen. n. 5343/2000 Rv. 215907; Cass. Pen. n.2350/2005 Rv. 230718; Cass. Pen. n.23687/2012 Rv. 253222; Cass. Pen. n. 49793/2013 Rv. 257826; Cass. Pen n.6882/2016 Rv. 266064 (in motivazione p. 3); Cass. Pen. n.50864/2016 Rv. 268445;

² Cass. Pen. Sez. I, Sent. n. 55359 (ud. del 17.06.2016 – 30.12.2016).

- in tutta evidenza - a rendere più chiaro e percepibile (in aderenza ai principi costituzionali di tipicità, materialità ed offensività) il contenuto del precetto, che rimanda non già ad una singola e specifica condotta ma ad un "effetto" di più potenziali condotte. Il soggetto che "fa parte" è, in via logica e giuridica un membro tendenzialmente permanente del gruppo criminoso, dunque una persona che, consapevole delle finalità complessive dell'agire collettivo e desideroso di perseguirle pro-quota, le fa sue ed impiega (quantomeno) una frazione del suo tempo e delle sue energie allo scopo di realizzarle. Ciò postula, in via logica, un accordo di ingresso, con accettazione delle regole da parte dell'affiliato, il riconoscimento della sua volontà da parte del gruppo e una successiva, concreta attivazione del soggetto in favore di se stesso (in quanto membro di un gruppo destinato a realizzare potere e profitti) e dell'associazione complessivamente intesa [...] sul piano oggettivo, non potendosi ritenere sufficiente la mera ed astratta "messa a disposizione" delle proprie energie (dato che ciò, oltre a costituire un dato di notevole evanescenza sul piano dimostrativo, si porrebbe in insanabile contrasto con il fondamentale principio di materialità delle condotte punibili di cui all'art. 25 Cost.). Va, perciò, riscontrato in concreto il "fattivo inserimento" nell'organizzazione criminale, attraverso la ricostruzione - sia pure per indizi - di un "ruolo" svolto dall'agente o comunque di singole condotte che - per la loro particolare capacità dimostrativa - possano essere ritenute quali "indici rivelatori" dell'avvenuto inserimento nella realtà dinamica ed organizzativa del gruppo"³.

Orbene, una parte della Giurisprudenza afferma, così, che la semplice affiliazione o messa a disposizione non implichi alcun ruolo attivo e causalmente efficiente per la dinamica associativa, assegnando a quella condotta l'irrelevanza penale.

In altri termini, il "far parte di un'associazione di tipo mafioso" implicherebbe l'indicazione ed individuazione (da parte della pubblica Accusa) dell'aspetto dinamico del ruolo che ogni associato in essa ricopra, in ciò distinguendosi la locuzione dell'art. 416 bis c.p. da quella dell'art. 416 c.p. che, facendo riferimento al semplice associarsi (comma 1) o al "solo fatto di partecipare all'associazione" (comma 2), indicherebbe, invece, una posizione statica.

Osserva la Corte, con la sentenza in commento, che "il suddetto criterio interpretativo non appare dirimente non solo perché le diverse locuzioni adoperate nell'art. 416 c.p. ("partecipare") e art. 416 bis c.p. ("fa parte"), a ben vedere, sono dei sinonimi ma anche e soprattutto perché, a livello semantico, nulla consente di affermare che il "far parte" indichi un'attività avente natura dinamica a differenza del "partecipare", che indicherebbe un'attività statica. D'altra parte, in realtà, la semplice affiliazione ad un'associazione criminale, implica, di per sé, "una partecipazione attiva" alla vita associativa e la sua punibilità appare del tutto coerente con i principi costituzionali del nostro ordinamento.

Sostiene, ancora, la Corte che "la partecipazione attiva" sia un vero e proprio pleonasma laddove si consideri che il verbo "partecipare" significhi - secondo l'uso

³ Cass. Pen. Sez. I, Sent.n.55359/2016.

corrente - prendere parte attiva, con il proprio contributo, ad un'attività svolta da più persone, contributo che, sotto il profilo giuridico, può essere anche di sola adesione morale secondo i consolidati principi di diritto enunciati dalla Corte di legittimità⁴. Secondo la decisione che qui interessa, la soluzione al quesito in esame va trovata esaminando la problematica sotto due diversi, ma connessi profili: quello dell'analisi giuridica della struttura del reato di partecipazione e quello del significato che assume per l'associato l'affiliazione (*rectius*: l'ammissione) e, quindi, la partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso.

Sotto il profilo strutturale, secondo l'orientamento in questione, il suddetto reato si deve classificare come un reato a forma libera e di pura condotta perché si perfeziona con il compimento di una determinata azione, ossia, con l'entrare a far parte di un'associazione.

Ove, invece, lo si esamini sotto il diverso profilo della lesione del bene protetto, il reato in esame si può inquadrare come un reato di pericolo presunto⁵, come tradizionalmente viene ritenuta ogni forma di partecipazione ad un'associazione criminale.

La caratteristica dei reati di pericolo presunto consiste nella repressione di una condotta che - secondo l'insindacabile valutazione prevista dal legislatore è idonea di per sé, a mettere in pericolo un determinato bene giuridico meritevole di essere tutelato in una fase anticipata e, quindi, a prescindere dalla sua concreta lesione.

Continua la Corte, che se, dunque, la semplice partecipazione all'associazione, costituisce un reato di pericolo presunto perché mette in pericolo, *ex se*, l'ordine pubblico, si spiega anche il motivo per cui il Legislatore non ha richiesto che la partecipazione abbia una particolare connotazione sotto il profilo causale: infatti, una previsione del genere significherebbe trasformare il reato di partecipazione all'associazione per delinquere di stampo mafioso, da reato di pericolo presunto in un reato di evento con conseguente necessità di provare il nesso causale fra quella condotta (la partecipazione) ed il rafforzamento del sodalizio criminale (l'evento).

Sostiene ancora la Corte che: «la tesi causale finisce per confondere e sovrapporre la condotta di associazione (e, quindi, il disvalore connesso al semplice ruolo - qualsiasi esso sia - che si riveste nell'ambito associativo) con le (eventuali) attività dell'associazione (quindi con la condotta dinamica dell'associazione): infatti, l'assunzione di un ruolo all'interno dell'associazione configura una condotta del tutto distinta dalle attività dirette ad esercitare concretamente tale funzione in vista dei singoli obiettivi di volta in volta programmati, condotta questa che, sotto il profilo fattuale, è dell'associazione e che corrisponde, normalmente, alla commissione dei reati scopo».

⁴ *ex plurimis*: Cass. Pen. n.2148/1988 Rv. 177662; Cass. Pen. n.12591/1995 Rv. 203948; Cass. Pen. SS. UU. n.45276/2003 Rv. 226101; Cass. Pen. n.7643/2015 Rv. 262310.

⁵ Cass. Pen. n.4924/1989 Rv. 180984; quanto all'art. 270 bis c.p.: Cass. Pen. n.48001/2016 Rv. 268164 (in motivazione), Cass. Pen. n.30824/2006 Rv. 234182; quanto all'art. 270 quater c.p.: Cass. Pen. n.40699/2015 Rv 264719 (in motivazione); quanto al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74: Cass. Pen. n.21956/2005 Rv. 231972; Cass. Pen. n.17702/2010 Rv. 247059.

In altri termini, il ruolo di "socio" che si assume dopo essere stati ammessi a far parte dell'associazione criminale, costituisce, di per sé, una condotta tipica che va sanzionata penalmente perché, anche, il semplice inserimento nell'organizzazione di un nuovo soggetto costituisce un rafforzamento dell'associazione, secondo intuitive massime d'esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*: gli altri soci fanno di potere fare affidamento, nel momento del bisogno, sul nuovo associato; la potenza, l'invasività e la capacità d'intimidazione di un'associazione criminale si fonda anche e soprattutto sul numero degli affiliati.

Criticando la c.d. "tesi causale", la Corte di legittimità, afferma come si finisca per confondere e sovrapporre la condotta di associazione (e, quindi, il disvalore connesso al semplice ruolo - qualsiasi esso sia - che si riveste nell'ambito associativo) con le (eventuali) attività dell'associazione (quindi con la condotta dinamica dell'associazione): infatti, l'assunzione di un ruolo all'interno dell'associazione configura una condotta del tutto distinta dalle attività dirette ad esercitare concretamente tale funzione in vista dei singoli obiettivi di volta in volta programmati, condotta questa che, sotto il profilo fattuale, è dell'associazione e che corrisponde, normalmente, alla commissione dei reati scopo.

E', pertanto, da condividere la tesi del cd. "modello organizzatorio" che, facendo leva sul semplice inserimento organico del soggetto nell'organizzazione dell'associazione e, quindi, sul ruolo stabile che in essa assume, consente anche di distinguere agevolmente la partecipazione interna (caratterizzata dalla c.d. *affectio societatis*) dal concorso esterno.

Secondo la Corte, con la sentenza oggetto di commento, la conclusione a cui la Stessa è giunta, sarebbe coerente con quanto statuito dalle SS.UU. n. 33748/2005, Mannino⁶ le quali hanno condivisibilmente osservato: «[...] Le forme della partecipazione possono essere le più diverse, possono essere non appariscenti e possono assumere connotati coincidenti - all'apparenza - con le normali esplicazioni della vita quotidiana e lavorativa (come avviene, per esempio, con l'imprenditore colluso). Infine, va tenuto conto del fatto che l'associazione mafiosa è una realtà "dinamica", in continuo movimento, che si adegua continuamente alle modificazioni del corpo sociale e all'evoluzione dei rapporti di forza tra gli aderenti. Per tutti questi motivi ricercare un "ruolo" stabile e predefinito dell'associato all'interno del sodalizio, quasi si trattasse di definirne il profilo criminale (killer, cassiere, autista, mazziere, ecc.), comporta uno sforzo (spesso) vano e comunque non necessario per qualificare la posizione del singolo, giacché ciò che rileva, per potersi parlare di "partecipazione" ad un organismo mafioso, è, come ripetutamente affermato in giurisprudenza, la "compenetrazione col il tessuto organizzativo del sodalizio"; vale a dire, la messa a disposizione - in via tendenzialmente durevole e continua - delle proprie energie per il conseguimento dei fini criminosi comuni, nella consapevolezza del contributo fornito dagli altri associati e della metodologia sopraffattoria propria del sodalizio».

⁶ Cass. Pen. SS. UU. n. 33748/2005, ric. Mannino.

Definizione che comprende, all'evidenza, sia il profilo soggettivo che quello oggettivo della partecipazione, poiché esprime la necessità che essa sia sorretta da *affectio societatis* e dalla interazione - causalmente - orientata al conseguimento degli scopi sociali con gli altri associati. Si tratta, è bene precisarlo, proprio della conclusione a cui è pervenuta la più recente Giurisprudenza e tutte quelle che l'hanno seguita la quale, dopo aver sottolineato come la locuzione "prender parte" debba intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno *status*, bensì in senso dinamico e funzionalistico, ha chiarito, allorché si è spostata sul piano della dimensione probatoria, che rilevano, "tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa"; ed è stata ancora più chiara allorché, esemplificando, ha ricondotto tra gli indici della condotta partecipativa "i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo, oltre a molteplici, variegati e però significativi *facta concludentia*; vale a dire, condotte che non identificano alcun "ruolo" specifico del partecipe, ma sono comunque indice di intraneità e di condivisione degli scopi associativi [...]"⁷ .

Sul piano fattuale e sociologico – afferma, ancora, la Corte Suprema - "la messa a disposizione" non è altro che l'automatico effetto che deriva dall'essere stato ammesso nell'associazione mafiosa.

Sul piano semantico, la "messa a disposizione" indica un comportamento che concretizza il suo profilo dinamico nel momento (*certus an, incertus quando*) in cui all'associato viene chiesta una determinata prestazione nell'interesse dell'associazione, prestazione che non può permettersi di rifiutare, pena pesanti ritorsioni che vanno dall'espulsione (il cd. "spoglio", che implica l'isolamento dell'associato, trattato come un "paria" dall'ambiente sociale nel quale vive) fino all'eventuale soppressione fisica. Quanto finora illustrato consente, pertanto, di ribadire, ad avviso della Corte che, per ritenere integrato il reato di partecipazione ad un'associazione mafiosa ex art. 416 bis c.p., comma 1, non è necessario che ciascuno dei membri del sodalizio si renda protagonista di specifici atti esecutivi della condotta criminosa programmata, perché il reato associativo, secondo la struttura tipica dei reati di pericolo presunto, si consuma con la sola dichiarata adesione all'associazione da parte di un singolo, il quale mettendosi a disposizione per il perseguimento dei comuni fini criminosi, accresce, per ciò solo, la potenziale capacità operativa e la temibilità dell'associazione: circostanza, questa che integra la lesione del bene giuridico - ordine pubblico - tutelato dalla norma. Inoltre, afferma, la sentenza in commento, che una volta che si entri a far parte di un'associazione mafiosa storica, la partecipazione deve ritenersi organica e stabile.

Per quanto riguarda la valutazione dell'affiliazione ad un'associazione mafiosa (nelle sue tre forme storiche: Mafia siciliana; 'Ndrangheta calabrese; Camorra napoletana)

⁷ Cass. Pen. n.6882/2016 Rv. 266064.

appare consolidato il dato storico secondo il quale il cd. rito di affiliazione costituisce un "*unicum*" delle suddette associazioni mafiose che può anche mancare nelle altre tipologie di associazioni criminali, anche, se ascrivibili all'ipotesi di cui all'art. 416 bis c.p.

Infatti, sulla base dei documenti rinvenuti, delle inchieste giudiziarie e delle dichiarazioni di vari collaboratori di Giustizia, si può affermare che il rito di affiliazione affonda le sue radici proprio con la nascita delle suddette associazioni criminali tant'è che se ne ha traccia già verso la fine del 1800⁸.

L'affiliazione - preceduta dal rito della cd. decontaminazione - si ha a seguito di un vero e proprio rituale al quale partecipano i maggiorenti dell'associazione, l'affiliando ed il suo padrino: nel corso dell'affiliazione, vengono lette formule rituali, all'esito delle quali il capo chiede il consenso dei presenti all'ammissione del giovane "all'onorata società", ricevuto il quale, l'affiliando, dopo avere prestato giuramento, viene "battezzato". Indi, il nuovo affiliato viene presentato a tutti coloro che fanno già parte dell'associazione: da questo momento l'affiliato, entrando a far parte dell'associazione, diventa automaticamente un "uomo d'onore", sintagma questo che non indica il ruolo ricoperto nell'ambito associativo, bensì lo "*status*" che si acquisisce per il semplice fatto di far parte dell'associazione e che lo impegna per tutta la vita⁹.

Ed è proprio per l'alta simbologia di cui è permeata la cerimonia di affiliazione che non appare condivisibile ritenere che - in assenza di una qualche condotta che indichi quale sia il ruolo che l'affiliato ricopre nell'ambito associativo - la suddetta affiliazione abbia una valenza neutra ai fini della partecipazione all'associazione mafiosa.

Afferma, ancora, la sentenza di che trattasi che: «L'affiliazione, infatti, essendo un vero e proprio *pactum sceleris* produce effetti bilaterali:

- da una parte, nei confronti dell'affiliato, il quale, per il semplice fatto di essere stato ammesso all'onorata società: a) diventa automaticamente un "uomo d'onore"; b) assume automaticamente il ruolo di "picciotto", sicchè viene ad essere collocato sul primo scalino della scala gerarchica della struttura mafiosa; c) mette automaticamente "a disposizione" degli associati (ed, *in primis*, di coloro che si trovano in posizione apicale) le proprie energie ed i propri servizi;
- dall'altra, anche nei confronti dei componenti della struttura associativa che, a loro volta, s'impegnano a sostenere ogni affiliato e la sua famiglia (è noto che gli affiliati ed i loro stessi famigliari, in caso di carcerazione, sono aiutati economicamente dal clan di appartenenza) nonchè ed aiutarlo in caso di bisogno (ad es. favorendone la latitanza). Da quanto appena detto consegue che l'affiliazione va considerata, quanto meno, alla stregua di un vero e proprio concorso morale proprio perchè il raggiungimento degli scopi associativi è facilitato e rafforzato dalla consapevolezza

⁸ N. Gratteri e A. Nicaso - *Fratelli di sangue*, Pellegrini Editore, 2007, p172.

⁹ E. Ciconte - *Australian 'Ndrangheta*, Rubbettino Editore, p.116.

di ciascuno associato di poter fare preventivo affidamento sul contributo di ciascuno di essi »¹⁰.

L'affiliato, quindi, non può essere considerato un neutrale e passivo osservatore delle dinamiche mafiose delle quali, peraltro, viene messo a conoscenza, ma diventa una parte organica dell'associazione che, quindi, per effetto della sua "partecipazione" viene, per ciò solo, ad essere implementata.

Si può, pertanto, affermare che, con l'ammissione di un nuovo affiliato, la potenza dell'associazione si accresce e, questo dato empirico, non può non avere effetti sul piano giuridico ai fini della repressione di una condotta *ex se* pericolosa per l'ordine pubblico, proprio perché, l'accertata intraneità di un soggetto in una associazione mafiosa "ne accresce la potenzialità operativa e la capacità di intimidazione, anche in ragione dell'aumento numerico dei suoi componenti" secondo quanto è desumibile da consolidate massime d'esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*¹¹.

A conclusione di quanto si è finora detto, è opportuno precisare che il reato di partecipazione all'associazione mafiosa di cui all'art. 416 bis c.p., comma 1 possa ritenersi integrato anche quando manchi la prova della cd. affiliazione, purchè, ovviamente, vi sia quella, anche per *facta concludentia*, che l'imputato sia inserito in modo organico nell'organizzazione criminosa.

Quanto finora illustrato, consente di affermare che il reato si consuma nel momento in cui un soggetto entra a far parte dell'associazione criminale, e per ciò solo, perchè, in quel momento, si presume che l'ordine pubblico sia stato oggettivamente messo in pericolo: infatti, chi entra a far parte di un'associazione mafiosa storica entra in un contesto organizzativo antagonista a quello statale in cui il crimine è posto alla base dei "valori" associativi, e di cui si nutre per accrescere la sua influenza sul territorio in cui opera.

Infatti, chi entra in un'associazione mafiosa, vi entra perché ne condivide "i valori" su cui si fonda - ossia: la perpetrazione sistematica di crimini; la prevaricazione nei confronti dei cittadini ad essa estranei; la violenza contro chi tenta di opporsi; un malcelato senso dell'onore, per i quali egli s'impegna a mettere a disposizione tutte le proprie energie, le proprie capacità, le proprie competenze, quando sarà il momento e quando ne sarà richiesto, per il bene, la potenza ed il successo dell'organizzazione.

In ciò sta, quindi, il pericolo per l'ordine pubblico ed è per tale motivo che l'art. 416 bis c.p., comma 1 richiede, per la punibilità, in modo neutro, il semplice "far parte di un'associazione di tipo mafioso", proprio perché quella particolare modalità di adesione costituisce un indice univoco della circostanza che il soggetto viene consapevolmente ad accrescere la potenziale capacità operativa e la temibilità dell'organizzazione.

¹⁰ *In terminis*: Cass. Pen. 2148/1998 Rv. 177662; Cass. Pen. 12591/1995 Rv. 203948.

¹¹ *Ex plurimis*, Cass. Pen. 26119/2003 Rv. 228303; Cass. Pen. 5343/2000 Rv. 215907.

2. Compatibilità dell'analisi della Corte Suprema di Cassazione con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale.

Gioverà a questo punto verificare, alla stregua delle considerazioni della Corte Suprema di Cassazione, la compatibilità e la coerenza di tale approccio con il contenuto degli artt. 25 e 27 della Costituzione, seppur la stessa Corte Costituzionale si sia già pronunciata¹², affermando il principio secondo cui: <<..Spetta al legislatore: l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali ed arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit*>>, sia sotto il profilo della tipizzazione che dell'offensività¹³, contemperando la circostanza che la condotta prevista entri in conflitto con altri valori costituzionalmente protetti¹⁴, oltre che sulla proporzionalità della pena¹⁵.

Si rende - a questo punto - opportuna una pur sintetica analisi dei principi fissati dalla Giurisprudenza in tema di discrezionalità del Legislatore - e dei suoi limiti - nella configurazione delle fattispecie criminose in generale, e con riferimento specifico ai reati di pericolo.

In tale Giurisprudenza - pure se con riferimento a parametri costituzionali solo in alcuni casi corrispondenti a quelli attualmente invocati, ma con proposizioni di principio aventi valenza generale - è consolidata l'affermazione che la configurazione delle fattispecie criminose appartenga "alla politica legislativa e, pertanto, all'incensurabile discrezionalità del Legislatore, con l'unico limite della manifesta irragionevolezza". Le opzioni legislative in sede di configurazione delle fattispecie criminose tipiche "devono tenere conto non soltanto del bene o dei beni giuridici tutelati attraverso le incriminazioni delle fattispecie stesse ma anche delle finalità immediate che, nel contesto storico in cui tali opzioni vengono operate, il legislatore persegue nonché degli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell'ambiente sociale".

Necessità di prevenzione generale e di riduzione dell'allarme sociale cagionato dai reati convergono in uno alle ragioni già indicate, a motivare le opzioni legislative nella determinazione delle ipotesi criminose tipiche "coerentemente" alle varie finalità immediate perseguite nei diversi momenti storici ed alle svariate conseguenze dannose o pericolose dirette od indirette, che, nei tempi e nei luoghi in cui i comportamenti criminali si realizzano, questi ultimi sono idonei a produrre¹⁶. La valutazione del Legislatore - viene ripetuto - varia nel tempo (oltreché nello spazio) anche in relazione alla normalità od alla eccezionalità della realtà concreta,

¹² Corte Cost. n. 333/1991.

¹³ Corte Cost. n. 225/2008.

¹⁴ Corte Cost. n. 65/1970 in relazione all'art. 414 c.p.

¹⁵ Corte Cost. n. 236/2016.

¹⁶ Corte Cost. n.62/1986.

tenuto conto cioè dell'intero sistema dell'esperienza giuridica, legislativa e non, "della concreta realtà storica" ¹⁷.

E, ribadita "la discrezionalità del Legislatore in ordine alla individuazione e delimitazione delle fattispecie tipiche di reato, salvo la manifesta arbitrarietà", ulteriormente si puntualizza che il Legislatore, nella determinazione delle fattispecie tipiche di reato, non tiene conto soltanto della struttura e pericolosità astratta dei fatti che va ad incriminare, ma anche della "concreta esperienza nella quale quei fatti si sono verificati e dei particolari inconvenienti provocati in precedenza dai fatti stessi, in relazione ai beni che intende tutelare", dovendo esso legislatore tenere conto "anche e soprattutto dell'uso concreto" che dell'oggetto materiale del fatto che intende incriminare "l'esperienza mostra" ¹⁸.

Ed ancora nella giurisprudenza della Corte si ricorda che non arbitrariamente "il Legislatore, nell'intento di emanare una adeguata disciplina di talune fattispecie, almeno di regola, si riferisce all'esperienza dalla quale la normazione parte e sulla quale quest'ultima va ad incidere. Infatti, soltanto in base a sorpassate concezioni dottrinali sarebbe sostenibile che il Legislatore possa ignorare la realtà, non verificando l'esperienza dalla quale la normazione statale prende avvio: è appunto questa che il legislatore tende a modificare" ¹⁹.

E per quanto riguarda in particolare la configurazione di fattispecie criminose strutturate con riferimento ad un evento di pericolo astratto la Giurisprudenza, nel ritenere che le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale, ha anche riconosciuto che è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorché esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit* ²⁰

Passando ad esaminare, proprio la sentenza della Corte Costituzionale n.333/1991, dobbiamo, comunque, osservare che la stessa abbia agganciato la problematica dei reati di pericolo presunto, tenendo conto dei correlati principi di necessaria offensività in un contesto di fatti coincidenti con la detenzione di sostanze stupefacenti destinata alla cessione, in quantità superiore alla dose media giornaliera. Interpretando in chiave costituzionale quanto affermato dalla Corte Suprema di Cassazione, pur volendo ipotizzare la situazione di pericolo che il partecipe possa creare in danno dell'Ordine pubblico, attraverso la mera adesione al consesso criminale, esporremmo il nostro Ordinamento ad arretrare la punibilità alla soglia del "pericolo di pericolo", inidoneo, di per sé, a giustificare la configurazione di una fattispecie criminosa. In presenza quindi di un pericolo meramente astratto verrebbe

¹⁷ Corte Cost. n.171/1986.

¹⁸ Corte Cost. n.171/1986.

¹⁹ Corte Cost. n.132/1986.

²⁰ Corte Cost. n. 1/1971, n. 139/1982, n. 126/1983, n. 71/1978.

in sostanza ad essere punita la mera disobbedienza o violazione formale della legge in relazione ad una azione di per sé inoffensiva, salvo che non si trasformi in una condotta connotata dal dinamismo del “prender parte”.

L'affiliazione rituale non può essere, perciò, ritenuta elemento sufficiente a ritenere provata la partecipazione all'associazione, laddove alla stessa non si correlino ulteriori concreti indicatori fattuali, rivelatori dello stabile inserimento del soggetto nel sodalizio con un ruolo attivo, quale può essere il conferimento della cd. "dote", che, invece, implica per massima di esperienza l'avvenuta attivazione del soggetto nell'ambito associativo²¹, o la condotta di colui che partecipi ad un fondo di solidarietà (cosiddetta "colletta") a favore di detenuti inseriti nell'associazione mafiosa²².

3. Requisiti minimi di riconoscibilità della condotta di partecipazione ad un'associazione di stampo mafioso.

In verità, l'apparato costituzionale ed altri arresti Giurisprudenziali²³, si sono spinti all'individuazione dei requisiti minimi di riconoscibilità della condotta di partecipazione ad una associazione di stampo mafioso, senza, con ciò, accontentarsi dell'avvenuta indicazione di uno *status*, ma ricercando la presenza di un riconoscibile apporto effettivo alla vita dell'associazione.

Non v'è dubbio che negli ormai più di trenta anni di vigenza della fattispecie in parola la dimensione applicativa abbia fortemente risentito, infatti, della particolarità delle vicende oggetto di giudizio, degli aspetti ambientali correlati alle stesse e degli specifici materiali dimostrativi portati all'attenzione dei diversi soggetti giudicanti, con talune oscillazioni.

La laconica espressione legislativa contenuta nell'art. 416 bis c.p., comma 1, “far parte di” ha da sempre determinato la ineliminabile necessità di una concretizzazione giurisprudenziale della nozione, tesa - in tutta evidenza - a rendere più chiaro e percepibile (in aderenza ai principi costituzionali di tipicità, materialità, offensività) il contenuto del precetto, che rimanda non già ad una singola e specifica condotta ma ad un "effetto" di più potenziali condotte²⁴.

Il soggetto che “fa parte” è, in via logica e giuridica un membro tendenzialmente permanente del gruppo criminoso, dunque una persona che, consapevole delle finalità complessive dell'agire collettivo e desideroso di perseguirle pro quota, le fa sue ed impiega (quantomeno) una frazione del suo tempo e delle sue energie allo scopo di realizzarle. Ciò postula, in via logica, un accordo di ingresso, con accettazione delle regole da parte dell'affiliato e riconoscimento della sua volontà da parte del gruppo e una successiva, concreta attivazione del soggetto in favore di sé

²¹ Cass. Pen. Sez. I, 17.6.2016, n. 55359;

²² Cass. Pen. Sez. V, 5.6.2013, n. 35997;

²³ Cass. Pen. Sez. Un. 2005 ric. Mannino.

²⁴ Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 17-06-2016) 30-12-2016, n. 55359 ric. Agnelli ed Altri (C.d.: Operazione “Crimine”).

stesso (in quanto membro di un gruppo destinato a realizzare potere e profitti) e della associazione complessivamente intesa. Molteplici possono essere le modalità di realizzazione di tale rapporto tra l'ente e il suo componente fisico (il far parte) posto che una associazione - avente le caratteristiche descritte nella norma incriminatrice - necessita di plurime figure organizzatorie ed esecutive. L'esperienza giudiziaria consente di individuare più figure operative di affiliato, con riferimento ad abilità dimostrate nell'esercizio di tale attività e con funzioni spesso cumulabili tra loro.

Ora, non vi è dubbio che al fine di ritenere dimostrato o meno l'effetto - che è e resta lo stabile inserimento nel consorzio umano criminoso - ogni evento giudiziario si alimenta di dati cognitivi che sono, per forza di cose, indiziari rispetto alla rappresentazione di ciò che la norma richiede. Il giudizio offre, in via logica, la comprensione di "fatti" che possono - o meno - risultare indicativi dell'avvenuto inserimento, in modo stabile, del soggetto in questione all'interno del gruppo, attraverso la obbligatoria mediazione intellettuale - tra fatto emerso e fatto tipico - realizzata tramite l'applicazione di consolidate massime di esperienza.

In tal senso, a partire da risalenti decisioni²⁵ si richiede, a ben vedere, per la punibilità dell'agente a titolo di partecipazione la verifica dimostrativa della ricorrenza di un duplice aspetto: sul terreno soggettivo va riscontrata l'*affectio societatis*, ossia la consapevolezza e volontà del singolo di far parte stabilmente del gruppo criminoso con piena condivisione dei fini perseguiti e dei metodi utilizzati; sul piano oggettivo, non potendosi ritenere sufficiente la mera ed astratta "messa a disposizione" delle proprie energie (dato che ciò, oltre a costituire un dato di notevole evanescenza sul piano dimostrativo, si porrebbe in insanabile contrasto con il fondamentale principio di materialità delle condotte punibili di cui all'art. 25 Cost.) va riscontrato in concreto il "fattivo inserimento" nell'organizzazione criminale, attraverso la ricostruzione - sia pure per indizi - di un "ruolo" svolto dall'agente o comunque di singole condotte che - per la loro particolare capacità dimostrativa - possano essere ritenute quali "indici rivelatori" dell'avvenuto inserimento nella realtà dinamica ed organizzativa del gruppo.

La Giurisprudenza, ha avuto modo di affermare che tale "inserimento" prescindendo da formalità o riti che lo ufficializzino, potendo risultare per *facta concludentia*, attraverso cioè un comportamento che sul piano sintomatico sottolinei la partecipazione, nel senso della norma, alla vita dell'associazione²⁶. Se, infatti, le condotte di promozione, direzione, organizzazione offrono già sul piano intrinseco un più elevato grado di tassatività descrittiva che ricade favorevolmente nell'analisi dei materiali cognitivi, la semplice condotta partecipativa è esposta ad oscillazioni di riconoscibilità concreta, dovute: a) alla diversa "carica indicativa" dell'elemento

²⁵ Cass. Pen. Sez. I del 13.6.87, ric. Altivalle.

²⁶ Cass. Pen. Sez. I n. 1470 del 11.12.2007, Addante, Rv 238839 (ove si ribadisce che la partecipazione alla associazione di stampo mafioso può essere desunta da indicatori fattuali dai quali - sulla base di attendibili regole di esperienza - possa logicamente inferirsi l'appartenenza del soggetto al sodalizio, purché si tratti di indizi gravi e precisi).

di conoscenza emerso dal processo; b) alla ricostruzione giuridica del *mimum* della partecipazione punibile nel senso tipico previsto dalla norma incriminatrice.

Non può perciò condividersi la diversa interpretazione giurisprudenziale – come quella in commento – posto che lì dove si adotti una linea interpretativa basata sulla punibilità del semplice accordo di ingresso²⁷, cui non seguano indicatori di effettiva attivazione (in una qualsiasi forma) del soggetto formalmente entrato nel gruppo, si finisce con il ritenere integrata la fattispecie anche in rapporto alla prova di tale evento (comunque acquisita), mentre lì dove si ritenga che la punibilità sia correlata alla prova dell'avvenuta e costante (almeno in un dato tempo) attivazione del soggetto, può ritenersi necessario l'accrescimento – a fini di affermazione della responsabilità – del substrato cognitivo, tale da far desumere, al di là di ogni ragionevole dubbio che il soggetto non soltanto sia stato formalmente invitato a far parte (ed abbia accettato l'invito) ma abbia concretamente agito a beneficio della organizzazione.

Sul punto, un diverso orientamento giurisprudenziale²⁸, in aderenza ai contenuti espressi nell'arresto rappresentato dalle Sez. Un. 2005 ric. Mannino, oggettivizza che la fisionomia della disposizione incriminatrice – da inquadrarsi nel sistema delle fonti sovranazionali, che ne impongono una lettura connotata da più profonda tassatività – non consenta di ritenere integrata la consumazione del reato di partecipazione all'associazione di tipo mafioso nell'ipotesi di intervenuta prova del mero accordo di ingresso (simile al semplice arruolamento descritto come condotta punibile nell'attuale art. 270 bis c.p. in tema di finalità di terrorismo anche internazionale, come previsto dal recente D.L. n. 7 del 18 febbraio 2015, peraltro con pena massima dell'arruolato pari ad anni otto di reclusione²⁹, cui non segua la ricorrenza di un qualsiasi indicatore di avvenuta attivazione del soggetto in attuazione dell'accordo medesimo³⁰). Quello oggetto di trattazione, in verità, è un settore del diritto sostanziale che in virtù della dichiarata necessità di tutela del particolare bene giuridico rappresentato dall'ordine pubblico, tollera una limitata deroga alla generale non punibilità del mero accordo criminoso (art. 115 c.p.), peraltro è la stessa scelta sintattica operata dal legislatore (il far parte) ad escluderlo.

In altre parole, ciò che va ritenuto decisivo ai fini della valutazione di "appartenenza" ad un gruppo avente le caratteristiche sin qui illustrate è la possibilità di attribuire al soggetto in questione, mediante l'apprezzamento delle specifiche risultanze probatorie, la realizzazione di un qualsivoglia "apporto concreto", sia pur minimo ma riconoscibile, alla vita dell'associazione, tale da far ritenere avvenuto il dato dell'inserimento attivo con carattere di stabilità e consapevolezza soggettiva³¹, atteso

²⁷ Cass. Pen. Sez. IV n. 2040 del 27.8.1996, ric. Brusca rv 206319;

²⁸ Cass. Pen. Sez. I, Sent., (ud. 17-06-2016) 30-12-2016, n. 55359 ric. Agnelli ed Altri (nella nota Operazione di Polizia denominata "Crimine")

²⁹ Cass. Pen. Sez. I n. 40699 del 9.9.2015, Rv 264720;

³⁰ Cass. Pen. Sez. V n. 49793 del 5.6.2013, Rv 257826).

³¹ Cass. Pen. Sez. VI, 5.10.2000, ric. Di Carlo, Rv 218559, ove si richiede espressamente l'individuazione, da parte del giudice di merito, di puntuali e pertinenti elementi di fatto,

che al fine della affermazione di penale responsabilità non rilevano mere situazioni di status, ma la fattiva partecipazione del soggetto ad un sodalizio, secondo l'approdo rappresentato dalle SS.UU. Mannino³², per cui la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno status di appartenenza, 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 criminosi³³.

Il partecipe ed il concorrente esterno, ferme restando le note differenze di costruzione normativa e dogmatica delle due fattispecie, a tacer d'altro, concorrono per definizione nel medesimo reato - attualmente, come si è detto punito con reclusione sino ad anni venti nell'ipotesi di associazione armata - il che implica da un lato l'aderenza necessaria di entrambe le ipotesi concrete di punibilità al principio di materialità e offensività della condotta³⁴. Peraltro l'avvertita necessità di considerare quale criterio interpretativo anche il previsto impatto sanzionatorio della condotta, secondo le ricadute del principio di proporzionalità tra pena e previsione legale del reato di cui all'art. 49, comma 3, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7.12.2000 che testualmente recita: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato determina³⁵, la necessità del definitivo accantonamento della linea interpretativa, tesa a ritenere come rientrante nell'ambito applicativo della previsione incriminatrice la semplice "messa a disposizione" delle proprie energie - non seguita da alcun indicatore di attivazione - posto che ciò determinerebbe l'accrescimento delle mere potenzialità operative del gruppo criminoso³⁶.

Con ciò si intende affermare che l'opera di concretizzazione giurisprudenziale del significato della locuzione normativa "fa parte" di cui all'art. 416 bis, comma 1 non può prescindere dalla considerazione e dalla incidenza di tali superiori principi, il che - pur nel solco delle linee interpretative consolidate - non lascia spazio ad ipotesi di identificazione della condotta punibile - nel caso di mera partecipazione - che risultino del tutto svincolate dalla ricostruzione di un contributo effettivo reso dal partecipe, che sia concreto e visibile, materiale o morale (pur se ricostruito in via indiziaria, come è ben possibile) alla vita della organizzazione criminosa.

logicamente indicativi di un perdurante inserimento dell'imputato nella organizzazione mafiosa);

³² Cass. Pen. Sez. UU. n. 33748 del 12.7.2005, Mannino, rv 231670;

³³ In tal senso, nel periodo successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite, tra le molte, Cassaz. Pen. Sez. I n. 39543 del 24.6.2013, Rv 257447.

³⁴ Cass. Pen. Sez. I, Sent., (ud. 17-06-2016) 30-12-2016, n. 55359 ric. Agnelli ed Altri (nella nota Operazione di Polizia denominata "Crimine")

³⁵ Ibidem ed ivi.

³⁶ Risalente ai primi anni '90 ed espressa, tra le altre, da Sez. I del 16.6.1992, ric. Altadonna ed altri, nonché Sez. VI n. 2040 del 28.8.96 ric. Brusca, Rv 206319, cit.; Cass. Pen. Sez. II 28.1.2000, Rv 215907.

La stessa nozione di partecipazione punibile recepita in ambito UE³⁷, contribuisce ad orientare l'interpretazione del dato normativo interno; in tale disposizione il comportamento punibile viene così descritto: il comportamento di una persona che [...] partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, ivi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri, nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione.

Nella interpretazione della previsione incriminatrice di cui all'art. 416 bis c.p., comma 1, pertanto, sia il confronto con le ricadute logiche del principio di proporzionalità tra reato e sanzione che la necessità di orientare l'assetto interpretativo in conformità ai contenuti espressi nella citata Decisione quadro, portano a ritenere doverosa la connotazione della condotta partecipativa in senso dinamico (partecipazione attiva), evitando scorciatoie dimostrative correlate alla avvenuta dimostrazione del "nudo" accordo di ingresso³⁸ o di condizioni soggettive cui non si accompagni - in virtù della valenza di precisi dati istruttori - un concreto connotato di effettiva agevolazione.

Lì dove il Legislatore, in effetti, ha ritenuto di dover incriminare il mero reclutamento - anche per il solo reclutato - si è resa necessaria una previsione incriminatrice ad hoc³⁹ il che ulteriormente evidenzia, in via sistematica, come tale segmento del fatto, ove non accompagnato dalla prova di un minimum di attivazione, non possa ritenersi di per sé ricompreso nella nozione tipica di partecipazione⁴⁰.

A conclusione del ragionamento sin qui svolto, occorre dunque precisare che il comportamento - di volta in volta - elevato ad "indice rivelatore" del fatto punibile, deve in ogni caso porsi come comportamento concreto, teso ad agevolare il perseguimento degli scopi associativi in modo riconoscibile e non puramente teorico, sì da potersi ritenere condotta indicativa dello stabile inserimento del soggetto nel gruppo.

Peraltro, proprio le Sezioni Unite in data 12 luglio 2005 nel noto caso Mannino, dopo aver valorizzato l'aspetto funzionale della condotta che voglia dirsi partecipativa (definendo "partecipe" colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo "è" ma "fa parte" o meglio ancora: "prende parte" alla stessa; locuzione questa da intendersi non in senso

³⁷ Dalla Decisione quadro n. 2008/841/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata e adottata all'art. 2 di tale strumento, nell'ottica della armonizzazione delle legislazioni dei diversi Stati membri.

³⁸ Cass. Pen. Sez. I, Sent., (ud. 17-06-2016) 30-12-2016, n. 55359 ric. Agnelli ed Altri (nella nota Operazione di Polizia denominata "Crimine").

³⁹ E' il caso della previsione introdotta dal D.L. n. 7 del 18.2.2015 in tema di terrorismo, con ulteriore novellazione dell'art. 270 quater c.p.

⁴⁰ Si veda, in rapporto alla fattispecie di cui all'art.270 bis c.p., quanto affermato, circa i requisiti minimi della partecipazione, da Cass. Pen. Sez. I n.22719 del 22.03.2013, ric. Lo Turco, Rv 256489.

statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico), hanno indicato un criterio metodologico per l'apprezzamento processuale del fatto penalmente rilevante e si enumerano, a mo' di esempio, talune evidenze dimostrative. Tra queste, le Sezioni Unite ebbero ad indicare anche a) l'affiliazione rituale e b) l'attribuzione della qualifica di uomo d'onore: di talché, sul piano della dimensione probatoria della partecipazione rilevano tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio.

Dovrà, peraltro, affermarsi che l'esperienza giudiziaria ha avuto modo di dimostrare che le due situazioni richiamate (affiliazione formale/attribuzione di una particolare qualità), non sono assolutamente coincidenti sotto il profilo funzionale. La semplice affiliazione rituale, dimostrando esclusivamente un profilo – statico - di volontà di far parte, non è detto che segua l'effettiva assunzione di quel ruolo attivo e, quindi, dinamico voluto dalle SS. UU richiamate.

Da ciò deriva, la necessità di tenere distinte le due ipotesi prima ricordate - con ragionevolezza della attribuzione di natura indicativa al solo "fatto" della assunzione di ruoli attivi o di cariche e irragionevolezza della ritenuta punibilità del mero accordo di ingresso - come del resto risulta ipotizzato in recenti arresti sul tema ⁴¹. Occorrono in conclusione una serie di inequivoci indicatori di natura fattuale idoneo al fine di ritenere congruamente dimostrata la consistenza dell'apporto reso dal soggetto già formalmente affiliato e dunque la sua partecipazione all'organismo oggetto di analisi.

⁴¹ Cass. Pen. Sez. V, n. 49793 del 5.6.2013, Rv 257826.