

## L’AFFILIAZIONE RITUALE ALLE MAFIE STORICHE AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. I, ord. 28 gennaio 2021 \(dep. 9 febbraio 2021\), n. 5071,](#)  
[Pres. Boni, rel. Centonze, ric. Modaffari](#)

di Vincenzo Maiello

*A breve le Sezioni Unite della Corte di Cassazione saranno chiamate a stabilire se l’affiliazione rituale alle mafie storiche, non seguita da atti di militanza associativa, integri il delitto di partecipazione associativa di tipo mafioso. L’autore osserva che all’origine del contrasto giurisprudenziale sta la confusione tra tipicità e prova, dal canto sua scaturita dall’ambiguità di taluni indicatori fattuali contenuti nella sentenza Mannino. Ridefiniti i rapporti tra fattispecie criminosa e metodiche probatorie, si illustrano le ragioni per le quali dovrebbe essere preferita l’interpretazione che vede la condotta di partecipazione comporsi dell’accordo d’ingresso e del conseguenziale fare associativo, relegando l’accesso con rito formale – ben vero nei sodalizi che tuttora osservano tale pratica di reclutamento – all’ambito della punibilità a titolo di tentativo.*

SOMMARIO: 1. La debolezza stipulativa della partecipazione associativa mafiosa tra indeterminatezza legale e processualizzazione del tipo. – 2. L’evoluzione giurisprudenziale della partecipazione associativa mafiosa. – 3. La giustificazione rafforzata del modello dinamico/funzionale di partecipazione associativa nella sentenza *Pesce*. – 4. L’auspicio di una pronuncia delle Sezioni unite nella scia di *Pesce*. – 5. L’ipotizzabilità del tentativo nell’affiliazione rituale non seguita da agire associativo.

### **1. La debolezza stipulativa della partecipazione associativa mafiosa tra indeterminatezza legale e processualizzazione del tipo.**

La prima sezione della Corte di Cassazione ha chiesto alle Sezioni Unite di stabilire se “la mera affiliazione ad un’associazione a delinquere di stampo mafioso c.d. storica, nella specie *Ndrangheta*, effettuata secondo il rituale previsto dall’associazione stesso, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione dell’art. 416-*bis* cod. pen. e della struttura del reato dalla norma previsto”.

Chiamata a vagliare i ricorsi cautelari di due fratelli raggiunti da indizi di affiliazione, con modalità rituali tipiche della *Ndrangheta*, al locale aspromontano di una storica cosca della provincia reggina, l’ordinanza di remissione rileva l’esistenza di un contrasto interpretativo in ordine alla punibilità a titolo di partecipazione associativa del

mero, formale ingresso nella consorteria non seguito “da elementi concreti e specifici, rivelatori del ruolo attivo” nel sodalizio; di qui, la decisione di interpellare il vertice della giurisdizione regolatrice allo scopo “di assicurare l’uniformità dell’interpretazione giurisprudenziale su una questione interpretativa di notevole rilevanza”<sup>1</sup>.

Siamo anche noi persuasi che il tema devoluto alle Sezioni unite rivesta la massima importanza. Riteniamo, anzi, che l’iniziativa del giudice *a quo* assuma, ad una valutazione d’insieme, una dimensione di senso che trascende la comune rilevanza delle operazioni di nomofilachia, specie di particolare importanza quali sempre sono quelle indirizzate a stabilizzare gli *a-priori* della punibilità e, tra essi, specialmente gli elementi del fatto tipico, pietra angolare dell’edificio penalistico.

Peraltro, è appena il caso di rimarcare come il quesito sollevato dalla sezione remittente non riguardi un caso tipologico definibile di *ultima generazione*, gemmato cioè sul tronco delle trasformazioni che hanno investito il variegato universo della criminalità mafiosa; non nasca, dunque, dall’esigenza di testare la riconducibilità di nuove modalità di *militanza associativa* o, se si preferisce, di inedite interlocuzioni cooperative tra il singolo e la struttura organizzativa mafiosa nell’orizzonte semantico del *tipo ermeneutico* che il *diritto vivente* ha negli anni sedimentato in rapporto alle comuni e risalenti manifestazioni di intraneità<sup>2</sup>.

Al contrario, a venire in evidenza come punto controverso è l’inquadramento nella partecipazione associativa della più arcaica fra le manifestazioni di mafiosità, quella, appunto, che si affida alla liturgia di accesso agli organigrammi delle storiche consorterie di mafia. Una questione, perciò, niente affatto emergente dal cono d’ombra dei problemi di adeguamento del diritto ai mutamenti del suo oggetto di disciplina, bensì una esattamente opposta che interroga la capacità del diritto (nel nostro caso la sua proiezione giurisprudenziale) di dare copertura ad istanze di qualificazione del primitivo modo di essere dell’episodio di vita sociale che viene in evidenza.

Ecco, allora, che la domanda di verità sottoposta al pronunciamento nomofilattico – apprezzata nel contesto del ruolo protagonista giocato in materia dal diritto giudiziario – rischia di convertirsi in un involontario autodafé sui limiti e le debolezze stipulative di quest’ultimo, certificandone una perdurante difficoltà a garantire livelli stabilizzati di disciplina (della manifestazione archetipica) di una fattispecie di cruciale rilievo, per di più dalla portata fortemente evocativa nella *sfera parallela dei laici*.

Insomma, l’ordinanza di remissione alle Sezioni unite segnala la dimensione non risolta dei tentativi giurisprudenziali di definizione dei requisiti minimi di quello che

---

<sup>1</sup> Su questa fondamentale funzione che l’art. 65 dell’ordinamento giudiziario affida alla Corte di Cassazione, v. G. GORLA, *Postilla su “l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi”*, in R. Bin (a cura di), *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995, 73 ss.

<sup>2</sup> Sulla controversa applicabilità dell’art. 416 bis c.p. alle c.d. nuove mafie rinvia a G. Amarelli – C. Visconti, *‘Mafia capitale’: per la Cassazione non si tratta di vera mafia*, in *Cass. pen.*, 2020, 3644 ss.; C. VISCONTI, [“Non basta la parola mafia”: la Cassazione scolpisce il “fatto” da provare per una applicazione ragionevole dell’art. 416 bis c.p. alle associazioni criminali autoctone](#), in questa *Rivista*, 24 marzo 2020; G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all’estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 105 ss.; ID., *Mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l’art. 416 bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 2249 ss.

resta il reato simbolo della legislazione antimafia e, perciò, corre il rischio di apparire ingenerosa verso una quasi quarantennale e coriacea esperienza applicativa, così ingiustamente finendo così per oscurare le molte, e anche raffinate, sensibilità ermeneutiche che in varie occasioni le hanno consentito di traghettare un *dispositivo di lotta* nell'area delle ricostruzioni conformi a principi di garanzia<sup>3</sup>.

Il vero è che questa incompiutezza è figlia della straordinaria complessità dei reati associativi e della loro congenita permeabilità alle pre-comprensioni cognitivo/interpretative dei protagonisti della vita giudiziaria<sup>4</sup>, confermando come il settore si presti a fungere da banco di prova e campo elettivo di sperimentazione di fenomeni identitari della contemporaneità penalistica<sup>5</sup>.

Il riferimento corre alla *processualizzazione* (delle categorie) del diritto penale<sup>6</sup> e al conseguente corto circuito nei rapporti tra *tipicità* e *prova*<sup>7</sup>, vicenda che – favorita dalla matrice socio/criminologica di taluni requisiti cruciali delle fattispecie – agevola nella materia la formazione di processi espansivi delle funzioni normative della giurisprudenza<sup>8</sup>.

Non si può mancare di rilevare che questa tendenza sia stata agevolata anche da una qualche refrattarietà di parte della riflessione teorica a servirsi degli arnesi della dommatica, come prova il fatto che l'emancipazione garantistica del delitto in esame sia avvenuta per lo più attraverso definizioni unitarie, potremmo dire di sintesi, della condotta (alla fine) punibile, anziché sul terreno dell'analisi concettuale del fatto tipico e delle sue componenti.

In pratica, anche quando ha propiziato letture evolutive dell'incriminazione – modellate sul paradigma del reato di *comportamento* e non di *status*<sup>9</sup> – cui si deve la svolta giurisprudenziale della *Mannino*<sup>10</sup>, la dottrina è apparsa impegnata ad indicare il saldo della verifica probatoria, piuttosto che a costruire la struttura del fatto di reato,

<sup>3</sup> Un inquadramento di tale paradigma in M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla Questione criminale*, 2/2007, pp. 55 ss.

<sup>4</sup> Uno sguardo teorico generale in F. Müller, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica*, in G. Carlizzi – V. Omaggio (a cura di), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Pisa, 2016, 99 ss.

<sup>5</sup> G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss., spec. 357 ss.; F. VIGANÒ, *Introduzione*, in L. Picotti – G. Fornasari – F. Viganò – A. Melchionda (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Padova, 2005, 3.

<sup>6</sup> S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007.

<sup>7</sup> G. DI VETTA, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 1/2017.

<sup>8</sup> M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2016, 13 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1248 ss.

<sup>9</sup> G. FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in V. Militello – L. Paoli – J. Arnold (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Freiburg, 2000, 255; V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*; ID., *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, ora entrambi in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2016.

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, con nota di G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

indirettamente legittimando lo squilibrio nei rapporti tra *tipicità* e *prova* – ossia tra ragioni del diritto penale e istanze del processo – che da tempo tiranneggia la materia. Al fondo dell'impostazione sta, con ogni probabilità, una sorta di convincimento subliminale incline a considerare la partecipazione associativa affare di competenza di saperi empirico-socio-criminologici, ma non anche – una volta definito il senso del delitto sulle basi di quelle competenze – questione avente natura e consistenza (innanzitutto) dogmatica, in quanto tale debitrice della grammatica logica dei concetti<sup>11</sup>; in definitiva, il convincimento secondo cui in questo ambito andrebbe osservato “un approccio che dissolve la dogmatica nella sociologia criminale”<sup>12</sup>.

Anche grazie a queste incertezze del discorso speculativo si sono prodotti nella prassi disorientamenti che hanno ostacolato la formazione di un diritto vivente compatto e coerente nella sua evoluzione, dando luogo alla sincronica coesistenza di statuti interpretativi differenziati entro i cui interstizi è restata impigliata la questione sollevata dalla pronuncia remittente.

Sennonché, il dato per il quale anche in questa materia l'agire dei giudici reclama la dipendenza dall'analisi del materiale normativo e dagli esiti del relativo lavoro di astrazione concettuale trova conferma proprio in una sagace sentenza della prima sezione penale della Cassazione richiamata dall'ordinanza di remissione<sup>13</sup>, che qualche anno fa ha avvertito il bisogno di prodursi in un ragguardevole tentativo di sezionare la struttura del reato qui esaminato, pur se entro una logica ipotecata da prevalenti esigenze di verifica probatoria.

L'occasione che oggi si consegna all'approfondimento del supremo organo della nomofilachia può, allora, offrire l'opportunità di colmare i ritardi nell'opera di definizione di quanto appartiene (meglio, dovrebbe appartenere) alla dimensione di tipicità della fattispecie e quanto, invece, pretende di essere governato nel contesto della prova e del sapere pratico.

## 2. L'evoluzione giurisprudenziale della partecipazione associativa mafiosa.

L'osservazione in chiave diacronica delle interpretazioni in tema di partecipazione associativa di tipo mafioso consegna l'immagine di un panorama composto da ben quattro paradigmi ermeneutici. La loro successione segue una linea evolutiva nella quale si rispecchia plasticamente l'ordine progressivo della parabola penalistica della Modernità, segnata dal passaggio da un modello di reato a sfondo *soggettivo* alla sua dimensione *oggettiva*.

Fino alla metà degli anni Ottanta del secolo passato, la definizione dei requisiti minimi della partecipazione mafiosa soffre i limiti di un approccio che, mancando di

---

<sup>11</sup> G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 513 ss.; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, 110 ss.

<sup>12</sup> Criticamente, G. FIANDACA, *op. cit.*, 255; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 353 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. I, 17/06/2016, *Pesce*, n. 55359.

valorizzare l'effettiva autonomia concettuale e politico-criminale del reato associativo<sup>14</sup>, tende a degradarne la sostanza in mero criterio di imputazione, funzionale a dare conto del *surplus* di responsabilità per la commissione dei reati-fine.

Ciò porta la giurisprudenza a costruire l'illecito sulla "volontà da parte del soggetto di entrare a far parte come membro dell'associazione e recare così un contributo concreto al raggiungimento dello scopo sociale"<sup>15</sup>, laddove l'accento a quest'ultima connotazione causale "più che esprimere una esigenza di tipizzazione e materializzazione della condotta punibile, indica piuttosto la *ratio puniendi* utile a giustificare il contestuale convergere di due autonome fonti incriminatrici, il concorso criminoso e l'associazione per delinquere, sullo stesso *plafond* fattuale"<sup>16</sup>.

Si tratta, dunque, di una nozione grezza se, per un verso, mostra adeguatezza funzionale nel giustificare *ex post* decisioni di condanna per i reati satellite, per l'altro, risulta radicalmente priva dei connotati di afferrabilità, necessari a delineare il concetto di *fattispecie* (nella specifica portata semantica di *species-facti*)<sup>17</sup>.

Allo scopo di superare i limiti di un'impostazione che impoverisce le ragioni del fatto tipico, e mortifica le relative esigenze probatorie di garanzia e di tenuta epistemica, si affaccia il modello causale di partecipazione.

È la sentenza *Arslan* a darvi corpo, coniando un nuovo paradigma definitorio che individua il partecipe in colui che realizza "un contributo causale minimo, ma non insignificante alla vita dell'associazione"<sup>18</sup>.

Alla struttura *evocativamente sintomatica* dell'illecito fondata sulla centralità del dolo, si avvicina una caratterizzazione oggettiva del dispositivo.

Epperò, se questa ristrutturazione concettuale realizza un indiscutibile miglioramento della *qualità connotativa* del reato nei rapporti col (modello normativo del) *diritto penale del fatto* – ristabilendo l'antecedenza dell'*oggettivo* sul *soggettivo* –, lo stesso non può dirsi riguardo ad istanze di *determinatezza empirica* e di *controllabilità delle logiche probatorie*. Come ancora di recente è stato osservato, la "caratterizzazione in chiave causale del contributo partecipativo non fornisce, infatti, all'interprete parametri predeterminati su cui fondare il giudizio di tipicità della condotta, risolvendosi, al contrario, in un criterio flessibile, e perciò variabile in ragione della situazione concretamente considerata"<sup>19</sup>.

In questo contesto, che oscura e sfilaccia la linea di demarcazione con la figura del concorso esterno anch'essa essendo costruita sul requisito dell'attitudine causale a

<sup>14</sup> V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971; G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983.

<sup>15</sup> Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 1978, Ricci, riportata in C. VISCONTI, *op. cit.*, 127.

<sup>16</sup> C. VISCONTI, *op. cit.*, 128.

<sup>17</sup> W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, (1968), Napoli, 2007. Una nota messa a fuoco del concetto nella giurisprudenza costituzionale si rinviene nella sentenza n. 177/80 che espunge la categoria di pericolosità dei proclivi a delinquere.

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. I, 24 aprile 1985, *Arslan*, in Cass. pen., 1986, 822.

<sup>19</sup> I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis c.p. tra teoria e prassi*, in E. Mezzetti – L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 60.

potenziare il sodalizio<sup>20</sup>, matura il primigenio orientamento *organizzatorio* – denominato *puro* (o *strutturale*).

Scolpito con limpidezza dalla sentenza *Graci*<sup>21</sup>, che la riprende da una perspicua dottrina<sup>22</sup>, e ribadito da Sezioni unite *Demitry*, l'impostazione ha il duplice merito di *tassativizzare* il delitto e definire più nitidamente i confini col concorso esterno.

Sul piano della tipicità, si compie un'alterazione radicale nella struttura del *fatto*.

Dal paradigma di un reato monosoggettivo a vaga connotazione causale ('contributo anche minimo seppur non insignificante alla vita dell'associazione') si passa allo schema di un reato-accordo a carattere bilaterale che incrimina la stabile compenetrazione del soggetto nella rete dei rapporti di intraneità associativa; il fatto orbita, così, intorno ad un vincolo relazionale "rappresentabile meno secondo una visuale fisico-naturalistica di tipo eziologico, e più alla stregua delle teorie sociologiche dell'organizzazione"<sup>23</sup>.

Ne sono elementi costitutivi: i) l'ingresso nella consorceria, effettivo e non surrogabile, seppur non necessariamente rituale; ii) l'accettazione da parte dei sodali; iii) l'adesione alle regole dell'accordo associativo e la conseguente assunzione dello *status* di *membro*, che genera iii.1) l'obbligo di obbedienza gerarchica e di omertà e l'impegno (nella forma della *messa a disposizione*) a realizzare il programma operativo, ma anche iii.2) il potere di impartire ordini secondo una prospettiva di funzionalità agli interessi del gruppo, non essendo sufficiente che con l'associazione la persona "sia entrata in rapporti trovandone giovamento o fornendo un contributo fattivo ad alcuni associati"<sup>24</sup>.

Il tratto di scivolosità dell'approccio concerne il rischio che la fattispecie criminosa possa saldarsi alla qualifica solo formale (e alla condizione solo statica) di componente della consorceria, ogni qual volta i compendi cognitivi lascino emergere la prova del solo *ingresso* cui non segua in alcuna forma l'*agire associativo*, in altri termini un *facere* intessuto di atti riportabili a obblighi e poteri connessi al ruolo di partecipe<sup>25</sup>.

Va ascritto a *Mannino* il merito di aver riscattato il paradigma *organizzatorio puro* sviluppandolo nella sua formulazione *sincretistico-additiva*<sup>26</sup> (o *integrata*, o *mista*), nella

<sup>20</sup> G. FIANDACA – C. VISCONTI, *op. loc. cit.*

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. I, 1° settembre 1994, in *Cass. pen.*, 1994, 539, con nota di G. PACI; sul carattere di 'svolta' di questa sentenza, cfr. C. VISCONTI, *op. cit.*, 171 ss.

<sup>22</sup> G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 5 ed., Padova, 1997, 87.

<sup>23</sup> G. FIANDACA – C. VISCONTI, *ibidem*.

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. I, 1 settembre 1994, cit.

<sup>25</sup> Sulla questione si rinvia alle relazioni svolte da V. MAIELLO, *op. ult. cit.* e A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto penale 'vivente' a quello conforme alla legalità costituzionale*, nel convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004, pubblicate in L. Picotti – G. Fornasari – F. Viganò – A. Melchionda (a cura di), *op. cit.*, oggetto di considerazioni da parte di F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, ivi, 279 ss., spec. 307 ss. In giurisprudenza, paradigmatica resta la condanna riportata nel maxi processo a Cosa Nostra da Giuseppe Greco (il figlio, regista cinematografico, di Michele Greco, il *Papa* della Cupola), affiliato con procedura rituale ma (praticata dai sodali quale forma di compiaciuta deferenza verso l'autorità mafiosa del genitore) sin da subito 'messo in sonno' perché ritenuto inadeguato al ruolo.

<sup>26</sup> Per questa etichetta, G. FIANDACA – C. VISCONTI, *ibidem*.

cui sintassi la dimensione strutturale dell'inserimento associativo si combina con l'agire della caratterizzazione (sia pure *lato sensu*) *causale* dell'apporto individuale<sup>27</sup>.

La risposta che il vertice giudiziario oppone, con consapevole acribia, alla permeabilità della primitiva versione *organizzatoria* rispetto alle contaminazioni del *diritto penale della volontà* e ai tipi di *responsabilità da posizione* è tutta interna ad una chiave *dinamico-funzionale*, anziché *statico-formale*, di connotazione della condotta punibile.

Nasce così un racconto della tipicità criminosa che, da un canto, porta allo scoperto la struttura *analitico/molecolare* della fattispecie, dall'altro, esprime con efficacia evocativa la densità criminologica della forma più tradizionale della militanza associativa di tipo mafioso: "si definisce partecipe – affermano i supremi giudici con intonazione didascalica da *nouvelle vague* – colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo è, ma fa parte della (meglio ancora: prende parte alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno *status*, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima".

Appare chiaro come la concezione *organizzatori/integrata* fatta propria dalle Sezioni unite corrisponda al suo fenotipo *debole*, quello che richiede ai fini della configurabilità della fattispecie meri atti espressivi dello *status* di partecipe, in altri termini condotte di *militanza associativa*<sup>28</sup>, non anche contributi necessariamente causali aventi attitudine ad incrementare "in modo empiricamente verificabile, rispetto alla situazione anteriore, la pericolosità della concreta organizzazione"<sup>29</sup>.

Consapevoli che la portata di tale narrazione dipende in larga misura dalla capacità delle *evidenze* disponibili di tradurne il senso, *Mannino* si fa carico di guidarne le dinamiche di governo, indicando gli *indicatori fattuali*<sup>30</sup> che possano mettere il giudice sulle tracce semantiche della delineata cornice di tipicità.

### 3. La giustificazione rafforzata del modello dinamico/funzionale di partecipazione associativa nella sentenza *Pesce*.

Questa pur meritoria operazione di raccordo tra concetti di diritto penale e manovre ricostruttive del processo<sup>31</sup> – feconda come non mai quando i primi abbiano natura *disposizionale*, presentino cioè caratteristiche ricavabili proprio da "indicatori

<sup>27</sup> Sui diversi modi di intendere la proiezione *attivistica* della partecipazione associativa, cfr. V. MAIELLO, *op. cit.* e A. CAVALIERE, *op. cit.*

<sup>28</sup> Prospettiva patrocinata da V. MAIELLO, *op. cit.* e condivisa da F. VIGANÒ, *op. cit.*

<sup>29</sup> Così, invece, A. CAVALIERE, *op. cit.*, 131, che utilizza qui la categoria della causalità nella declinazione – nominalmente attenuata e meno rigorosa della *condicio sine qua non* – di *condizione conforme a leggi*.

<sup>30</sup> Terminologia utilizzata da C. VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in L. PICOTTI-G. FORNASARI – F. VIGANÒ – A. MELCHIONDA, *op. cit.*, 152.

<sup>31</sup> G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in E. Dolcini – C.E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 239 ss., spec. 257.

esteriori che ne segnalino l'esistenza"<sup>32</sup> – ha dato luogo a non pochi equivoci, sia a causa della non sempre felice attitudine designante di taluni fra questi *indicatori*, sia, ancor più, per la malintesa loro collocazione tra gli elementi della tipicità criminosa, piuttosto che tra i soli materiali della relativa prova.

A rilevarlo è una pronuncia giustamente individuata come “la presa di posizione più matura sul tema della partecipazione associativa”<sup>33</sup>.

Chiamata a scrutinare censure di legittimità che investono condanne fondate, alcune, sulla “prova del mero dato dell'avvenuta affiliazione rituale”, altre, sull'avvenuto “conferimento di una dote”, la sentenza *Pesce* si trova ad affrontare, ed è la prima volta che accade, la rilevanza – sostanziale o meramente probatoria – delle “esemplificazioni casistiche” di *Mannino* ed a vagliare la sufficienza probatoria di quelle fra esse a più elevato tasso di problematicità, quali, rispettivamente, l'affiliazione rituale e l'acquisizione della qualità di uomo d'onore.

Alla prima *quaestio* la Cassazione risponde con metodo sicuro e impeccabile nitore concettuale, affermando che i cc.dd. *indicatori* altro non sono che condensati di sapere pratico, tratti dall'esperienza comune, che appartengono al “metodo di verifica processuale” del *thema probandum* costituito dalla condotta di colui che, in stabile ed organica compenetrazione col tessuto organizzativo del sodalizio, vi *prende parte* attraverso un *apporto concreto* alla vita del gruppo.

Di qui, l'estraneità delle massime di esperienza alla definizione tipica della condotta di partecipazione mafiosa operata da *Mannino* e, quindi, alla portata (denotativa e connotativa) del principio di diritto espresso anche per i riflessi che oggi rilevano nell'ottica dell'art. 618, co.1 bis, c.p.p.; ma di qui, conseguenzialmente, l'erroneità delle decisioni – come quella scrutinata da *Pesce* – che, dalla commistione sistematico/concettuale tra *requisiti di fattispecie* e *fatti probatori*<sup>34</sup>, fanno discendere da taluna delle occorrenze esemplificativo/designanti indicate da quella pronuncia delle SS.UU. l'automatica integrazione del delitto.

Quanto, poi, al secondo aspetto, *Pesce* differenzia la rilevanza probatoria dell'*affiliazione rituale* e della cd. *acquisizione della dote*, costitutiva della qualifica di ‘uomo d'onore’ (ben vero, secondo le regole interne alla *'Ndrangheta*); osservando che mentre la prima attesta la semplice conclusione di un accordo di ingresso tra il sodalizio e il singolo, dunque un fatto che corrisponde ad una descrizione incompleta del *tipo*, la seconda esprime una ben diversa conformazione della relazione di tipo associativo, poiché presuppone nel soggetto beneficiario una pregresso attività in favore del gruppo che l'abbia positivamente valutata.

Ma è soprattutto sul piano ricostruttivo della tipicità che va apprezzato il carattere virtuoso dell'argomentazione di *Pesce*.

---

<sup>32</sup> C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, 156.

<sup>33</sup> Il riferimento è a Cass. pen., sez. I, 17/06/2006, *Pesce*, cit., mentre il giudizio riportato è di I. MERENDA-C. VISCONTI, *op. cit.*, 65, nt. 74.

<sup>34</sup> Parla di “tipicità aperta” all'integrazione probatoria, A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G.A. De Francesco – E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, 89 ss., spec. 95 ss.

L'adesione a *Mannino* non si risolve nella forma del rinvio trattativo – come è avvenuto in questi molti anni nei quali si è proiettata l'onda lunga della sua *ratio decidendi*; al contrario, in *Pesce* il S.C. si impegna in una riflessione ragionata sul modello *dinamico/funzionale* di partecipazione associativa che sfocia, da un canto, in una più chiara sagomatura degli elementi di fattispecie, dall'altro, in una sua rilegittimazione, vuoi sul piano intra-sistematico, vuoi su quello dell'interpretazione costituzionale e sovranazionale.

In rapporto alla struttura dell'incriminazione, la sentenza opera un'assai proficua messa in comunicazione del modello *organizzatorio/strutturale* (o *puro*) con la sua evoluzione funzionalistica, innestando la caratterizzazione dinamica di questa sul tronco concettuale del primo. Accade, così, che *Pesce* metta in luce quel che è solo sottinteso nella trama discorsiva di *Mannino*, vale a dire il c.d. *accordo di ingresso*: in pratica, il requisito su cui *Graci* costruisce l'innovativa visione *bilaterale* del delitto e il superamento della sua connotazione causale, ma intorno alla cui ritenuta *insufficienza* si fa strada l'orientamento *dinamico/funzionale*<sup>35</sup>.

Degno di particolare apprezzamento è il rafforzamento giustificativo di quest'ultimo che, come poc'anzi accennato, segue una triplice direttrice: esegetico/sistematica, costituzionale e sovranazionale.

Rispetto alla prima, *Pesce* osserva come un concetto statico di *inserimento associativo* finirebbe per coincidere con condotte di mero reclutamento che il legislatore ha incriminato in via espressa nella materia del terrorismo, attraverso l'interpolazione dell'art. 270 *quater* c.p., avvenuta con il d.l. n. 7 del 18.2.2015. Di qui, la conferma che “tale segmento del fatto (ingresso nel gruppo, n.d.r.), ove non accompagnato dalla prova di un *minimum* di attivazione, non possa ritenersi di per sé ricompreso nella nozione tipica di partecipazione”.

Nell'ottica costituzionale e sovranazionale, la legittimazione del paradigma *manniniano* avviene all'insegna sia delle direttive della materialità ed offensività del fatto, sia del principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 49, comma 3, C.D.F.U.E.<sup>36</sup>.

A ciò, *Pesce* aggiunge il riferimento alla “nozione di partecipazione punibile in ambito UE dalla Decisione quadro n. 2008/841/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata e adottata all'art. 2 di tale strumento”, che incriminando “il comportamento di una persona che (...) partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, ivi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri, nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla

---

<sup>35</sup> “Non occorrono atti formali o prove particolari dell'ingresso nell'associazione, che può avvenire nei modi più diversi, ed anche solo mediante un'adesione di qualunque genere, ricevuta dal capo – precisano i supremi giudici in *Graci* – ma occorre che un ingresso ci sia stato, che cioè una persona sia divenuta “parte” dell'associazione” (corsivo nostro).

<sup>36</sup> Sulle diverse declinazioni del principio di proporzionalità, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 29 ss., nonché, da ultimo, per una serrata indagine in chiave costituzionale e comparata, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021.

realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione” finisce per “orientare l’interpretazione del dato normativo interno”<sup>37</sup>.

#### 4. L’auspicio di una soluzione nomofilattica nella scia di *Pesce*.

A nostro sommo avviso, la soluzione al problema di diritto rimesso alle Sezioni unite dovrebbe prendere le mosse proprio dalla necessità, ampiamente illustrata nei suoi fondamenti giuridici da *Pesce*, di consolidare un concetto di partecipazione associativa che incorpori nella sua struttura sia l’*accordo di ingresso* – con adesione alle regole associative, impegno ad attuarle e riconoscimento della qualità di sodale da parte della *societas* –, sia atti che esprimono la condizione di intraneità, in tal modo arrestando perniciosi fenomeni di sovrapposizione tra *tipo legale* e proiezione probatoria.

Riteniamo che proprio la confusione tra questi due livelli del ragionamento in materia abbia dato luogo al contrasto giurisprudenziale rilevato dall’ordinanza di remissione.

In favore di un modello integrato (o misto) della partecipazione associativa stanno, fondamentalmente, esigenze selettive di ricompattamento offensivizzante della tipicità – di cui è canone-mezzo la proporzione intesa quale presidio sia della coerenza intrasistemica, sia della ragionevolezza del rapporto tra disvalore criminoso e cornici edittali<sup>38</sup> – funzionali al giudizio normativo di colpevolezza e agli scopi della sanzione penale cui il primo è preordinato<sup>39</sup>.

In buona sostanza, a entrare in gioco, nell’ottica di promuovere un effetto di *riduzione teleologica della fattispecie*, è il congegno ermeneutico dell’*interpretazione tipizzante*<sup>40</sup>, rispetto ai quali rappresentano strumenti la tassatività, l’offensività e la proporzione.

Non per caso la portata *antianalogica* e *selettiva* di tali coordinate ha prodotto una ricostruzione, in chiave materiale e de-eticizzante, finanche del concetto di *appartenenza ad associazione mafiosa* intorno cui è imperniato il risvolto di pericolosità qualificata – ai fini della prevenzione *praeter delictum* – del delitto di partecipazione di tipo mafioso, nei cui confronti finisce per porre un indiretto, ma indiscutibile, vincolo di irrobustimento offensivo.

Nell’affermare, infatti, che quella nozione “non denota una contiguità di tipo ideologico ma evoca un *legame concreto e operativo* (sia sotto l’aspetto materiale che sul versante psicologico) *tra il soggetto e l’ente criminale*, con tutto ciò che ne deriva in termini

---

<sup>37</sup> L’impiego in funzione ermeneutica delle decisioni quadro del Consiglio dell’UE si ritrova, di recente, nella sentenza delle Sezioni unite n. 12348/20 in tema di coltivazione di stupefacenti, in *Giur. it.*, 2020, 2242 ss., con nota di D. NOTARO.

<sup>38</sup> T. EPIDENDIO, *Offensività e proporzione della pena*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015, 101 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 134; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, I, Roma-Bari, 1996, 93.

<sup>39</sup> Sul tema per tutti, G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 836 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, *ivi*, 798 ss.

<sup>40</sup> Sulle sfaccettature problematiche del paradigma, cfr. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 2018, 222 ss.

di individuazione necessaria – sia pure per indizi – di un fattivo contributo reso dal primo a vantaggio del secondo<sup>41</sup>, si introduce una premessa, teleologico-sistematica, di ridefinizione ermeneutica della partecipazione mafiosa orientata in chiave di intraneità attiva.

Sarebbe inaccettabile, per l'indubbio *vulnus* al principio di proporzionalità quale garanzia degli equilibri assiologici dei micro-sistemi normativi (meglio, di specifici *campi di disciplina*), se il perfezionamento di una figura criminosa assistita da compassi edittali di assai elevato rigore sanzionatorio richiedesse una quantità e qualità di elementi di fatto inferiore a quelli della limitrofa fattispecie di pericolosità.

Sotto altro profilo, siamo convinti che alla definitiva affermazione del modello integrato di partecipazione mafiosa resti legata anche l'auspicabile prospettiva di recupero di una corretta relazione tra fattispecie criminosa e paradigmi probatori.

L'esperienza testimonia che questo rapporto registra alterazioni della sua fisiologica dinamica quando si fa applicazione di una ricostruzione in senso formale del reato associativo.

In questi casi, accade invero che un requisito inessenziale per il *modello organizzatorio puro* (o *strutturale*) ma costitutivo per quello *misto* – il compimento di atti rivelatori l'inserimento associativo – possa diventare necessario sul piano della prova, producendo la sostanziale equiparazione di due differenti ricostruzioni di tipicità in rapporto alla garanzia dell'imputazione personale di responsabilità.

Quanto appena esposto avviene riguardo alle associazioni che non osservano pratiche rituali di ingresso: qui, l'adesione all'*organizzatorio puro* comporta un sovradimensionamento della regiudicanda processuale con indubbi effetti di arricchimento della provvista probatoria. Non essendo, infatti, documentabile (il fatto storico del)l'ingresso formale nel sodalizio, occorrerà inferire l'inserimento associativo da atti di *militanza* nel *clan*, vale a dire "il dato dell'avvenuto ingresso nella struttura associativa e, quindi, l'acquisizione delle prerogative connesse allo *status* di partecipe"<sup>42</sup>.

La prova non è più polarizzata sulla qualifica formale di componente della consorterìa, bensì sull'avvenuto "incardinamento del soggetto nella rete di relazioni personali di natura associativa e nella connessa struttura organizzativa", con la conseguenza che le fonti di prova "dovranno narrare *fatti, contributi, coinvolgimenti* del singolo in vicende dell'associazione, senza dei quali non potrà essere consentito al discorso giudiziale di ricostruire la sua appartenenza al sodalizio"<sup>43</sup>.

Il riferimento alle vicende di *processualizzazione* indotte dall'*organizzatorio puro* ne addita profilo niente affatto marginale di incongruenza, quello della frantumazione del *tipo* in rapporto a profili (estrinseci sul piano della tipicità) legati alle modalità di ingresso associativo, cui si correla un'evidente lesione del principio di uguaglianza foriera di ricadute disfunzionali riguardo i compiti di tutela ordinante e di prevenzione integratrice del sistema<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cass. pen., sez. I, 10-23 ottobre 2017, n. 48441.

<sup>42</sup> V. MAIELLO, *op. cit.*, 183.

<sup>43</sup> V. MAIELLO, *ibidem*.

<sup>44</sup> Sui rapporti tra principio di uguaglianza e funzioni positivo/integrative di prevenzione, sia consentito il

È il caso, peraltro, di segnalare come una vicenda di disgregazione del *tipo* – in rapporto ad un profilo limitrofo – sia stata con fermezza stigmatizzata nella decisione relativa a *Mafia capitale*, ove la Suprema Corte ha censurato le interpretazioni giurisprudenziali che legavano l’indefettibilità del metodo mafioso alla diversa natura – storica o di nuova formazione – dei sodalizi criminali di riferimento<sup>45</sup>.

## 5. L’ipotizzabilità del tentativo nell’affiliazione rituale non seguita da agire associativo.

L’asestamento dei rapporti tra tipicità e prova che produce il *modello organizzatorio misto* – ove, si ribadisce, gli atti espressivi della condizione di *intranaità* appartengono alla materia del divieto penale e presuppongono un *accordo di ingresso* – porta l’interprete ad interrogarsi sulle condizioni di configurabilità del tentativo in rapporto alla *nuda* affiliazione rituale.

La questione non risiede nell’*an* circa l’astratta ipotizzabilità della forma tentata di manifestazione del reato qui considerato – beninteso, nell’ambito dei soli sodalizi ad accesso liturgico e rigidamente formale oltre che naturalmente nel solo contesto di associazioni in attività.

Occorre, infatti, avere consapevolezza che la procedura di reclutamento formale integra una parte della fattispecie tipica, rappresentandone la (prima) porzione che precede il *facere* propriamente associativo. Essa è di per sé azione *esecutiva* del reato, poiché corrisponde ad una delle fasi in cui si snoda l’*iter criminis*. Si tratta, peraltro, di una fase complessa, composta da una pluralità di momenti che trascendono la sfera soltanto naturalistica dell’incrocio di volontà bilaterali convergenti, spingendosi nei territori dell’offesa. Qui, invero, l’*ingresso con rito di iniziazione* – in assenza dei fattori cui ricollegarne l’inidoneità a proiettarsi nella dimensione fisiologica di una militanza attiva – è destinato a produrre effetti, incidendo positivamente sul *plafond* delle disponibilità personali impegnate nella realizzazione del programma associativo. Dunque, l’*ingresso rituale* non appartiene all’antefatto, al quadro puramente ideativo/intellettuale del reato e neppure alla sua preparazione, entrambi com’è noto irrilevanti alla stregua del principio sancito dall’art. 115 c.p. della (ordinaria) non punibilità dell’accordo e dell’istigazione non seguiti dal reato<sup>46</sup>, ma si colloca nella sotto-fattispecie del tentativo con condotta incompleta (art. 56, co.1, seconda parte)<sup>47</sup>.

---

rinvio a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007.

<sup>45</sup> Si veda Cass., Sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125, in questa *Rivista*, 18 giugno 2020, con nota di G. AMARELLI – C. VISCONTI, [Da ‘mafia capitale’ a ‘capitale corrotta’. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime.](#)

<sup>46</sup> In argomento, magistralmente, B. PETROCELLI, *il delitto tentato*. *Studi*, Padova, 1955, 81 ss.; C. FIORE, *op. cit.*, II, 49 ss.

<sup>47</sup> Sulla configurabilità del tentativo in caso di adesione al sodalizio seguita dall’ingresso e dalla relativa accettazione da parte dei sodali, cfr. G. SPAGNOLO, *op. cit.*, 132 ss.; più di recente, M. CAPUTO, *sub art. 416 bis c.p.*, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1308 ss.

Piuttosto, l'aspetto problematico investe la selezione dei possibili contesti empirici nei quali l'accesso rituale alla consorteria acquisisce connotazioni di inidoneità offensiva che ne precludono la soggezione alla clausola di incriminazione suppletiva.

Ora, se, di norma, deve ritenersi che assuma rilievo di tentativo punibile l'ingresso formale negli aggregati mafiosi *storici*, connotati da capacità organizzative collaudate dall'esperienza di molti anni e, dunque, dalla tendenziale, oggettiva idoneità delle scelte che attengono alla programmazione e gestione degli obiettivi dell'ente, potrebbero, nondimeno, ricorrere casi nei quali un giudizio che recuperi la *base totale* (sia pure *temperata*) della *prognosi postuma*, nel quale la struttura oggettiva della valutazione affidata all'osservatore avveduto si combina con istanze di prevenzione generale<sup>48</sup>, possa spingere verso una prognosi di inidoneità offensiva, come quando il rito venga officiato per rendere onore ad un familiare dell'affiliato, nonostante la verginità criminale di quest'ultimo e la sua conclamata incapacità ad interpretare il ruolo di uomo d'onore.

---

<sup>48</sup> Di recente, S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2019, 994 ss. Per uno sguardo storico proiettato in stagioni che precedono l'età moderna, R. ISOTTON, *Crimen in itinere*, Napoli, 2006, *passim*.