

L'AGGRAVANTE EX ART. 7 D.L. N. 152 DEL 13 MAGGIO 1991: UNA SINTESI DI “INAFERABILITÀ DEL PENALMENTE RILEVANTE”

Eliana Reccia

ABSTRACT

L'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, convertito in legge n. 203 del 12 luglio 1991, origina dalla necessità di “coprire” anche le più sfuggenti condotte dei “fiancheggiatori” delle organizzazioni mafiose, per cui il legislatore, costretto a trascurare i principi di tassatività e materialità, ha aperto, in tal modo, un varco enorme alla dubbia interpretazione giurisprudenziale, del tutto indifferente alla tipizzazione dell'aggravante in parola al punto da delineare perfino una “responsabilità mafiosa ambientale”, a mezzo di una evidente debolezza probatoria.

Col presente contributo si vuole rimarcare come la giurisprudenza ha finito, nel tempo, per utilizzare l'art. 7, l. 203/1991, addirittura come strumento “normativo-processuale” per ricomprendere tutti i comportamenti non inquadrabili nel paradigma criminoso di cui all'art. 416 *bis* c.p., elevando l'aggravante *de qua* al rango di norma incriminatrice.

SOMMARIO

1. L'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991: elementi essenziali e *ratio* politico-criminale. – 2. L'aver agito avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. – 2.1. Il metodo mafioso nell'art. 416 *bis* c.p. e nell'art. 7: sovrapposibilità concettuale e normativa o netta distinzione? – 2.2. L'aver agito al fine di agevolare l'associazione mafiosa. – 3. Quando anche la mera conoscenza della qualità di partecipe o la sua “notorietà” fa scattare l'imputazione dell'aggravante di cui all'art. 7: la “caratura mafiosa” tra responsabilità per posizione e violazione del principio di materialità. Il “metodo mafioso ambientale”. – 4. Art. 7 e “principio di territorialità mafiosa”: nuove forme di c.d. responsabilità mafiosa ambientale? Compatibilità del dato oggettivo del territorio con presenze “mafiose” e configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7. – 5. Art. 7 e tenuta processuale: l'ontologica “inafferabilità della prova” e “debolezza probatoria”. – 5.1. Rapporti con l'art. 416 *bis* c.p.: violazione del *ne bis in idem*? Necessaria la sussistenza dell'associazione ai fini della configurabilità dell'aggravante? Indispensabile l'operatività dell'associazione? – 6. Il nuovo volto delle associazioni mafiose e dei soggetti cooptati: l'imprenditore “vittima” e l'imprenditore “colluso”. L'art. 7, d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, quale *escamotage* normativo-processuale nelle ipotesi in cui risulta difficile dimostrare la tipicità delle condotte di partecipazione. Quando una circostanza aggravante viene utilizzata come norma incriminatrice.

1.

L'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991: elementi essenziali e *ratio* politico-criminale.

Il d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, convertito in legge n. 203 del 12 luglio 1991, in materia di “provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa”, ha introdotto, all'art. 7, ormai più di venti anni fa, una circostanza a effetto speciale allo scopo di sanzionare più gravemente tutte quelle condotte “contigue”, penalmente rilevanti, di “manifesta criminalità”, ma connotate da una particolare inafferrabilità. La *ratio* di tale aggravante, elettivamente destinata ai soggetti estranei all'associazione, indica chiaramente la volontà legislativa di “coprire” penalmente, con l'applicazione di una sanzione più grave, i comportamenti dei “fiancheggiatori” dell'associazione.¹

In effetti, già questo *incipit* induce una prima perplessità: la circostanza, strutturata su una condotta tendenzialmente “inafferrabile”, accede a un'incriminazione “tipicamente imprecisa”, determinando così un duplice deficit di determinatezza, laddove sarebbe stato invece necessario un serio sforzo di tipizzazione, qui del tutto assente.

Preliminarmente, appare, dunque, fondamentale comprendere la *ratio* della circostanza aggravante, la quale “non è solo quella di punire più severamente coloro che commettono reati con il fine di agevolare le associazioni mafiose, ma essenzialmente quella di contrastare in maniera più decisa, data la loro maggiore pericolosità e determinazione criminosa, l'atteggiamento di quei soggetti che, partecipi o non di reati associativi, utilizzano metodi mafiosi, cioè si comportino come mafiosi oppure ostentino, in maniera evidente e provocatoria, una condotta idonea a esercitare sui soggetti passivi quella particolare coartazione e quella conseguente intimidazione che sono proprie delle organizzazioni della specie considerate”².

Tale aggravante, pertanto, sembra essere stata introdotta per ottenere una più ampia repressione del fenomeno criminoso³, ma soprattutto per “fronteggiare con particolare rigore qualsiasi concreta manifestazione di mafiosità”⁴. In realtà, in dottrina ci si divide tra quanti⁵ ritengono che con l'introduzione della circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa il legislatore abbia ancora una volta effettuato un intervento sbilanciato in senso repressivo e chi, invece, intravede⁶ in essa una previsione pur sempre compatibile con l'elevato *standard* contenutistico-costituzionale imposto alla materia penale.

Nell'ultimo decennio, inoltre, soprattutto a causa del dilagare della criminalità organizzata, la contestazione dell'aggravante è stata utilizzata con particolare assiduità, motivo questo per il quale gli aspetti connessi alla tematica da trattare sono molteplici.

Lo scopo del presente lavoro è quello di ricostruire le caratteristiche dell'aggravante, negli ambiti di operatività e nei diversi problemi che essa solleva in relazione ai principi fondamentali del nostro ordinamento oltre che alle relative garanzie processuali, così da poter valutare quali risvolti applicativi abbia oggi, a distanza di più di venti anni dalla sua introduzione.

Solo per anticiparne alcuni, è da evidenziarsi che vi sono problemi di natura sia sostanziale sia processuale: molte le perplessità sulla compatibilità dell'art. 7 con i principi di tassatività e materialità, soprattutto perché esso accede a una fattispecie – quella tipizzata dall'art. 416 *bis* c.p. – la quale è già di per sé decisamente “vaga”, così che le maggiori criticità da un punto di vista processuale, attengono alla fragile “tenuta probatoria” dell'aggravante, che non di rado ne inficia la tenuta sostanziale e processuale.

Vediamo, innanzitutto, quali sono gli elementi strutturali dell'istituto in oggetto, “figura

¹ Così M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, (a cura di) B. ROMANO e C. TINEBRA, Milano, 2013, 92.

² Tra le più recenti Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 16365, del 3 aprile 2014, in www.cortedicassazione.it. In proposito si veda anche M. ALMA, *L'aggravante dell'art. 7 d.l. 152/1991 come strumento di qualificazione di condotte “neutre”*, in *Relazione inaugurazione anno giudiziario*, tenuta presso Il Consiglio Superiore della Magistratura il 31 gennaio 2011, 3-4.

³ Quanto alla *ratio legis* si veda L. TUMMINELLO, *Ancora sui limiti del criterio letterale nell'interpretazione della legge penale: le sezioni unite “contestualizzano” l'inapplicabilità dell'aggravante del metodo e del fine di agevolazioni mafiosi ai delitti “punibili” con pena diversa dall'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 4, 2010, 1418.

⁴ Così in S. ARDITA, *Partecipazione all'associazione mafiosa e aggravante speciale dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991. Concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico-giuridica e intenzioni del legislatore*, in *Cass. pen.*, 10, 2001, 2669.

⁵ Tra gli altri E. SQUILLACI, *La circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività*, in *Arch. Pen.*, 2011, 5.

⁶ In tal senso G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 43.

circostanziale «a più fattispecie», caratterizzata dalla scomponibilità del dettato normativo in enunciati semanticamente e logicamente autonomi»⁷.

L'art. 7, l. 203/1991, prevede infatti, nello specifico, due ipotesi in grado di aggravare i delitti comuni: a) l'aver agito avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p.; b) l'aver agito al fine di agevolare l'associazione mafiosa.

2.

L'aver agito avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p.

La prima ipotesi contemplata, nella diade di cui si compone l'art. 7, prevede un aggravio di pena per il soggetto che *abbia agito avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p.* Detta ipotesi fa dunque riferimento a tutti i casi in cui la condotta si contraddistingua per la *forza intimidatrice* derivante dal vincolo associativo o per il giovare delle condizioni di *assoggettamento e di omertà* che ne derivano.

Più in particolare, la forza intimidatrice consiste in una «una forza capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con l'agente»⁸; l'assoggettamento costituisce quella «condizione di essere esposti al pericolo senza possibilità di difesa, in stato di soggezione e di soccombenza di fronte alla forza della prevaricazione»⁹. *La situazione di omertà, inoltre, deve ricollegarsi essenzialmente alla forza intimidatrice dell'associazione*¹⁰.

Quello che, pertanto, maggiormente interessa in questa sede evidenziare è il rapporto tra metodo mafioso nell'art. 7 e nell'art. 416 *bis* c.p.

“Il richiamo esplicito alle caratteristiche strutturali del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. non comporta **necessariamente** che l'autore del reato sia **un associato**”¹¹, ma “la caratteristica fondante è costituita dalle modalità dell'azione: essa non va parametrata al *metus* che subisce la vittima del reato bensì al **comportamento dell'agente**”¹². Interpretazione, questa, confermata da cospicua giurisprudenza di legittimità¹³ secondo cui “i caratteri mafiosi del metodo utilizzato per commettere un delitto non possono essere desunti dalla mera reazione della vittima alla condotta tenuta dall'imputato, ma devono concretizzarsi in un comportamento oggettivamente idoneo a esercitare una particolare coartazione psicologica sulle persone, con i caratteri propri dell'intimidazione derivante dall'organizzazione criminale evocata”. Se ne deduce che il criterio selettivo per il riscontro del metodo mafioso, ai fini dell'imputazione dell'aggravante *ex* art. 7, è – o almeno dovrebbe essere – l'analisi concreta della condotta tenuta dal soggetto agente. Questa, infatti, deve essere connotata da un reale, in quanto estrinsecamente riscontrabile, utilizzo del metodo mafioso; in proposito, infatti, appare interessante evidenziare che “ai fini della configurabilità della circostanza in esame, non è sufficiente il mero collegamento con contesti di criminalità organizzata o la “caratura mafiosa” degli autori del fatto, occorrendo invece, la concreta realizzazione di una condotta secondo le modalità tipizzate dall'art. 416 *bis* c.p.”¹⁴.

Ma cosa deve intendersi per “avvalersi o giovare” del metodo mafioso? La risposta dovrebbe risultare agevole se detta modalità fosse sufficientemente tipizzata all'art. 416 *bis* c.p. – cui l'aggravante in esame fa espresso rinvio –. Purtroppo, però, così non è. Si è, infatti, accennato agli innati limiti di determinatezza che contraddistinguono la fattispecie incriminatrice dell'associazione di stampo mafioso; ne consegue che, per *effetto traslativo*, il *deficit* di tassatività dell'art. 416 *bis* c.p. si estenda anche agli elementi tipizzanti l'art. 7 l. 203/1991. Tali limiti oggettivi finiscono per essere ulteriormente amplificati da quelle

⁷ F. PALAZZO – C. E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, Padova, 2007, 817.

⁸ *Ex pluris* Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 16 maggio 2011, n. 25242, in C. DE ROBBIO, *La c.d. «aggravante mafiosa»: circostanza prevista dall'art. 7 del d. lg. n. 152 del 1991*, in *Giur. Mer.*, 7-8, 2013, 1617.

⁹ *Ex pluris* Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 23 aprile 2010, n. 29924, in C. DE ROBBIO, *op. cit.*, 1617.

¹⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, del 22 gennaio 2015, n. 18459, *Cerberus*, in 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 *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015.

¹¹ Così C. DE ROBBIO, *op. cit.*, 1617.

¹² Così C. DE ROBBIO, *Ibidem*.

¹³ *Ex plurimis* Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 28017, del 26 maggio 2011, in *De jure*; Cass. Pen., sez. VI, del 2 aprile 2007, n. 21342, in C. DE ROBBIO, *op. cit.*, 1617.

¹⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, del 4 luglio 2011, n. 27666, in C. DE ROBBIO, *op. cit.*, 1618.

interpretazioni giurisprudenziali che “svincolate” dalla carenza di tipicità della norma, non sembrano tracciare alcuna linea guida “orientativo-chiarificatrice”; al punto da concludere che *la sussistenza della circostanza aggravante del metodo mafioso non implica che sia stata dimostrata la sussistenza di un’associazione mafiosa*¹⁵. Nella prassi, pertanto, si richiede unicamente la prova della consapevolezza, indotta nella persona offesa, che l’autore del reato appartenga o comunque sia “spalleggiato”¹⁶ da un’organizzazione criminale. Anche se molto spesso, in assenza di una prova di tale consapevolezza, ci si affida alla *percezione della forza criminale dell’organizzazione, alla sua egemonia, così come avvertita nel territorio*: una sorta di associazione a delinquere di stampo mafioso *ambientale*, con tutte le perplessità di legittimità costituzionale connaturate a tale interpretazione.

2.1.

Il metodo mafioso nell’art. 416 bis c.p. e nell’art. 7: sovrapponibilità concettuale e normativa o netta distinzione?

In una recente pronuncia, la Corte Costituzionale¹⁷ ha mostrato di condividere l’interpretazione “organizzatoria integrata”¹⁸ di partecipazione a un’associazione, ritenendo, quanto agli elementi distintivi tra art. 416 bis c.p. e art. 7 l. 203/1991, che proprio una simile fenomenologia difetti nella prima ipotesi della fattispecie aggravata¹⁹: *in questo – ultimo – caso benché ci si muova in un contesto in cui si avverte la presenza dell’associazione criminale mafiosa, siamo al cospetto di accadimenti che si distinguono sia per disvalore di azione che per disvalore di evento*²⁰. Dei due quello che più interessa l’analisi in esame è il diverso disvalore d’azione. E’ proprio da questa diversità, infatti, che nasce la necessità di valutare un’eventuale “lettura differenziata” del concetto di metodo mafioso nell’art. 416 bis c.p. e nell’art. 7.

Un nodo interpretativo di particolare rilievo, infatti, è costituito proprio dal significato attribuibile al c.d. metodo mafioso, domandandosi soprattutto se esso debba essere inteso allo stesso modo nell’art. 416 bis c.p. e nell’aggravante *de qua*. Il richiamo esplicito che quest’ultima fa al primo dovrebbe far propendere per un’identità interpretativa, ma poiché, come anticipato, in seno alla fattispecie di associazione mafiosa anche il metodo mafioso pecca di tipicità e determinatezza – producendo l’effetto di “un gatto che si morde la coda” –, i dubbi sollevati appaiono più che legittimi.

Sul piano del disvalore d’azione, si è detto, per la configurabilità dell’aggravante in esame non occorre che l’associazione evocata esista nella realtà, mentre il metodo mafioso di cui all’art. 416 bis c.p. deve caratterizzare l’operato di una consorteria effettivamente costituita²¹.

Ebbene, secondo un orientamento giurisprudenziale²², “il metodo descritto nell’art. 416 bis c.p., benché richiamato in modo letterale dall’art. 7, viene a costituire nell’ambito della predetta aggravante, una distinta e differente entità”. In particolare, nella fattispecie di associazione mafiosa esso rappresenta “il patrimonio sociale e la caratteristica dell’azione del gruppo”, indipendentemente dalla commissione di reati; nell’aggravante dell’agevolazione mafiosa, invece, costituirebbe la manifestazione, eventuale, di un concreto episodio delittuoso. Tale ricostruzione, se da una parte potrebbe porre in risalto la distinzione tra “continuità e intraneità” del contributo del partecipe – il quale si serve di un *modus operandi* intimidatorio

¹⁵ Cfr. Cass., sez. I, n. 16883, del 13 aprile 2010, Rv. 246753.

¹⁶ Così M. ALMA, *L’aggravante dell’art. 7 d.lgs. 152/91 come strumento di qualificazione di condotte neutre*, op.cit., 5.

¹⁷ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 53, del 29 marzo 2013, in *De jure*.

¹⁸ V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in V. PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino, 2003; ID. *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in G. FIANDACA – C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 168; F. VIGANO’, *Riflessioni conclusive in tema di ‘diritto penale giurisprudenziale’, ‘partecipazione’ e ‘concorso esterno’*, in L. PICOTTI – G. FORNASARI – F. VIGANO’ – A. MELCHIONDA (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, Bologna, 2005, 279.

¹⁹ Per un approfondimento della questione oggetto del sindacato di legittimità si veda A. ALBERICO, «Giudizi di fatto» e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 515.

²⁰ A. ALBERICO, op. cit., 515 e ss.

²¹ Così A. ALBERICO, *Ibidem*.

²² Cfr. Cass. Pen., sez. un., 2001, in S. ARDITA, *Partecipazione all’associazione mafiosa e aggravante speciale dell’art. 7 D.L. n. 152 del 1991. Concorso di aggravanti di mafia nel delitto di estorsione. Problemi di compatibilità tecnico – giuridica e intenzione del legislatore*, in *Cass. Pen.*, 2001, 10, 2669.

per concretizzare gli scopi dell'associazione di appartenenza – e “occasionalità” della condotta dell'autore aggravato – che utilizza la forza intimidatrice per porre in essere quell'evento che si verifica *hic et nunc* – dall'altra incontra, tuttavia, un limite già più volte enunciato: la carenza di descrittività dell'art. 416 *bis* c.p.²³. Non solo. Come opportunamente evidenziato²⁴, risulta “assolutamente arduo anche sul piano logico e cronologico operare un distinguo tra metodo mafioso come patrimonio sociale e metodo mafioso come manifestazione concreta di un episodio delittuoso”. In realtà, se si pensa alle caratteristiche intrinseche dell'associazione mafiosa, un ruolo fondamentale è svolto dall'*affectio societatis*, ossia dalla volontà di aderire e far parte stabilmente dell'associazione e dunque anche di utilizzare, al tal fine, il metodo mafioso – nell'art. 416 *bis* c.p. azione e metodo mafioso cadono e stanno insieme²⁵ –, nell'aggravante di cui all'art. 7 a rilevare è ogni comportamento che si contraddistingue per le modalità utilizzate dai componenti dell'associazione, in particolare il metodo mafioso – una cosa è utilizzarlo nell'ambito di un programma indeterminato, altra, invece, in un caso specifico. Al riguardo si è, altresì, ritenuto che il metodo di cui all'art. 416 *bis* c.p. e quello richiamato all'art. 7 sono sì due entità distinte, ma allo stesso tempo “il primo connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane indipendentemente dalla commissione dei vari reati. Il secondo, invece, costituisce eventuale caratteristica di un concreto episodio delittuoso”²⁶. In effetti, tale interpretazione porta a considerare che “il reato associativo richiede un effettivo apporto alla causa comune, mentre la previsione aggravatrice è relativa alla semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato dell'attività di gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo, che non coincide con il perseguimento dei fini sociali in cui si sostanzia il dolo specifico di cui all'art. 416 *bis* c.p.”²⁷.

Come efficacemente sostenuto²⁸, inoltre, sempre “discutendo del disvalore di azione, sul versante della finalità di agevolazione”, mentre il partecipe dell'associazione agisce in forza di un'immissione in ruolo dalla quale deriva il suo posizionamento nella gerarchia sociale del gruppo e si adopera esclusivamente affinché i reati commessi contribuiscano a mantenere la stabilità del sodalizio, nelle ipotesi di cui all'art. 7, la finalità agevolatrice dell'autore aggravato non esclude il perseguimento di un interesse proprio dell'agente, che procede parallelamente all'intenzione di agevolare l'associazione.

D'altronde, come confermato dalla Consulta, “il vincolo associativo che caratterizza le consorterie mafiose – la c.d. *affectio societatis* – le distingue da ogni altra forma di associazione criminale tratteggiata dalla legislazione penale”, tant'è che si viene a delineare la diversa qualifica tra soggetti *intransei* e soggetti che *pur gravitando nel medesimo orizzonte criminale, non vi partecipano direttamente* (come coloro sui quali incombe l'aggravante di cui all'art. 7)²⁹. Quello che manca a tale circostanza è proprio l'*affectio societatis*.

Ebbene, il problema principale sembra annidarsi proprio intorno alla *ratio* dell'art. 7 l. 203/1991, ancora oggi, decisamente incerta. Se non si fa chiarezza su questo punto, risulta davvero complicato conferire una ragionevole interpretazione anche allo stesso concetto di metodo mafioso in essa “tipizzato”. In realtà, occorre capire se, in sede di aggravante, è necessario intendere tale metodo in modo oggettivo o soggettivizzato sulla percezione della vittima, ma allo stesso tempo se sia possibile intenderlo alla luce di quello tipizzato all'art. 416 *bis* c.p. Al riguardo, si è correttamente evidenziato³⁰ che “la norma di cui all'art. 7, trattandosi di legge speciale, non dovrebbe poter essere interpretata in via analogica e, soprattutto, le prescrizioni ivi previste, proprio perché eccezionali, non possono assurgere a modello generale del sistema penale”. Ecco che forse diventa sempre più nitido il nocciolo duro della problematica in esame: come deve intendersi il rinvio che l'aggravante del metodo mafioso opera all'art. 416 *bis* c.p.?

Parte della giurisprudenza³¹ limita lo stesso alle sole condizioni di assoggettamento e di

²³ Così S. ARDITA, *op. cit.*, 2001, 2670.

²⁴ Così S. ARDITA, *Ibidem*.

²⁵ Così S. ARDITA, *op. cit.*, 2001, 2670.

²⁶ Cfr. Cass. Pen., Sez. un., n. 34473, del 10 settembre 2012, in A. ALBERICO, «Giudizi di fatto» e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, *op. cit.*, 515.

²⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. un., n. 34473, del 10 settembre 2012, in A. ALBERICO, *Ibidem*.

²⁸ Così A. ALBERICO, *Ibidem*.

²⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. un., Ordinanza n. 34473, del 10 settembre 2012, in A. ALBERICO, *Ibidem*.

³⁰ Così G. SALCUNI, *Quando l'autore incute paura. Riflessioni sull'aggravante dell'uso dell'arma nel delitto di rapina propria: «basta il pensiero?»*, in *Giur. Mer.*, 11, 2005, 2408.

³¹ Cfr. Cass. Pen., del 23 marzo 1994, in *Riv. pen.*, 1995, 101 e nello stesso senso Cass. Pen., del 22 novembre 1994, in *Guida dir.*, 1995, 4, 44 ss.

omertà, così escludendo l'intimidazione nascente dal vincolo associativo. Come opportunamente rilevato³², lo stato di assoggettamento e omertà, che è letto come sottomissione e soggezione psicologica di coloro che subiscono il metodo mafioso e rifiuto delle vittime di collaborare, se è ammissibile nella fattispecie incriminatrice dove il singolo associato apporta un contributo causale al mantenimento dello stato di soggezione e omertà, non può esserlo per la circostanza aggravante³³.

In effetti, ai fini della configurabilità dell'art. 7 non si richiede la prova e il relativo consolidamento dello stato di soggezione, tanto è vero che si applica indifferentemente sia all'*intraneus* sia all'*extraneus*³⁴. Purtuttavia tale ricostruzione non implica la rinuncia alla *probatio* dell'esistente forza intimidatrice del vincolo associativo. Anzi.

Bisognerebbe a questo punto, invece, prendere coscienza che "l'elemento costitutivo previsto dall'art. 416 *bis* c.p. e la circostanza aggravante *ex* art. 7 d. lg. 152 del 1991 si collocano in due ordini di grandezze incommensurabili, e che ne impongono una ricostruzione di reciproca autonomia"³⁴. Si condivide appieno, infatti, l'assunto secondo cui è necessario, proprio in relazione a tale reciproca autonomia dei due istituti, interpretare diversamente, nonostante l'espresso rinvio dell'art. 7 all'art. 416 *bis* c.p., il c.d. metodo mafioso. Tale elemento, pertanto, necessiterebbe di essere inteso, in relazione alla norma incriminatrice dell'associazione mafiosa, come *la connotazione strutturale di un fenomeno associativo complesso, contemplato dalla norma incriminatrice dal momento della genesi a quello del consolidamento*³⁵; nell'aggravante in oggetto, invece, come *modalità concreta della realizzazione di un circoscritto fatto delittuoso, di modo che è nell'attualità del singolo episodio criminoso che vanno ricercati i connotati più coerenti con la definizione letterale del requisito tipico*³⁶. La differenza tra metodo mafioso nell'associazione e nell'aggravante di cui all'art. 7 pertanto esiste; come rilevato³⁷, peraltro, se nella prima può bastare, ai fini della relativa esteriorizzazione, "anche il semplice sfruttamento di esiti intimi dativi pregressi, altrettanto non vale sul piano della fattispecie circostanziata". Occorre, dunque, la prova dell'attualità di tale *modus operandi* legato all'occasionalità della condotta aggravata, non una sua desumibilità dal mero vantaggio apportato al complessivo apparato della consorzeria criminale.

In questa ipotesi, infatti, "la consistenza del requisito tipico non può essere integrata per il tramite di una considerazione «allargata» all'intero ciclo di vita dell'associazione, ma deve risultare integralmente dalla modalità di condotta accessoria all'esecuzione del delitto"³⁸. Non tenere nella benché minima considerazione questo distinguo comporterebbe un duplice rischio: di applicare l'art. 7, l. 203/1991 solo o soprattutto in contesti geografici *ad alta intensità mafiosa*, nonché di fornire un'interpretazione errata e soggettivizzata del concetto dell'"avvalersi"³⁹.

D'altronde, sul significato da attribuire al verbo "avvalersi" si è molto discusso: *il concetto reca in sé il germe di un equivoco difficilmente superabile*⁴⁰. Tant'è che se ne sconsigliava l'eventuale utilizzo futuro ai fini della descrizione di condotte penalmente rilevanti, *sia per fondare che per aggravare la punibilità*⁴¹. Suggerimento che evidentemente, e incautamente, non è stato accolto dal legislatore dell'epoca.

Stante il silenzio della norma al riguardo, il verbo "avvalersi" sembra necessitare di un'interpretazione in chiave oggettiva, in relazione alle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p.⁴², diversamente incorrendo nel rischio di violazione di innumerevoli principi e di carenza sistematica. Autorevole dottrina⁴³, in proposito, ha puntualizzato la corretta interpretazione della

³² Così G. FIANDACA, *Crimine organizzato e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 23.

³³ Così G. DE VERO, *op. cit.*, 44; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, 170; M. DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, 121.

³⁴ In tal senso si veda G. DE VERO, *op. cit.*, 45.

³⁵ Così G. DE VERO, *Ibidem*.

³⁶ Così G. DE VERO, *Ibidem*.

³⁷ Si veda in proposito G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 29.

³⁸ G. DE VERO, *op. cit.*, 46.

³⁹ In proposito G. A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica nei rapporti tra concorso di persone e interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1266.

⁴⁰ G. A. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, 1987, 310 ss.

⁴¹ G. A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 7 d.l. 31 dicembre 1991 convertito con modifiche dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172*, in *Leg. pen.*, 1992, 767.

⁴² G. SPAGNOLO, *op. cit.*, 49; G. TURONE, *op. cit.*, 103; A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 65 ss.

⁴³ F. PALAZZO - C. E. PALIERO, *op. cit.*, 2007, 819.

locuzione “avvalersi del metodo mafioso”: *ove ci si muova nella prospettiva di un'interpretazione costituzionalmente orientata ai canoni di materialità e offensività del fatto, esso significa riconoscere come elemento fondante l'effettivo sfruttamento della fama di organizzazioni criminali operanti nell'ambito di un determinato territorio. Quello che si richiede dunque è un concreto collegamento con le condizioni di assoggettamento e omertà. E affinché emerga è necessario dimostrare che l'alone di diffusa intimidazione abbia reso oggettivamente più facile la perpetrazione del delitto, e/o significativamente incrementato il livello di offensività dello stesso*⁴⁴. Ma l'avvalersi del metodo mafioso, quand'anche inteso in chiave oggettiva, deve essere considerato diversamente nell'art. 416 bis c.p. e nelle ipotesi di cui all'art. 7 – nel primo caso è una caratteristica naturalmente connessa al *modus procedendi* tipico della consorteeria mafiosa in ogni sua manifestazione di criminalità, nel secondo, invece, è esteriorizzato nel contesto del singolo episodio delittuoso e non ne costituisce un requisito tipico, avendo natura “occasionale” –, ancor più dopo averne constatato la sua equivocità “ontologica”.

Sicuramente pervenire alla prova di tale collegamento è impresa assai complessa, ma necessariamente irrinunciabile soprattutto per l'ipotesi di cui all'art. 7, l. 203/1991: il mero automatismo applicativo dell'aggravante in esame, infatti, in presenza del “solo indizio di mafiosità” – surrogabile dal contesto o dalla caratura criminale di un soggetto – se da un lato ne amplia l'applicazione, dall'altro determina l'intollerabile effetto di sacrificare *i postulati di fondo del nostro ordinamento*⁴⁵.

Un ulteriore quesito a cui, dopo più di venti anni, non si riesce a conferire ancora adeguata risposta sembra, dunque, potersi così articolare: la prova che si richiede ai fini dell'avvalersi del metodo mafioso ha come oggetto il mero utilizzo di tale metodo o anche la necessaria consapevolezza e volontà di avvalersene?⁴⁶

Alla luce di tali, seppur brevi, considerazioni, si ritiene pertanto di condividere un'interpretazione del metodo mafioso speculare a quello tipico dell'associazione mafiosa, ma con profondi tratti differenziali che necessitano di evidenziarsi soprattutto per fini probatori nella fattispecie circostanziata di cui all'art. 7.

“Il metodo mafioso previsto dall'art. 416 bis c.p. e quello di cui alla disposizione che sancisce l'aggravamento di pena, integrano due entità distinte”⁴⁷: il primo connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane indipendentemente dalla commissione dei vari reati; il secondo costituisce eventuale caratteristica di un concreto

⁴⁴ F. PALAZZO – C. E. PALIERO, *Ibidem*.

⁴⁵ F. BRICOLA, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, 261 ss.

⁴⁶ In tema di prova del metodo mafioso nelle ipotesi di cui all'art. 416 bis c.p. – così come richiamato dall'aggravante in esame –, quanto al più specifico ambito delle c.d. mafie silenziose in fase di espansione e consolidamento nel nord Italia, è insorta una *querelle* giurisprudenziale, ad oggi irrisolta, i cui estremi sono stati efficacemente sintetizzati da C. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la “mafia silenziosa” al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015: *mentre alcuni orientamenti ritengono sufficiente per integrare gli estremi dell'art. 416 bis c.p. la prova che il sodalizio presenti evidenti connotati di “mafiosità” sul piano organizzativo “interno”, in particolare quando il gruppo criminale risulta insediato in aree di non tradizionale radicamento mafioso; altri, invece, considerano ineludibile in ogni caso anche la prova dell'esteriorizzazione del «metodo mafioso», quale riflesso dell'avvalersi «della forza di intimidazione del vincolo associativo e dell'assoggettamento e omertà che ne deriva» postulato dal terzo comma del medesimo articolo*. L'Autore, per meglio chiarire l'oggetto di tale dibattito giurisprudenziale, evidenzia il principio di diritto enunciato al riguardo dalla Suprema Corte nel caso “Infinito” – Cass. Pen., sez. II, del 21-30 aprile 2015, n. 34147 –: *la sezione II della Corte, infatti, se per un verso ripropone, con qualche superflua variazione rispetto ai precedenti specifici, il principio di diritto a detta del quale “nel caso in cui un'associazione di tipo mafioso (nella specie, la ‘ndrangheta’) costituisca in Italia od all'estero una propria diramazione” affinché quest'ultima integri la fattispecie incriminatrice “è necessario che essa 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”; per altro verso, ha cura di precisare che “detta capacità di intimidazione potrà, in concreto, promanare dalla diffusa consapevolezza del collegamento con l'associazione principale, oppure dall'esteriorizzazione in loco di condotte integranti gli elementi previsti dall'art. 416 bis c.p.”. A bene vedere, dunque, ci troviamo di fronte a un'apparente adesione all'orientamento che configura il delitto di associazione mafiosa alla stregua di un reato associativo a struttura mista. La Corte, infatti, richiede un “obiettivo riscontro” di una “capacità intimidatoria” effettiva e non solo potenziale, ma poi mette sullo stesso piano due situazioni inconciliabili quali contesti integranti tale requisito oggettivo, ossia il caso del sodalizio che “esteriorizza in loco” la forza di intimidazione e quello del tutto diverso in cui quest'ultima invece “promana dalla diffusa consapevolezza del collegamento con la casa madre”. Il che, davvero, non è logicamente plausibile: il riscontro obiettivo di un'effettiva capacità intimidatrice in capo al sodalizio, se sganciato da una verifica incentrata su forme di “esteriorizzazione” del metodo mafioso nell'ambiente ove opera, si rivela vuoto di contenuti, un mero affidarsi a presunzioni, a congetture, anche spericolate quando – come fa la Corte – si fa ricorso addirittura a una non meglio precisata “diffusa consapevolezza del collegamento con l'associazione principale”. E invero viene da chiedersi: “diffusa” dove? Come? Tra chi? Insomma, si tratta di un consapevole e mal riuscito tentativo di tenere insieme due ricostruzioni ermeneutiche del delitto di associazione di tipo mafioso tra loro antitetiche: quella, si ribadisce, frutto di una consolidata tradizione giurisprudenziale che in ogni caso richiede una forma di “esteriorizzazione obiettivamente riscontrabile” del metodo mafioso per integrare il reato; l'altra, al contrario, inclinata verso la concezione di reato associativo “puro” che si accontenta del dato organizzativo, seppur in tal caso qualificato dalla “mafiosità” dei soggetti coinvolti. Sul punto si veda anche C. VISCONTI, *Mafie e ‘ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis c.p.*, in questa Rivista, n. 1, 2015, 357 ss.*

⁴⁷ M. ALMA, *op. cit.*, 12.

episodio delittuoso, ben potendo succedere, di converso, che un associato attui una condotta penalmente rilevante e pure costituente reato fine, senza avvalersi del potere intimidatorio del clan⁴⁸.

Il primo, dunque, è un elemento insito nella stessa natura dell'associazione, tant'è che permane a prescindere dalla effettiva concretizzazione dei reati da parte della stessa. Il secondo, invece, «costituisce eventuale caratteristica di un concreto episodio delittuoso»⁴⁹. Può accadere, infatti, che un associato ponga in essere una condotta penalmente rilevante senza avvalersi dell'«egemonia del clan». E, soprattutto, mentre per l'associato, che abituato a realizzare diversi reati mediante l'utilizzo dell'intimidazione, risulta più semplice strumentalizzare anche solo *l'alea di paura* che la sua organizzazione dissemina – e che comunque necessita di essere provata caso per caso bandendo ogni qualsivoglia forma di automatismo e ogni compressione del principio di offensività –, nella ipotesi circostanziata di cui all'art. 7, l. 203/1991, invece, proprio perché può ben trattarsi di *condotte episodiche*, è necessario distinguere e rafforzare ancor più la prova di un simile utilizzo. E questo non perché all'associato, in quanto tale, debba contestarsi qualsiasi tipo di addebito solo per la sua «qualifica di malavitoso», ma perché esiste evidentemente una differenza tra la condotta del partecipe e quella dell'autore aggravato.

Se si opta per un simile assunto sembra condivisibile l'opinione secondo cui «i due metodi mafiosi» – quello *ex art. 416 bis c.p.* e quello *ex art. 7 l. 203/1991* – sono differenti: ma la distinzione tra questi, oltre che sul piano dell'elemento oggettivo va ravvisata anche nel processo motivazionale del partecipe e dell'autore aggravato. I due agiscono con medesime modalità ma con diverse finalità; con la conseguenza che, se in entrambe le norme, soprattutto in quella della circostanza aggravante, l'utilizzo del metodo mafioso e la relativa finalità della condotta posta in essere si diversifica così significativamente da quella di cui all'art. 416 *bis c.p.*, nonostante l'espresso rinvio della prima ad alcuni elementi della seconda, allora probabilmente si potrebbe pervenire a una prima conclusione: l'art. 7 ha una propria autonomia rispetto all'art. 416 *bis c.p.* Ma questa autonomia è tale da consentirle di «svestirsi» dei panni di un'aggravante e di assumere la funzione di norma incriminatrice? E' plausibile dunque pensare di coniare una fattispecie *ad hoc* per «l'autore aggravato»? Una simile soluzione non renderebbe più efficace la stessa *ratio* ispiratrice dell'art. 7 e al contempo più efficace la punibilità di quelle condotte di agevolazione c.d. «inafferrabili» – e forse così definite proprio perché prive di una norma che ne tipicizzi il relativo disvalore?

A prescindere dalla risposta che si deciderà di fornire a tali quesiti, fino a che non si avrà completa consapevolezza della reale, seppur sottile, differenza tra metodo mafioso nell'associazione di stampo mafioso e nell'aggravante di cui all'art. 7 l. 203/1991, le problematiche sollevate non avranno nemmeno una lontana parvenza di risoluzione. Ma una soluzione deve trovarsi a distanza di più di venti anni. E questo per evitare che pericolosi automatismi possano continuare a caratterizzare il nostro panorama giurisprudenziale: sussistenza di un ambiente ad alta densità mafiosa non è e non deve essere *iuris et de jure* sinonimo di esistenza dei requisiti dell'aggravante di cui all'art. 7 tutte le volte che non vi siano sufficienti prove idonee a contestare l'associazione mafiosa. La fattispecie circostanziata, infatti, non bisogna mai dimenticarlo, nasce per punire condotte «inafferrabili» di manifesta mafiosità, purtuttavia, queste quantomeno esteriormente devono «manifestarsi». Diversamente a essere inafferrabile sarà proprio l'esistenza del metodo mafioso, venendo così meno uno degli elementi tipici dell'aggravante stessa.

In proposito, appare opportuno operare una panoramica delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, estendendo l'analisi all'intero paradigma della circostanza *de qua*, cercando così di operare una valutazione e, laddove opportuno, prospettare plausibili istanze propositive.

2.2.

L'aver agito al fine di agevolare l'associazione mafiosa.

Se sorgono molteplici dubbi circa il corretto significato da riconoscere alla prima ipotesi di cui alla fattispecie in esame, questi sembrano accentuarsi quanto al «fine di agevolare

⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. un., n.10, del 28 marzo 2001, in *De jure*.

⁴⁹ Così M. ALMA, *op. cit.*, 12.

l'associazione mafiosa": *qui è l'intreccio tra profili dogmatici riecheggianti il modello e le suggestioni del «tipo d'autore» a far sì che il rischio di un diritto penale dell'atteggiamento interiore non appaia più così remoto*⁵⁰.

Il rischio concreto che questa seconda ipotesi celi sin dal momento della sua introduzione – e che col tempo piuttosto che attutirsi si è acuito in maniera intollerabile – è di violazione del principio di offensività in primo luogo, nonché di determinatezza e di colpevolezza. Per meglio esemplificare un argomento intricato come un fitto vespaio, appare necessario sintetizzare le istanze che inducono a ritenere sussistenti tali violazioni: a) la condotta tipizzata dall'aggravante di cui all'art. 7, l. 203/1991, è *libera*⁵¹, il legislatore, infatti, non si sofferma a descriverne le modalità, così generando evidenti dubbi di determinatezza, in particolar modo perché rinvia a un'ulteriore fattispecie notoriamente deficitaria di essa; b) il fine di agevolare l'associazione si sostanzia, evidentemente, in un dolo specifico, che come meglio si esplicherà è qui quanto mai difficile da provare nella concretezza della realtà processuale, con evidenti ricadute in termini di tenuta del principio di colpevolezza; c) "il carattere accentuatamente propulsivo della norma, derivante dalla scelta di assumere a punto di riferimento del dolo specifico un interesse integralmente proiettato nel futuro, fa sì che tenda ad attenuarsi l'aspetto più concreto e immediato dell'offesa"⁵², così determinando problemi di necessaria lesività; d) il dolo specifico del partecipe è e deve essere necessariamente ricostruito diversamente da quello dell'autore aggravato.

In prima istanza, dunque, "l'ostacolo insormontabile" sembra costituito proprio dall'accertamento della finalità di agevolazione; infatti, *la prova di una simile direzionalità agevolatrice rispetto all'attività del sodalizio risulterà frequentemente priva di un referente di natura empirica, proprio perché l'associazione è prevalentemente intesa come mero accordo, rispetto al quale poter effettuare un giudizio razionalmente controllabile di idoneità in concreto, tale cioè da consentire di apprezzare l'impatto effettivo della condotta sulla intera struttura associativa*⁵³. Se il dolo specifico ha, poi, a oggetto una finalità che non deve necessariamente realizzarsi, qui la vaghezza dei riferimenti normativi rischia di indurre all'utilizzo di schemi presuntivi⁵⁴ dal fragile fondamento. Sicché, per tentare quantomeno di evitare una così distorta applicazione della norma in esame, si è ritenuto di trovarsi in presenza di un illecito di pericolo concreto con dolo di danno⁵⁵. In altre parole, presa coscienza dell'evidente difficoltà di provare l'intenzione di agevolare l'associazione mafiosa, si esigerebbe oltre alla dimostrazione di tale finalità, anche l'idoneità della condotta a concretizzare tale obiettivo⁵⁶ secondo un giudizio di prognosi postuma: si tratterebbe, pertanto, di comprovare una doppia finalità – la prima volta ad agevolare con la propria condotta l'associazione *tout court*, la seconda a trarre un profitto personale dalla condotta di agevolazione. Al riguardo, dunque, ci si è chiesti se il dato letterale "del fine di agevolare" non sia la concreta espressione della "precisa volontà del legislatore già di per sé volta a frustrare qualsiasi tentativo di una sua interpretazione conforme ai principi di materialità e offensività"⁵⁷. La giurisprudenza, nel contempo propende per soluzioni repressive finalizzate a un unico scopo: neutralizzare la criminalità organizzata, in ogni sua forma, in ogni sua manifestazione anche inafferrabile e priva di riscontro oggettivo, pur di portare avanti la lotta al "nemico mafioso".

Altre volte la stessa giurisprudenza ha richiesto la prova che la condotta sia diretta a ledere

⁵⁰ D. FONDAROLI, *Le circostanze previste dagli artt. 7 e 8 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella legge 12 luglio 1991, n. 203*, in AA. VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. M. CORSO – G. INSOLERA – L. STORTONI, II, Torino, UTET, vol. II, 1995, 680.

⁵¹ Così F. PALAZZO – C. E. PALIERO, *op. cit.*, 2007, 820.

⁵² Così D. FONDAROLI, *Commento sub art. 7 D.L. 152/91*, in F. PALAZZO – C. E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 820.

⁵³ N. D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova". Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008, 131.

⁵⁴ E. SQUILLACI, *La circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività*, in *Arch. Pen.*, 2011, 12.

⁵⁵ In proposito, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 576 ss., i quali propendono per un'interpretazione del dolo specifico alla luce dello schema del delitto tentato. Tale ricostruzione era stata elaborata già in passato da G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 132; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, 85; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 106.

⁵⁶ N. D'ASCOLA, *Reato e pena nelle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 2004, 76.

⁵⁷ E. R. BELFIORE, *Commento sub art. 7 d.l. n. 152 del 1991*, F. PALAZZO – C. E. PALIERO, *op. cit.*, 2007, 820.

l'ulteriore interesse protetto dall'aggravante⁵⁸, così esigendosi la concreta esistenza di una cosciente e univoca finalizzazione agevolatrice del sodalizio criminale. Questo orientamento giurisprudenziale, dunque, sembra voler ancorare il complicato giudizio del dolo specifico, nell'ipotesi in esame, ai criteri di accertamento del delitto tentato, ma dando prevalenza non all'idoneità quanto all'univocità della condotta, requisito che, peraltro, la prassi tende "tradizionalmente" a ricostruire in modo dilatato e tendenzialmente "soggettivizzato".

Come si è correttamente rilevato "fin a quando si continuerà a esaurire la prova del dolo specifico nel limitato versante soggettivo dell'aggravante di cui all'art. 7, ovvero a rinunciare *tout court* a una simile dimostrazione, sarà inevitabile parlare di un vero e proprio svuotamento del modello legale che, a questo punto, risulterà privato del solo indice rilevatore di un paradigma criminoso davvero pensato in aderenza ai principi di materialità e offensività"⁵⁹.

Vi è, infine, un ulteriore aspetto che va menzionato: il dolo specifico è l'elemento soggettivo che contraddistingue sia le ipotesi di cui all'art. 416 *bis* c.p. sia quelle di cui all'art. 7. Ebbene, questo dato è imprescindibile; «il partecipe agisce in forza di un'immissione in ruolo dal quale deriva il suo posizionamento nella gerarchia sociale del gruppo e si adopera esclusivamente affinché i reati commessi contribuiscano a mantenere la stabilità del sodalizio, ovvero al raggiungimento dei relativi scopi. La finalità agevolatrice dell'autore "aggravato", invece, non esclude il perseguimento di un interesse proprio dell'agente, che procede parallelamente all'intenzione di agevolare l'associazione»⁶⁰. In effetti, in alcuni, sporadici, casi questo assunto è stato preso in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità; la Suprema Corte, infatti, in controtendenza rispetto all'assetto maggioritario, ha avuto modo di puntualizzare che: "l'aggravante *ex* art. 7 d.l. n. 152 del 1991, anche quando è contestata sotto il profilo oggettivo, richiede la prova che il soggetto sia consapevole di favorire l'attività della cosca con la sua condotta, anche se primariamente volta all'utile personale"⁶¹. Occasione, questa, in cui si è esclusa l'applicabilità della circostanza, atteso che mancava la prova della consapevolezza, da parte di un commercialista, che, nel gestire due S.p.A., aveva emesso fatture false per la vendita di materiale inesistente al fine di ottenere indebiti crediti iva, di favorire, con la propria opera professionale, una cosca mafiosa e non solamente il malaffare del proprio cliente.

Alla luce di tali considerazioni, interpretare, dunque, omologando e non differenziando la finalità del partecipe e dell'autore aggravato significa disconoscere la *ratio* propria dell'art. 7; ma non solo. Poiché la prova di entrambe le finalità risulta quanto mai difficoltosa, forse sarebbe il caso che il legislatore pensasse realmente all'introduzione di una fattispecie *ad hoc* modulata sullo schema di detta circostanza ma con compiuta descrizione del fatto tipico. Solo così si potrebbe ovviare anche alle difficoltà probatorie esistenti. Tale tipizzazione sarebbe più che opportuna anche e soprattutto per eliminare la forte alea di "un diritto penale d'autore" che ormai sembra caratterizzare l'aggravante del metodo mafioso: *la struttura della circostanza appare interamente incentrata sul tipo d'autore*⁶², *poiché non è richiesto che la finalità si traduca in risultato, e che si apprezzi l'efficacia causale del contributo*⁶³.

Occorre, dunque, un necessario ritorno al fatto e connessa prova dello stesso così come della finalità che l'agente persegue nel commettere quel determinato reato, unitamente alla necessità che si ponga un limite fermo alla eccessiva corrosione del nesso causale, indice necessario e irrinunciabile dal quale partire per comprovare il contributo del soggetto agente – questo almeno in un ordinamento che confidi ancora in un diritto penale del fatto.

⁵⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 11008 del 7 febbraio 2001 in M. ALMA, *L'aggravante dell'art. 7 d.lg. 152/91 come strumento di qualificazione di condotte neutre*, *op. cit.*, 9.

⁵⁹ E. SQUILLACI, *op. cit.*, 17.

⁶⁰ A. ALBERICO, *op. cit.*, 0515 e ss.

⁶¹ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 13099, dell'8 febbraio 2011, in *Diritto e giustizia* on line, 2011, 20 con nota di R. L. CORRADO.

⁶² L. DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, 117, il quale parla di "uno spettro di un diritto penale dell'atteggiamento interiore"; si veda anche C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici e esigenze politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1312.

⁶³ In proposito si veda G. A. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale e forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. pen.*, 1996, 3847; nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 9691, del 19 settembre 1996, in *De jure*.

3.

Quando anche la mera conoscenza della qualità di partecipe o la sua “notorietà” fa scattare l'imputazione dell'aggravante di cui all' art. 7: la “caratura mafiosa” tra responsabilità per posizione e violazione del principio di materialità. Il “metodo mafioso ambientale”.

Il rinvio dell'art. 7, l. 203/1991, ad alcuni elementi tipici di cui all'art. 416 *bis* c.p. determina anche non poche perplessità interpretative che, relative alla fattispecie di associazione di stampo mafioso, vengono in tal modo a investire anche l'aggravante della agevolazione mafiosa.

Le difficoltà si acuiscono, più in particolare, allorché la fattispecie aggravata venga contestata a un soggetto per il sol fatto che “notoriamente rivesta una particolare posizione apicale in seno all'associazione – dunque che abbia una palese caratura mafiosa –” o perché “faccia parte di un'associazione di stampo mafioso il cui consolidamento in seno al territorio di azione risulti particolarmente radicato e dunque notorio”.

Il punto di partenza è la consapevolezza che si assiste ormai da diversi anni a un'evoluzione della criminalità organizzata quanto alle modalità di esercizio del c.d. metodo mafioso: alle manifestazioni tipiche «si vanno progressivamente sostituendo tipi di sodalizi criminali “silenti”⁶⁴. In altre parole, le modalità di assoggettamento sono divenute per così dire “più raffinate” e meno esplicite, tant'è che alla consueta violenza e minaccia si sta sostituendo sempre più il ricorso a c.d. “tecniche intimidatorie imprenditoriali”. Si assiste ormai alla crescente trasformazione del crimine organizzato che è passato da fenomeno marginale legato a certe subculture tipiche di taluni ambienti sociali a soggetto economico dotato dei propri caratteri di imprenditorialità, sia pure di tipo improduttivo e/o distruttivo e caratterizzato da un vero e proprio processo di autoreferenza⁶⁵.

Più in particolare, si riscontra una espansione della criminalità organizzata attraverso l'infiltrazione nell'economia c.d. lecita, sicché è sempre meno percettibile la metodologia violenta o almeno nelle sue forme più cruente tipiche della criminalità organizzata di stampo mafioso⁶⁶.

Se, dunque, vi erano già molteplici difficoltà legate alla prova dell'utilizzo della forza d'intimidazione del vincolo associativo per il perseguimento delle proprie finalità prima, oggi la prova dell'esteriorizzazione di tali metodologie è sempre più disagiata, specie nei casi della fattispecie circostanziata analizzata.

Appare, pertanto, fondamentale intendere se anche nelle ipotesi in cui la metodologia mafiosa sia “radicata” occorra che questa di fatto sia riscontrata probatoriamente e “contestualizzata caso per caso”. Si può ritenere sussistente la forza intimidatrice per il solo fatto che la mafiosità dell'associazione appaia radicata nel territorio di azione pur non essendo stata esteriorizzata? Si può parlare di un c.d. “metodo mafioso ambientale” – ossia radicato su una condotta che viene realizzata in un contesto/sistema in cui la prassi dell'utilizzo del metodo mafioso è un *modus operandi* consolidato, o che addirittura si sostanzia su una convenzione tacitamente riconosciuta tra soggetti operanti in quel territorio e associazione mafiosa, per l'esplicazione di alcune attività soprattutto di natura economica? Estremamente importante, dunque, comprendere se sia necessario che l'utilizzo del metodo mafioso venga riscontrato di volta in volta, o possa risultare sussistente in virtù della “notoria” esistenza dell'associazione stessa. Dalla risposta fornita a tale quesito derivano interessanti spunti di riflessione quanto alla stessa configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7, l. 203/1991.

In proposito, la prevalente giurisprudenza⁶⁷ ritiene che la forza intimidatrice non

⁶⁴ G. BORRELLI, *Il “metodo mafioso”, tra parametri normativi e tendenze evolutive*, in *Cass. Pen.*, 7/8, 2007, 2781; 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 *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2015.

⁶⁵ Cfr. Tribunale di Milano, sentenza del 19 luglio 2011, in *De jure*.

⁶⁶ Per un approfondimento del tema si rinvia al paragrafo 6.

⁶⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 47404, del 30 novembre 2011, in *www.cortedicassazione.it*. La Suprema Corte, in questa occasione, ha sancito che “la circostanza aggravante dell'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 157, è legittimamente desumibile di per sé, sul piano indiziario, dall'appartenenza degli autori del fatto a un sodalizio di stampo camorristico, salvo che non ricorrano elementi indicativi della riconducibilità degli episodi a un alveo «intimidatorio» di tutt'altra natura”; nello stesso senso Cass. Pen., sez. II, n. 5386, del 15 aprile 1994, in C.E.D. Cass. n. 198647; Cass. Pen., sez. I, n. 6203, del 25 febbraio 1991, *Grassonelli*, C.E.D. Cass. n. 188023, Cass. Pen., sez. I, n. 3492, del 13 giugno 1987, *Altivalle*, C.E.D. Cass. n. 177895; Cass. Pen., sez. I, n. 13070, del 6 aprile 1987, *Aruta*, C.E.D. Cass. n. 177304.

costituisca una modalità della condotta associativa, sicché non deve essere inevitabilmente esternata, né dai singoli associati né dall'associazione nel suo complesso, per il raggiungimento degli scopi alternativamente previsti dalla disposizione incriminatrice. Ciononostante, in tempi più recenti si è andato consolidando l'assunto secondo cui "il mancato compimento di atti di violenza e minaccia costituisce una circostanza impeditiva all'acquisizione della carica intimidatrice. E nessuna rilevanza assume il fatto che taluni suoi componenti appartengano a famiglie notoriamente conosciute come mafiose". E, ancora, che "il metodo mafioso non va confuso con l'autorevolezza dei soggetti nella comunità locale, quando, in mancanza di ulteriori elementi di fatto, eventuali comportamenti posti in essere da persone autorevoli in campo politico e amministrativo non siano inquadrabili in un clima di sopraffazione del corpo elettorale"⁶⁸.

Parte della dottrina⁶⁹, poi, è dell'opinione che risulti necessaria la pratica attuale e seriale della intimidazione, dato che, valorizzato in questi termini il metodo mafioso, passa in secondo piano il fatto che l'associazione sia dotata o meno di un patrimonio di "fama intimidatrice" acquisito mediante comportamenti pregressi.

In altri casi, la giurisprudenza di legittimità ha, invece, ribadito il carattere strumentale del metodo mafioso, nel senso dell'indispensabile utilizzo della forza di intimidazione del sodalizio criminale, puntualizzando *come proprio nel senso della necessità di una costante attualità della stessa debba intendersi l'espressione «si avvalgono» di cui alla disposizione incriminatrice*⁷⁰. D'altronde, non esteriorizzare tale *modus operandi*, che costituisce il perno dell'aggravante in esame, significherebbe violare al contempo sia il principio di materialità sia quello di necessaria tipicità della fattispecie circostanziata. «Nell'analizzare le modalità attraverso le quali tale strumentalità può concretamente manifestarsi, non si può – infatti – prescindere dalla diversità dei contesti sociali in cui essa si colloca, distinguendo le realtà caratterizzate da un *humus* culturale diverso da quello proprio delle regioni in cui tradizionalmente si allignano i fenomeni criminali in esame, dove l'avvalersi del metodo mafioso implica il compimento di specifici atti di intimidazione, da quelli che sono tradizionalmente permeabili e sensibili alla criminalità organizzata, nei quali, invece, ben può giungersi alla conclusione che l'incidenza della intimidazione sulla realizzazione dei fini perseguiti dal sodalizio criminale scaturisca semplicemente dalla notorietà della loro appartenenza»⁷¹. In realtà questo filone interpretativo sembra, nel corso degli ultimi anni, essersi affermato sempre più, tant'è che tra le ultime pronunce di legittimità, in materia di aggravante mafiosa, la Suprema Corte ha precisato che: *ai fini della relativa configurabilità, non è sufficiente il mero collegamento con contesti di criminalità organizzata o la "caratura mafiosa" degli autori del fatto, occorrendo, invece, che questi si avvalgano della particolare efficacia intimidatrice derivante dall'esistenza concreta di un sodalizio che si connota delle peculiarità descritte dall'art. 416 bis c.p.*⁷² e che *per la sussistenza dell'aggravante del metodo mafioso è necessario ostentare, in maniera evidente e provocatoria, una condotta idonea a esercitare sui soggetti passivi quella particolare coartazione e quella conseguente intimidazione che sono proprie delle organizzazioni mafiose*⁷³. Ebbene, il riscontro della prova dell'attualità di tale "evidente" e "provocatoria" condotta, da cui dovrebbe dedursi l'agire dell'autore aggravato, è impresa assai ardua per il giudice.

Purtuttavia, la giurisprudenziale maggioritaria continua a propendere per una più rigorosa applicazione del principio in esame: *ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, la consapevolezza della vittima del reato di relazionarsi con un soggetto appartenente a un'associazione di stampo mafioso non consente di escludere la sussistenza dell'aggravante in parola, in quanto ciò che rileva è la forza di intimidazione derivante dal vincolo*

⁶⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, del 9 luglio 2008, in C.E.D. Cass., Rv. 248010.

⁶⁹ G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 385.

⁷⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 19141, del 13 febbraio 2006, in G. BORRELLI, *op. cit.*, 2781 e ss.

⁷¹ Cfr. Cass. Pen., sez. V, n. 19141, del 13 febbraio 2006, in G. BORRELLI, *op. cit.*, 2781 e ss.

⁷² Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 24992, del 24 maggio 2013, in *De jure*; nello stesso senso Cass. Pen., sez. II, n. 28861, del 14 giugno 2013, in *De jure* – in questa specifica ipotesi, infatti, la Corte ha escluso che potesse ricorrere l'aggravante in esame per il sol fatto che l'imputato fosse sottoposto ad un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. e perché fosse presente nella zona un gruppo facente capo a "Cosa Nostra" –; Cass. Pen., sez. VI, n. 27666, del 4 luglio 2011, in Cass. pen., 2012, 9, 2978. Nell'ultimo caso la Cassazione ha ritenuto non configurabile l'aggravante di cui all'art. 7 in una ipotesi di tentata estorsione nell'ambito della quale gli indagati avevano fatto generico riferimento a un non identificato "gruppo napoletano", senza evocare uno specifico intervento di questo gruppo nell'attività intimidatoria né nell'induzione della persona offesa a credere che essi fossero sostenuti da un gruppo criminale di spessore mafioso.

⁷³ Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 9 marzo 2004, *Todaro*, in Giust. pen., 2005, II, 28.

*associativo, utilizzata dall'autore del reato, esplicitamente o implicitamente, al momento della condotta delittuosa*⁷⁴. Basta dunque la mera consapevolezza di “rapportarsi” con un soggetto intraneo a una associazione per la contestazione aggravata di cui all'art. 7? Ad avviso di chi scrive, tale requisito sembra davvero esiguo, e del tutto estraneo al principio di materialità, né può farsi discendere una caratteristica obiettiva del fatto dalla percezione soggettiva della vittima.

La giurisprudenza propende per l'una o l'altra interpretazione senza indicare precisi parametri di riferimento – il legislatore non li ha forniti, come biasimarla (!) –; posto che si opta per l'integrazione dell'ipotesi di cui all'art. 7 anche in occasioni in cui la forza di intimidazione non è esplicitata – dunque anche nei casi di mera notorietà nel territorio dell'associazione criminale o in quelli in cui “la forza” derivi automaticamente dal “carisma della caratura mafiosa del soggetto agente”. Oggi il caos applicativo sembra l'unica vera certezza, sia pur direttamente discendente da un evidente *deficit* di tipizzazione legislativa. Con ciò non si vuole responsabilizzare una giurisprudenza che arranca sempre più a fronte di un legislatore che continua a “sfornare norme” indeterminate, irrazionali e inidonee a tutelare gli interessi più sensibili dell'ordinamento.

La dottrina, al riguardo, ha cercato di porre in evidenza la problematica distinzione, in chiave probatoria, della «subcultura mafiosa» – la condivisione di un sentimento di opposizione alle regole dell'ordinamento statale –, da quella che viene definita mera «soggezione ambientale»⁷⁵, ossia conseguenza anche indiretta della forza di intimidazione. Detta, seppur labile, distinzione costituisce, un ulteriore nodo interpretativo di non facile risoluzione. La subcultura mafiosa, infatti, può derivare, da un punto di vista sociologico, da una condivisione delle “parallele regole mafiose a quelle dello Stato”; la soggezione ambientale consiste in uno schiacciamento del singolo consociato alle dinamiche mafiose insite e consolidate nel territorio di appartenenza della consorte mafiosa. La prima farebbe quindi pensare a una partecipazione del soggetto, che entri in contatto con un esponente mafioso, finalizzata alla condivisione di eventuali proventi o vantaggi positivi ottenuti da condotte illecite; la seconda, invece, a una soggezione del singolo “al *metus* ambientale dell'associazione”. Cogliere, dunque, se la “vittima” di un reato posto in essere in presenza delle condizioni di cui all'art. 7 sia una reale vittima, in quanto soggetto destinatario di una condotta esternata e connotata dai “tipici” requisiti dell'aggravante, oppure un soggetto che abbia subito “l'alea del *metus* mafioso”, sia pur non supportata da una concreta e attuale condotta intimidatoria, è un problema di non poca rilevanza. D'altronde, si tratta di una questione tutt'altro che recente: è complesso, se mai possibile, scindere le ipotesi in cui l'intimidazione scaturisce dal «vincolo» che unisce gli associati da quelle che, invece, denunciano soltanto «suggestioni emotive»⁷⁶.

Volendo osare un paragone, si potrebbe pensare all'utilizzo del *criterio del danno e del vantaggio* che viene adoperato per discernere le ipotesi di concussione ambientale da quelle di corruzione e forse in questa materia un simile criterio non sarebbe poi così fuori luogo. Questa ricostruzione, tra l'altro, è stata esposta in relazione alla altrettanto difficile distinzione tra condotta del partecipe e condotta del concorrente esterno in associazione mafiosa. Un distinguo che potrebbe tranquillamente impiegarsi nei casi di “contiguità” descritti dall'aggravante di cui all'art. 7, l. 203/1991, soprattutto per quel che attiene alla figura dell'imprenditore accusato di intrattenere rapporti con le consorterie mafiose. Risulta assai difficile, infatti, discernere le ipotesi in cui egli sia vittima del *metus mafioso* da quelle in cui sfrutti il vantaggio della “protezione mafiosa”: *se portiamo a livello di astrazione giuridica il concetto sociologico di protezione, il fattore di crisi della rappresentazione dell'imprenditore come vittima è costituito dall'idea di vantaggio che in essa è insito. Quando l'imprenditore trae un vantaggio dal suo rapporto con l'organizzazione criminale è meno probabile che egli la subisca*⁷⁷. Ebbene, tale idea sembra potersi estendere anche agli autori aggravati dal metodo o dall'agevolazione mafiosa, ma in entrambi i casi per poter punire i soggetti imprenditori, questi devono fruire di un “vantaggio produttivo”⁷⁸.

Nessuna esigenza di ordine prammatico può surrogarsi ai principi di materialità e colpevolezza, baluardi imprescindibili per uno stato di diritto.

⁷⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 37516, dell'11 giugno 2013, in *De jure*.

⁷⁵ D. NOTARO, *Art. 416 bis c.p. e “metodo mafioso”, tra interpretazione e riformulazione del dettato normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1490.

⁷⁶ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 304.

⁷⁷ Così F. DE LEO, *Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il Concorso esterno dopo la sentenza Mannino*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1994 ss.

⁷⁸ Si veda D. GAMBETTA, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992, 1 ss.

Le responsabilità d'autore o per posizione necessitano di essere definitivamente espunte dal nostro ordinamento. Non è tollerabile ritenere responsabile un soggetto per un cognome, un ruolo, per la "notoria caratura mafiosa" o per la notorietà del gruppo criminale di appartenenza. "Tizio, capoclan di turno" andrà sanzionato per le condotte concretamente poste in essere e non in quanto "Tizio, capoclan di turno". L'imprenditore Caio non può e non deve essere ritenuto responsabile per aver operato in un territorio ad alta densità mafiosa. E soprattutto *se una condotta è illecita, non lo si sa prima del processo, ma dopo*.⁷⁹

Se si vuole tutelare il sistema dalle manifestazioni di "mafiosità inafferrabile", forse (e magari eliminando il forse) è arrivato il momento che il legislatore con molta ponderazione pensi alla possibilità di elaborare norme ad *hoc*.

Il "nemico mafioso" va neutralizzato, caso per caso, a seconda delle condotte illecite poste in essere, ma deve essere sempre violata una norma modulata secondo i principi costituzionali di riferimento. D'altronde, « l'invocazione di tipicità diventa non solo una richiesta di guida all'interprete, ma, prima ancora e molto più, di un canone di comportamento per il cittadino [...] la chiara definizione degli assetti di tutela ha una palese valenza di garanzia e di democrazia, tanto più necessaria in una materia che si propone di intervenire in un'area criminologicamente di confine, dove la società lambisce la criminalità con comportamenti che sono troppo spesso intrisi di eredità culturali o subculturali »⁸⁰.

4.

Art. 7 e "principio di territorialità mafiosa": nuove forme di c.d. responsabilità mafiosa ambientale? Compatibilità del dato oggettivo del territorio con presenze "mafiose" e configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7.

"Non può e non deve trovare applicazione una sorta di *principio di territorialità mafiosa* idoneo a determinare un mero automatismo tra il dato oggettivo del territorio con presenze mafiose e la conseguente configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7, d.l. 152 del 1991"⁸¹.

La massima in evidenza serve a introdurre, efficacemente, un'ulteriore problematica conseguente a quella sviluppata nel paragrafo precedente: nella prassi sembra consolidarsi l'elaborazione di un c.d. principio di territorialità mafiosa. In effetti, già di primo impatto una simile accezione desta preoccupazioni in quanto sembra echeggiare istanze "di imputazione per mera presunzione". In altre parole, in zone ad alta densità mafiosa si tenderebbe, spinti dalla pregnante esigenza di tutela della sicurezza, dell'ordine e della incolumità pubblica, a dare per presunta la concretizzazione circostanziata delle condotte di agevolazione e di utilizzo del metodo mafioso, per il sol fatto che il soggetto agente si faccia forte dell'egemonia sul territorio del gruppo di appartenenza, o ancor peggio perché espliciti la propria attività in un contesto territoriale connotato da tali caratteristiche.

Un esempio per tutti: Tizio, imprenditore operante nel territorio palermitano, si determina a elargire un compenso a Caio, il quale si fa portavoce di "un gruppo palermitano", a seguito di una richiesta formulata nei seguenti termini: "se vuoi continuare a costruire in questa zona devi fare un regalo al gruppo palermitano". E' qui configurabile un'estorsione aggravata dall'art. 7? E' possibile individuare le condotte di agevolazione o intimidazione mafiosa così come richiesto dalla fattispecie circostanziata?

Il problema è che, come detto, la descrizione delle condotte aggravate manca di qualsiasi riferimento concreto, sicché provarle risulta davvero complicato. La conseguenza è che piuttosto che rinunciare a punire manifestazioni inafferrabili ma dense di disvalore, si è andata affermando l'idea secondo cui, ritornando all'esempio in esame, Tizio, per quanto Caio non abbia utilizzato minaccia o violenza esplicita, si sia determinato a elargire un compenso non dovuto per la paura nei confronti di un personaggio pubblicamente noto come stabilmente inserito nel gruppo "palermitano", il quale abbia agito forte della "mafiosità ambientale" di cui

⁷⁹ Così F. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 263.

⁸⁰ Così F. DE LEO, *op. cit.*, 1994 ss. Il pensiero dell'Autore è rivolto alle condotte "tipiche" del concorrente esterno, ma sembra assolutamente appropriato anche per il più specifico ambito in cui viene a realizzarsi la condotta del "soggetto aggravato" ex art. 7 l. 203/1991.

⁸¹ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 37030, del 23 settembre 2010, in *De jure*.

la vittima era ben conscia.

Ebbene, nella problematica *de qua* i profili di interesse sembrano essere due: la prospettiva relativa alla tutela della sicurezza e dell'incolumità dei consociati rispetto a condotte di disvalore pregne di significato ma difficilmente provabili – dunque punibili – e la necessità che non prenda piede un principio di territorialità mafiosa, in quanto questo aprirebbe le porte a una intollerabile “responsabilità mafiosa ambientale”.

Tale forma di responsabilità, dunque, si baserebbe su una forza intimidatrice insita nei territori “ad alta densità mafiosa” e la cui estrinsecazione non necessiterebbe di essere provata in quanto presuntivamente ritenuta per il sol fatto che quel determinato gruppo criminale risulta egemone proprio in quel territorio in cui viene ad agire il soggetto.

In presenza di tali criteri d'imputazione la responsabilità a titolo personale lascerebbe lo spazio a pericolose forme di responsabilità automaticamente desunte dalla sussistenza di requisiti topologici sprovvisti di qualsiasi norma di riferimento che le tipicizzi tassativamente. Sul giudizio fattuale e soggettivo prevarrebbe un giudizio basato sull'automatica associazione tra presenza di oggettivi indicatori di pericolosità (territorio ad alta densità mafiosa) e imputazione *ex art. 7*.

E' chiaro che qualora si conferisse rilevanza a tale forma di c.d. responsabilità mafiosa ambientale, innumerevoli sarebbero i principi sacrificati per non dire calpestati: su tutti colpevolezza, tassatività e legalità.

La problematica impone, pertanto, un'analisi della giurisprudenza pronunciata sul tema per almeno tentare di capire come, nella prassi, la stessa venga affrontata.

In ipotesi come quella prospettata all'inizio del presente paragrafo, la Suprema Corte in più occasioni ha negato la configurabilità dell'aggravante sul presupposto che l'agente avesse fatto riferimento a un generico gruppo criminale di appartenenza, senza però evocare uno specifico intervento di questo nell'attività intimidatoria tale da indurre la persona offesa a credere che esso fosse sostenuto da un gruppo criminale di spessore mafioso⁸². Così assumendo che “non può essere applicato una sorta di **“principio di territorialità”** idoneo a determinare un mero automatismo tra il dato oggettivo del territorio con presenze mafiose (nell'accezione dell'art. 416 *bis* c.p.) e la conseguente configurabilità dell'aggravante speciale. Va, infatti, affermato il principio per cui, anche quando il delitto sia commesso in un territorio in cui sia notoriamente presente l'associazione mafiosa, la configurabilità dell'aggravante, nella forma dell'avvalersi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., ovvero del metodo mafioso, è subordinata alla sussistenza, nel caso concreto, di condotte specificamente evocative di forza intimidatrice, derivante dal vincolo associativo e non dalle mere caratteristiche soggettive di chi agisce, anche in concorso, idonee a determinare una condizione di assoggettamento e omertà”⁸³.

Sul punto si è, altresì, precisato che ai fini della configurabilità dell'art. 7, l. 203/1991: “è compito del giudice analizzare le emergenze acquisite senza limitarsi a un generico riscontro circa l'esistenza o meno di una propaggine locale, ove di tale gruppo non sia stata in concreto sfruttata la condizione dell'assoggettamento da parte degli autori del reato cui l'aggravante accede”⁸⁴.

Non mancano tuttavia pronunce, seppur di merito, secondo cui la minaccia integrativa di tale circostanza aggravante può realizzarsi anche attraverso il riferimento a una sorta di convenzione tacitamente riconosciuta, che l'agente fa valere nel contesto di una comunicazione resa più semplice nella sostanza e più sfumata nelle forme per il fatto di richiamarsi a regole già “codificate”. Nella specie, la richiesta di denaro giustificata con il «doversi mettere a posto con il territorio», pone in essere un vero e proprio linguaggio in codice che risulta poi “decodificato” dal destinatario che percepisce chiaramente come la minaccia provenga da parte di un soggetto ben determinato, conosciuto e temuto, individuabile esclusivamente nell'associazione camorristica di zona⁸⁵.

Vero è che la densità mafiosa di un territorio ingenera un *metus* nel consociato, e questo rappresenta un dato sociologico acquisito e di non poca rilevanza. Ma l'ordinamento penale si regge su delle garanzie che necessitano di essere rispettate: rafforzare la prospettiva che

⁸² Cfr., Cass. Pen., sez. VI, n. 27666, del 4 luglio 2011, *Barbieri e altri*, Rv. 250357.

⁸³ Cfr., sez. V, n. 28442 del 17 aprile 2009, in *De jure*.

⁸⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 28861, del 14 giugno 2013, in *De jure*.

⁸⁵ Cfr. Tribunale di Napoli, sentenza n. 2503, del 10 dicembre 2007, in *De jure*.

sulla falsa riga della concussione ambientale possa consolidarsi una responsabilità penale i cui elementi tipici sono il territorio ad alta densità mafiosa e la forza intimidatrice ontologicamente connaturata a un simile fenomeno è inammissibile. Il principio di territorialità mafiosa non va rafforzato ma eliso. Al diritto penale del fatto, infatti, non può sostituirsi un diritto penale della prassi.

5.

Art. 7 e tenuta processuale: l'ontologica "inafferrabilità della prova" e "debolezza probatoria".

L'aggravante in esame, così come le condotte cui dovrebbe accedere, sembra caratterizzarsi per una significativa "inafferrabilità probatoria". In proposito appare opportuno prendere spunto ancora una volta da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità.

Nel panorama attuale i casi sottoposti al vaglio della Suprema Corte sono molteplici, tutti accomunati da un dato, a prima vista invisibile, che sembra unirli inesorabilmente: la difficoltà di provare le condotte di assistenza e agevolazione mafiosa.

In alcune pronunce più recenti la Cassazione ha ritenuto che "la condotta idonea a integrare l'aggravante del metodo mafioso, *ex art. 7 l. 203/1991*, è quella che si connota per la capacità intimidatoria posseduta e rafforzata oggettivamente dalla spendita, nell'attività estorsiva, dei rapporti di contiguità con un'importante famiglia di '*ndrangheta*, a prescindere dall'affiliazione non necessaria del soggetto al clan criminale"⁸⁶. Ecco un caso emblematico in cui la prova della "spendita dei rapporti di contiguità" è impresa assai ardua; non è infatti *ex lege* richiesto l'utilizzo del metodo mafioso? O forse quest'ultimo contempla anche la spendita di rapporti di contiguità tra le modalità in cui si estrinseca la capacità intimidatoria?

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità ha anche puntualizzato che "il metodo mafioso può atteggiarsi in vari modi (ad es. esplicito e mirato avvertimento mafioso, rispetto al quale il timore già consolidato funge da rafforzamento della minaccia specificamente formulata; messaggio intimidatorio avente forma larvata o indiretta, implicante avvertimento della sussistenza di un interesse dell'associazione per un comportamento attivo o omissivo del destinatario, con sottintesa richiesta di agire in conformità; assenza di messaggio, con silente richiesta, qualora l'associazione abbia raggiunto una forza intimidatrice tale da rendere superfluo l'avvertimento mafioso, sia pure non esplicitato), ma sempre inequivocabilmente riferibile a un ben determinato sodalizio criminale rilevante ai sensi e per gli effetti dell'art. 416 *bis* c.p."⁸⁷. Ebbene, come si risolve la difficoltà di provare quella condotta del soggetto che pur non essendo intraneo all'associazione ponga in essere una condotta di agevolazione con utilizzo del metodo mafioso in termini di capacità intimidatoria "velata" e solo per alcuni versi esteriorizzata? Come si fa a conciliare simili condotte "potenzialmente pregne di disvalore" con i principi di materialità e colpevolezza e con l'esigenza di una prova oltre ogni ragionevole dubbio?

In proposito la Suprema Corte, stante il silenzio di ogni riferimento legislativo che possa legare la prova a "elementi tipici e dettagliati", già nei primi anni dell'introduzione dell'art. 7 statui che "la finalità di agevolazione dell'associazione di stampo mafioso richiede nella fase di giudizio la prova dell'esistenza reale e non più semplicemente supposta di questa, essendo impensabile un aggravamento di pena per il favoreggiamento di un'entità solo immaginaria. Ne discende, come insopprimibile conseguenza, che nella fase di giudizio, il giudice, per la certa configurabilità dell'aggravante, deve dimostrare anche l'esistenza dell'associazione agevolata".⁸⁸ Ecco che questa statuizione offre lo spunto per collegare l'ontologica difficoltà probatoria dell'aggravante in esame allo specifico caso dei rapporti tra art. 7 l. 203/1991 e art. 416 *bis* c.p.

Più in particolare il problema attiene alla necessità che ai fini della configurabilità dell'art. 7 debba sussistere o meno l'associazione di stampo mafioso, e soprattutto se occorre o meno che questa sia operativa al momento della realizzazione della condotta.

⁸⁶ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 16283, del 14 marzo 2014, in *De jure*.

⁸⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 16465, dell'11 marzo 2014, in *De jure*.

⁸⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 18 marzo 1994, *Torcasio*, in *De jure*.

5.1.

Rapporti con l'art. 416-bis c.p.: violazione del ne bis in idem? Necessaria la sussistenza dell'associazione ai fini della configurabilità dell'aggravante? Indispensabile l'operatività dell'associazione?

Si è discusso in questi anni e si discute ancor oggi quanto alla possibile configurabilità dell'“aggravante mafiosa” nelle ipotesi in cui questa sia contestata in combinato disposto con l'art. 416 *bis* c.p.

In proposito, nella prassi, appare consolidata l'idea che la circostanza aggravante analizzata, in entrambe le forme in cui può atteggiarsi, risulti «applicabile a tutti coloro che, in concreto, ne realizzino gli estremi», sia che essi siano «partecipi di un sodalizio di stampo mafioso sia che risultino a esso estranei»⁸⁹.

Al riguardo, tuttavia, se viene ammessa⁹⁰ la contestazione di una fattispecie aggravata dall'art. 7, quale reato fine di un'associazione mafiosa – ammissibilità condivisa dalle sezioni unite intervenute a seguito dell'insorgere di una *querelle* in materia⁹¹ –, questa sembra essere invece incompatibile con la contemporanea contestazione del delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso, in quanto la condotta tipizzata all'art. 416 *bis* c.p. assorbe la previsione dell'anzidetta aggravante⁹².

La prima ipotesi prevista dalla circostanza *de qua* non è suscettibile di applicazione agli associati, *perché a ciò osta il principio del ne bis in idem*⁹³. Sulla seconda ipotesi, pur essendoci remore in tal senso, sembra superata la possibile violazione del *ne bis in idem* sostanziale ritenendosi compatibile la condotta di associazione con l'aggravante qualora questa sia contestata al sodale nel compimento di un reato fine, atteso che affinché ricorra il concorso apparente di norme, “è necessario che più precetti qualificchino un'identica realtà fattuale, situazione che non ricorre nel caso in esame. E infatti, a mente dell'art. 416 *bis* c.p. l'associato risponde di un contributo permanente allo scopo sociale, contributo che prescinde dalla commissione dei delitti singoli: qualora egli a questi concorra e la sua condotta sia sorretta dal dolo specifico di agevolare l'attività dell'associazione, tale elemento psicologico si prospetta come ulteriore e perciò può essergli ascritto *ex art. 7 l. 203/1991*”⁹⁴.

Poiché nella prassi la contestazione di tale aggravante è molto spesso accompagnata a quella di partecipazione al reato associativo, secondo alcuni, tale combinazione normativa deriverebbe dalla circostanza secondo cui *difficilmente taluno commette reati di stampo mafioso senza essere effettivamente inserito in un'organizzazione di respiro delinquenziale più vasto del singolo episodio criminoso*⁹⁵. Affermazione, questa, che, sia consentito, a distanza di più di vent'anni di prassi applicativa, si ritiene ampiamente superata.

Posto che quelle aggravate dall'art. 7 sono condotte di “fiancheggiamento”, è necessario comprendere se e in quali termini le stesse “fruiscano” del supporto dell'associazione e soprattutto se occorre che l'associazione richiamata sussista e sia effettivamente operante al momento della commissione della condotta: diversamente il contributo dell'autore aggravato agevolerebbe una consorteia mafiosa che nell'attualità della sua condotta non è più operativa. Ma procediamo con ordine.

In primis, occorre analizzare la problematicità dell'accessibilità dell'aggravante *de qua* allorquando sia in dubbio la sussistenza e l'operatività dell'organizzazione mafiosa.

Il punto di partenza è che, come diverse volte ritenuto nella prassi, “nonostante il richiamo esplicito contenuto nell'art. 7 l. 293/1991 al delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso, ai fini della relativa contestazione, non è indispensabile la sussistenza di tutti gli elementi necessari per la configurazione del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p.”⁹⁶. Quello che conta, dunque, è che l'agente, quand'anche non affiliato, abbia posto in essere una condotta mediante l'utilizzo del metodo mafioso, metodo che deve essere in grado di evocare la forza

⁸⁹ Cfr. Cass. Pen., sez.un., n. 17532/2012 in *De jure*.

⁹⁰ *Ex pluris* Cfr. Cass. Pen., sez. un., n. 10 del 28 marzo 2001 in *De jure*.

⁹¹ Cfr. Cass. Pen., sez.un., n. 17532/2012 *De jure*.

⁹² Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 26609, dell'8 giugno 2011, in *De jure*.

⁹³ Così A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, 276 e ss.

⁹⁴ Cfr. Corte di Appello di Bari, sentenza del 25 febbraio 2006, in *De jure*.

⁹⁵ Così C. DE ROBBIO, *op. cit.*, 2013, 1616 e ss.

⁹⁶ Tra le ultime Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 5881, del 14 novembre 2014, in C.E.D. Cass. n. 251830.

intimidatrice derivante dal vincolo stesso.

Occorre però un approccio dicotomico: è arrivato, infatti, il momento di richiamare la distinzione tra la prima ipotesi prevista dall'aggravante di cui all'art. 7 e la seconda. In relazione alla contestazione dell'una o dell'altra, infatti, viene a essere diverso il riferimento alla necessaria ed effettiva esistenza dell'associazione ai fini della configurabilità della circostanza analizzata. Cerchiamo allora di capire in che termini poter affrontare il problema.

Come premesso, l'art. 7 prevede due possibili contributi, uno di natura oggettiva, l'impiego del metodo mafioso, l'altro di natura soggettiva, la volontà specifica di agevolare l'associazione mafiosa. La funzione della prima tipizzazione è quella di reprimere "il metodo delinquenziale mafioso", utilizzato anche dal criminale che non faccia parte del sodalizio criminoso sul presupposto dell'esistenza in una data zona di tali consorterie, e in tal caso la tipicità della condotta delittuosa circostanziata non è ricollegabile alla natura e alle caratteristiche del delitto in sé considerato, bensì al metodo utilizzato, nel senso che le modalità con cui esso è compiuto risultano concretamente collegate alla forza intimidatrice del vincolo associativo⁹⁷. Ne consegue che affinché l'ipotesi aggravata oggettiva possa ricorrere occorre, oltre all'utilizzo del metodo mafioso, la consapevolezza, da parte dell'agente del fatto, che la criminalità organizzata, in quella tipologia di operazioni, si serva di tale metodo⁹⁸.

In questa prospettiva, dunque, l'aggravante oggettiva, secondo consolidata giurisprudenza di legittimità⁹⁹, può configurarsi senza la necessaria prova dell'esistenza o dell'operatività dell'associazione, bastando al riguardo l'utilizzo di quel metodo che sia in grado di evocare nella vittima quella coartazione e quella intimidazione tipica delle consorterie mafiose.

Per quel che attiene, invece, all'ipotesi dell'agevolazione mafiosa – la forma soggettiva della circostanza in esame – è necessario, per integrarne gli estremi, il dolo specifico, da parte del soggetto agente, di agevolare l'organizzazione criminale di riferimento; sicché in tal caso occorrerebbe, secondo parte della giurisprudenza¹⁰⁰, l'esistenza dell'associazione, che risulta elemento propedeutico per la relativa configurabilità¹⁰¹. Ne deriva, pertanto, che "l'aggravante di aver commesso il fatto al fine di agevolare l'attività di un'associazione di stampo mafioso, prevista dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, postula l'esistenza effettiva di un'associazione che abbia i caratteri indicati dall'art. 416 *bis* c.p., a differenza dell'altra ipotesi aggravante, pure prevista dal medesimo art. 7, che richiede soltanto che i reati siano commessi avvalendosi del metodo mafioso"¹⁰².

Ebbene, dalle anzidette premesse di natura sostanziale derivano delle ricadute sul piano probatorio: *in primis* ci si interroga sulla necessità o meno che sussista la prova dell'esistenza dell'associazione nell'ipotesi dell'aggravante soggettiva dell'agevolazione mafiosa; e in secondo luogo ci si chiede se l'agevolazione all'attività di un'associazione, allorquando sia intervenuta l'assoluzione per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. – essendo stata contestata nelle forme del favoreggiamento della compagine illecita di cui veniva esclusa l'esistenza – possa configurarsi o meno. La questione potrebbe sembrare scarsamente rilevante, ma sussiste una sottile linea di confine tra esistenza dell'associazione mafiosa e operatività della stessa. E la differenza non è solo meramente semantica. Un'associazione, infatti, può essere costituita e accertata in sede processuale, ma qualora al momento della realizzazione della condotta aggravata dall'art. 7 non ne sia provata la "contestuale operatività" i presupposti dell'agevolazione mafiosa potrebbero venir meno. Per esempio potrebbe accadere che venga pronunciata una sentenza di assoluzione per l'appartenenza a detta associazione prima o contestualmente alla realizzazione della condotta agevolatrice. In questo caso, *quid iuris*?

In proposito, nelle pronunzie più recenti si è stabilito che "la circostanza aggravante di cui all'art. 7 l. 203/1991 è configurabile anche se la condotta sia posta in essere in relazione a un'associazione di tipo mafioso la cui esistenza non sia stata accertata con sentenza passata in giudicato e se il dedotto capo di questa, destinatario della condotta agevolatrice, sia stato precedentemente assolto da imputazione relativa al reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., quando l'operatività del sodalizio e il ruolo svolto dal soggetto agevolato siano desumibili da risultanze

⁹⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 30246, del 17 maggio 2002, *De jure*.

⁹⁸ Cfr. Corte di Appello di Bari, sentenza del 25 febbraio 2006, in *De jure*.

⁹⁹ *Ex pluris*, Cfr. Cass. Pen., sez. I, del 9 marzo 2004, *Totaro*, in *Giust. pen.*, 1998, 801.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, del 18 marzo 1994, *Torcasio*, in *Giust. pen.*, 1994, II, 657.

¹⁰¹ Purtuttavia sul punto non mancano opinioni discordanti, cfr. Cass. Pen., sez. VI, del 22 marzo 2000, *Cbiti*, in *Cass. pen.*, 2001, 1787.

¹⁰² Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 41003, del 20 settembre 2013, in *De jure*.

acquisite successivamente alla sentenza di assoluzione”¹⁰³. Tali ricostruzioni non devono stupire poiché sono da leggere in quello che ormai costituisce un fenomeno ampiamente diffuso nel nostro ordinamento: al diritto penale, che incrimina le condotte pregne di disvalore sociale lesive di beni giuridici necessitanti di tutela penale, in una funzione fisiologica di stabilizzazione sociale, si sta sostituendo sempre più un diritto penale estemporaneo, i cui connotati tipici sono l'utilizzo di una modalità legislativa d'incriminazione tipicamente emergenziale, quale il decreto legge, unitamente alla volontà di ottenere più che una prevenzione generale e speciale, il consenso dei consociati nei confronti di scelte incriminatrici molto spesso irrazionali – d'altronde, *acquisire consenso davanti all'opinione pubblica non è – e non dovrebbe essere – una motivazione di giustizia*¹⁰⁴.

Se, pertanto, l'idea è che la condotta aggravata dall'art. 7, quale reato fine, possa accedere alla fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso, il minimo di tutela dei principi posti a fondamento del sistema imporrebbe che, di fatto, le condotte di agevolazione siano finalisticamente proiettate ad avvantaggiare un'associazione mafiosa esistente e operante al momento della realizzazione della condotta agevolatrice. Non tenere nella dovuta considerazione tale limite significa estendere oltremodo l'applicazione dell'aggravante in esame, ma soprattutto ritenerla configurabile in assenza delle ragioni che ne giustificano – e soprattutto ne legittimano – l'esistenza.

Nella prassi, invece, l'indirizzo ermeneutico¹⁰⁵ maggiormente condiviso propende per la configurabilità della circostanza quand'anche non sia stata dimostrata o contestata l'esistenza dell'associazione mafiosa, purché la violenza o la minaccia perpetrate assumano veste tipicamente coercitiva attraverso l'allusione all'esistenza, come emissario, di un gruppo criminale organizzato. E sul punto *nulla quaestio* perché ci si riferisce all'aggravante oggettiva – o almeno è quanto si spera.

Quello che davvero sconcerta è che *prima facie* la giurisprudenza tiene nella dovuta considerazione, ai fini della relativa contestazione in relazione all'art. 416 *bis* c.p., la distinzione tra forma oggettiva e soggettiva dell'art. 7, ma poi di fatto sembra dimenticarsene in fase applicativa, in nome di meta – esigenze di difesa sociale.

Forse sarebbe il caso di ritenere contestabile l'art. 7, nella forma soggettiva della volontà di agevolare l'associazione, solo quando sia provato, oltre ogni ragionevole dubbio, che il gruppo criminale emissario sia operante e operativo al momento della condotta agevolatrice – diversamente chi trarrebbe un utile mediato dal contributo dell'autore aggravato?

D'altronde, il legislatore ha scelto di non elaborare una fattispecie *ad hoc* per simili condotte, quanto piuttosto di prevedere per quelle ipotesi un aggravio di pena, dunque non è ragionevole permetterne l'applicabilità quando ne manchino i presupposti tipici. Non solo. Come più volte evidenziato, la circostanza in esame accede alla fattispecie base di cui all'art. 416 *bis* c.p., rinviando a essa, e tutte le volte che una norma, per quanto pagna di autonomia, rinvii ad altra disposizione per la specificazione anche solo di alcuni suoi elementi, allorquando la norma richiamata venga meno anche la circostanza deve decadere.

L'emergenza non può più costituire la guida delle scelte irrazionali del legislatore prima e degli operatori del diritto poi. La lotta alla criminalità organizzata deve essere realizzata nel pieno rispetto delle garanzie del nostro ordinamento perché diversamente si contribuirà a identificare ogni “criminale”, ma forse anche ogni “diverso”, come un “nemico”.

¹⁰³ Cfr. Cass. Pen., n. 13504, del 28 febbraio 2013, in *De jure*.

¹⁰⁴ D. PULITANO, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *Dir. pen. cont.*, 28 Ottobre 2015.

¹⁰⁵ *Ex pluris* Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 4047, del 10 gennaio 2013, in *De jure*.

6.

Il nuovo volto delle associazioni mafiose e dei soggetti cooptati: l'imprenditore "vittima" e l'imprenditore "colluso". L'art. 7, d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, quale *escamotage* normativo-processuale nelle ipotesi in cui risulta difficile dimostrare la tipicità delle condotte di partecipazione. Quando una circostanza aggravante viene utilizzata come norma incriminatrice.

Negli anni più recenti, come anticipato, si assiste a una *metamorfosi della criminalità organizzata* di stampo mafioso: a riscontrarsi, infatti, è l'inesorabile perfezionamento di forme di criminalità c.d. imprenditoriali. Le consorterie mafiose, nate e consolidate in particolar modo nel sud dell'Italia, infatti, una volta raggiunta l'egemonia nei territori di appartenenza hanno da tempo iniziato un significativo processo di migrazione verso il nord dell'Italia, volgendo alla conquista di contesti economici leciti¹⁰⁶. La ragione di questo processo è facilmente intuibile: insinuarsi nel tessuto lecito dell'economia più florida del Paese risulta più produttivo e più difficile da comprovare; tant'è che solo negli ultimi anni le diverse Procure sono riuscite a reperire prove idonee ad accertare un simile fenomeno.

Per comprendere lo stesso, dunque, è necessario, seppur brevemente, fare riferimento e analizzare le figure dell'"imprenditore vittima" e dell'"imprenditore colluso"; distinzione, questa, che se è, ed è stata, funzionale in passato alla differenza tra imprenditore partecipe e imprenditore concorrente esterno, in questa sede può ritornare utile per cercare di capire quali siano i presupposti in virtù dei quali origina o può originare la contestazione dell'aggravante mafiosa in "contesti imprenditoriali leciti".

L'imprenditore colluso, più in particolare, è colui che allo scopo di trarre un proprio profitto si determina a intrattenere relazioni con la consorteria mafiosa; lo stesso, infatti, sceglie con consapevolezza lo strumento del sistema illecito di esercizio dell'impresa "contraddistinto da

¹⁰⁶ Per un approfondimento e un'analisi empirico-qualitativa del fenomeno si rinvia ai dati ottenuti da una ricerca in tema realizzata dall'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, ideata e diretta dal Prof. Alberto Alessandri – e di cui l'autrice del testo ha preso parte –, intitolata "L'espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord" i cui primi risultati sono attualmente pubblicati: A. ALESSANDRI, *L'espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2014. «Una constatazione è oggi del tutto condivisa: la consistente presenza della criminalità organizzata nel tessuto dell'economia e delle istituzioni del Nord Italia. Fino a pochi anni fa, una simile affermazione apparteneva solo a pochi studiosi e soprattutto agli operatori del settore, che avevano visto crescere, specie a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, l'infiltrazione della mafia nell'economia del Nord», così A. ALESSANDRI, *L'espansione della criminalità organizzata*, op. cit., Introduzione.

Tale ricerca ha analizzato tutti i procedimenti penali aperti dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., nel periodo ricompreso tra il 2000 e il 2010, in base alla rilevazione del registro presso la Procura. Tra gli indicatori fondamentali della ricerca, utili ad appurare la capacità d'infiltrazione della criminalità organizzata nel tessuto sociale ed economico del Nord Italia, compare proprio la contestazione dell'aggravante di cui all'articolo 7 del d.l. n. 152 del 1991. «Le persone sottoposte ad indagini per reati aggravati dall'art. 7 sono 262: il 24% del totale delle persone sottoposte a indagini per altri reati. L'aggravante di cui all'art. 7 ha trovato applicazione anche nei confronti di persone sottoposte a indagini per l'art. 416 *bis* c.p. In altri termini, l'aggravante del metodo mafioso è applicata anche per i reati commessi da persone appartenenti all'associazione. L'analisi qui di seguito presentata è stata condotta prendendo come punto di riferimento i reati (e non le persone). Rispetto alla contestazione dell'aggravante al momento della richiesta di rinvio a giudizio (o la richiesta di giudizio immediato), l'aggravante è stata applicata nella sentenza di primo grado nel 51% dei casi. La tipologia di reati ai quali è stata più frequentemente applicata l'aggravante del metodo mafioso è costituita da fattispecie che implicano la gestione degli interessi economici dell'associazione: nel 22% dei casi si tratta di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e trasferimento fraudolento di valori. Tale risultato è in controtendenza rispetto alla frequenza con la quale tali reati sono stati commessi, specialmente se si confronta questo dato con quello relativo ai reati in materia di stupefacenti. Mentre questi ultimi sono statisticamente più frequenti, molto meno frequente è l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 7: solo il 5% dei casi in cui l'aggravante è stata applicata dal giudice di primo grado riguarda reati in materia di stupefacenti. A ciò si aggiunga che sono ancora gli interessi economici a venire in rilievo rispetto ai reati che più frequentemente sono aggravati dall'art. 7. Oltre a reati contro il patrimonio come estorsione e usura, che appartengono tradizionalmente alla categoria dei reati "satellite" della criminalità mafiosa e che costituiscono rispettivamente il 19% e l'11% dei casi in cui l'aggravante ha trovato applicazione, i reati economici (abusiva attività finanziaria, bancarotta e reati societari) aggravati dall'art. 7 sono il 9% del totale. Vi è, inoltre, un'ulteriore considerazione. Il ricorso al metodo mafioso, oltre a incidere in modo determinante sulla gestione degli interessi economici della criminalità mafiosa, coinvolge anche l'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione: nel 6% dei casi sono reati di corruzione ad essere aggravati dalla circostanza qui analizzata. Si tratta di un dato particolarmente rilevante che, oltre ad essere addirittura più alto rispetto a quello relativo al settore degli stupefacenti, segnala un livello di infiltrazione della criminalità mafiosa nella pubblica amministrazione, coinvolgendo politici, dirigenti pubblici e funzionari di pubblica sicurezza. Quadro generale sui procedimenti e processi di Milano 243 L'analisi qui appena abbozzata restituisce l'immagine di organizzazioni criminali che gestiscono enormi interessi economici. Interessi economici spesso gestiti in forma imprenditoriale con le modalità descritte dall'aggravante di cui all'art. 7. Sono questi ultimi ad essere in primo piano, mentre le attività più tradizionalmente criminali rimangono sullo sfondo (stupefacenti e armi)», *L'espansione della criminalità organizzata*, op. cit., 242-243.

appalti e commesse ottenuti grazie all'intermediazione mafiosa"¹⁰⁷. L'associazione, dunque, mette a disposizione il proprio "apparato intimidatorio" a vantaggio dell'imprenditore così che venga tutelato sia l'interesse di questo ad ampliare gli affari, anche e soprattutto sul territorio in cui la consortereria mafiosa è egemone, sia l'interesse della stessa a fruire della disponibilità dell'imprenditore quanto a risorse, servizi e utilità.

L'imprenditore vittima, invece, è colui che subisce il metodo mafioso dell'associazione, non tenta di venire a patti con essa, ma "cede all'imposizione mafiosa e subisce il relativo danno ingiusto limitandosi a perseguire un'intesa con il sodalizio criminale al solo fine di tentare di limitare tale danno"¹⁰⁸.

Detta distinzione permette di individuare un indissolubile binomio, ormai sempre più consolidatosi nel tempo, quello tra mafia e imprenditori; è proprio attraverso questa particolare categoria professionale, infatti, che le "nuove" consorterie criminali dirigono la loro espansione e il relativo consolidamento soprattutto in territori economicamente fertili come il nord dell'Italia. Tuttavia, queste forme di "collaborazione" determinano il fondato rischio che il giudice, in assenza di precisi parametri di riferimento e nell'art. 416 *bis* c.p. e nell'art. 7 l. 203/1991, possa configurare forme di responsabilità per presunzione. Il principio di riferimento, nella difficile scelta orientativa dei relativi interpreti, dovrebbe essere il seguente: *se è vero che in talune zone le organizzazioni criminali di stampo mafioso controllano, direttamente o indirettamente, le attività economiche, è non di meno certo che, nella valutazione dei rapporti tra mafia e imprenditori che operano in quei territori, l'indagine del giudice non può fondarsi su aprioristici e astratti stereotipi socio – criminali, la cui applicazione conduce a generalizzate criminalizzazioni o, viceversa, al riconoscimento di vaste aree di impunità. Entrambe altrettanto ingiustificate perché svincolate da un effettivo e serio vaglio delle variabili e contingenti peculiarità delle singole fattispecie*¹⁰⁹. E ancora: *devono considerarsi erronee entrambe le posizioni estreme, sia quella che ammette l'uso indiscriminato di schemi sociologici, avulsi dalle singole e specifiche situazioni probatorie, sia quella che nega, puramente e semplicemente, qualsiasi rilevanza ai dati avvalorati da obiettive realtà ambientali analizzate dalle discipline socio-criminologiche; dovendo, invece, ritenersi che il giudice deve tenere conto, con la doverosa cautela, anche dei predetti dati quali utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l'effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza e, principalmente, dopo avere ricostruito, sulla base dei mezzi di prova a sua disposizione, gli specifici e concreti fatti che formano l'oggetto del processo*¹¹⁰.

E' pur vero che non costituisce un fenomeno totalmente isolato il passaggio dalla categoria di imprenditore vittima a quella di imprenditore colluso: «la collusione ben può essere frutto del cedimento alla pressione criminale ed essere interpretata da parte dell'imprenditore vessato come il male minore, anzi, col tempo, come un indubbio vantaggio per il soggetto cooptato nella struttura malavitosa. Il clima «vischioso» che caratterizza il *milieu* camorristico rende non infrequenti questi passaggi di frontiera»¹¹¹. Così come può accadere che proprio lo *status* dell'imprenditore, costretto dalla situazione ambientale a stipulare patti di scambio con le organizzazioni mafiose non gli consenta di rivestire il ruolo di soggetto colpevolmente colluso¹¹². In sostanza, la linea di confine tra imprenditore vittima e imprenditore colluso risulta davvero labile da definirsi da un punto di vista probatorio. Questa difficoltà si acuisce allorché si tratti di comprovare quel metodo mafioso o quell'agevolazione richiesta dall'art. 7 nella condotta di tale soggetto.

Se, infatti, meno dubbi sorgono quando l'imprenditore è un concorrente esterno, il problema, invece, è proprio capire quando lo stesso, *extraneus*, da vittima del *metus* mafioso si determina ad agevolare l'associazione allo scopo di ottenere dei vantaggi.

Ma procediamo con ordine.

Nelle più recenti pronunce di legittimità, per il riscontro del ruolo primario di associato da

¹⁰⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 46552, del 10 ottobre 2005, in *De jure*.

¹⁰⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 46552, del 10 ottobre 2005, in *De jure*.

¹⁰⁹ Cfr. Cass. Pen., sez. I, n. 46552, del 10 ottobre 2005, in *De jure*; nello stesso senso e tra le più recenti Cfr. Cass. Pen., sez. VI, n. 22118, del 13 maggio 2014, in *De jure*.

¹¹⁰ Cfr. Cass. Pen., del 5 gennaio 1999, *Cabib*, in *Foro it.*, 1999, II, 631, con nota di C. VISCONTI, *L'inevitabile coartazione come criterio discrezionale tra complici e vittima*.

¹¹¹ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 13071, del 14 febbraio 2014, in *De jure*.

¹¹² Così G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2001, 353 ss.

parte dell'imprenditore, si richiede una *saldissima alleanza economica* tra questo e l'associazione, *al fine di conseguire il controllo di svariate attività di impresa nel territorio di riferimento senza dover subire gli effetti diretti e indiretti della concorrenza di cui risulta partecipe*¹¹³. Non solo. "Il contributo degli appartenenti alla c.d. borghesia mafiosa (ossia esponenti della società civile: professionisti, politici, imprenditori) può integrare gli estremi della vera e propria partecipazione all'associazione mafiosa, e non necessariamente del concorso esterno, quando tale contributo abbia un rilievo specifico e ben delineato nel contesto associativo"¹¹⁴. Ciò posto non molto si dice sulla sussistenza dei requisiti di condotta da comprovare ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 7. E il silenzio della norma unito a quello della giurisprudenza oltre a creare disorientamento lascia ancora molto aperto il dibattito.

Vero è che qualora, come anticipato, dovesse consolidarsi un principio di territorialità mafiosa, basato sull'utilizzo di un metodo mafioso ambientale, questo determinerebbe delle conseguenze molto problematiche proprio nelle ipotesi di contiguità mafiosa aggravata: il passaggio dallo *status* di imprenditore vittima, il quale soggiace, senza fruire di alcun vantaggio, al *metus* dell'organizzazione criminale, consolidato nella prassi, allo *status* di imprenditore colluso avverrebbe in presenza di un mero automatismo: imprenditore operante in un territorio ad alta densità mafiosa che viene in contatto con un componente dell'organizzazione criminale – con la quale, soprattutto in determinate regioni, risulta davvero difficile non interfacciarsi nemmeno indirettamente e inconsapevolmente per il tramite ad es. di una società fittizia che faccia da prestanome e di cui lo stesso imprenditore ignori i reali soci o titolari – lì egemone – contestazione dell'aggravante di cui all'art. 7, l. 203/1991. E' chiaro che occorre distinguere caso per caso in relazione alle circostanze di fatto, alla natura del contributo apportato dall'imprenditore, ai rapporti tra questo e i componenti della consorceria mafiosa nonché all'eventuale vantaggio di cui potrebbe illecitamente trarne. Ma qualora dovesse applicarsi un simile automatismo i rischi connessi sarebbero preoccupanti in un ambito, come questo, in cui si assiste da una parte all'inesorabile affermazione della criminalità organizzata "imprenditoriale" e dall'altra all'encomiabile sforzo della giurisprudenza di sopperire alla carenza di tipizzazione che contraddistingue le condotte di contiguità mafiosa.

D'altronde, l'aggravante mafiosa non può costituire l'*escamotage* processuale da utilizzare nelle ipotesi in cui risulta difficile provare la condotta tipica del partecipe.

E' tempo che il legislatore si assuma le responsabilità che gli competono e che quanto meno nei circoscritti spazi delle condotte aggravate ex art. 7 l. 203/1991 si decida a intervenire "senza smarrire la legalità della legge". Non è, infatti, tollerabile che l'incriminazione di condotte così pregne di disvalore sia demandata a una circostanza aggravante. Ma questa volta l'auspicio è che lo faccia razionalmente, contestualizzando il proprio intervento alle nuove forme con cui si manifesta la criminalità organizzata e alle relative modalità con cui viene a estrinsecarsi la contiguità mafiosa.

E' tempo che l'aggravante del metodo e dell'agevolazione mafiosa lasci lo spazio a una norma incriminatrice che ne definisca i contorni sia soggettivi sia oggettivi, così da tipizzare il disvalore delle condotte dei reali "fiancheggiatori" dell'associazione.

E' tempo che all'inafferrabilità si sostituisca «l'afferrabilità» delle manifestazioni di mafiosità in modo tale, per una volta, da poter garantire quel sogno, sempre più inafferrabile, costituito dalla certezza della pena.

¹¹³ Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 22211, del 19 aprile 2014, in *De jure*.

¹¹⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. II, n. 22211, del 19 aprile 2014, in *De jure* e sul punto anche Cass. Pen., sez. II, n. 18797, del 20 aprile 2012 in *De jure*.