

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Ufficio per gli incontri di studio

Incontro di studio sul tema:

“Nuove mafie: le organizzazioni criminali straniere operanti in Italia”

Roma, 12 - 14 gennaio 2009

Ergife Palace Hotel

“Compatibilità tra la struttura del reato di cui all’art. 416 bis c.p. ed i moduli organizzativi della criminalità straniera”

Relatore

Prof. Giovanni GRASSO

Ordinario di diritto penale nell’Università di Catania

Compatibilità tra la struttura del reato di cui all'art. 416 bis c.p. ed i moduli organizzativi della criminalità straniera. Le associazioni per tipo di reato.

Sommario: -1. Considerazioni introduttive; associazioni criminali straniere e criminalità transnazionale. -2. Il ricorso al “metodo mafioso”. Profili generali. -3. L'ultimo comma dell'art. 416 bis: estensione illegittima della fattispecie o superfetazione legislativa? -4. L'applicazione dell'art. 416 bis c.p. alle organizzazioni criminali straniere. Profili problematici. -5. L'associazione per tipi di reato; l'associazione volta alla realizzazione del reato di cui agli art. 600, 601 e 602 c.p.. Prospettive *de lege ferenda*.

1. Negli ultimi anni si assiste ad un rinnovato interesse anche di carattere normativo per il tema dei fenomeni criminali di derivazione straniera.

Si tratta di un interesse verso il quale convergono diversi fattori.

Per un verso i flussi migratori verso il nostro paese hanno fatto emergere stabili organizzazioni criminali di origine straniera. Nel *Rapporto sulla criminalità in Italia 2006*, a cura del Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, si legge che queste organizzazioni criminali costituite da cittadini stranieri – definite <<nuove mafie>> - <<si caratterizzano per l'interazione sempre più qualificata con le associazioni malavitose nazionali, per l'allarme sociale suscitato nella collettività, per la particolare violenza e aggressività nella commissione dei reati, nonché per l'innalzamento delle proprie potenzialità operative, con riflessi transnazionali>>.

Per altro verso, sono emerse nuove forme di criminalità che presentano un carattere di transnazionalità e alle quali sono variamente interessati gruppi criminali stranieri.

Nella relazione della Direzione Investigativa Antimafia per il primo semestre del 2008 si legge che <<nel vasto spettro di gravi delitti, che spazia dal traffico e dallo sfruttamento di esseri umani, al mercato degli stupefacenti e delle armi, per giungere al contrabbando di prodotti contraffatti, di tabacchi lavorati ed al riciclaggio, si sta consolidando un complesso sistema di gestione dell'illecito di tipo reticolare, che sfugge ai limiti di giurisdizione territoriale, a cui sono ancorati singoli sistemi statuali>>.

Con riguardo al controllo di flussi migratori e alla tratta degli esseri umani in particolare sono emersi diversi fenomeni criminali quali il c.d. <<smuggling of migrants>> (ossia il favoreggiamento di fenomeni di immigrazione clandestina) e il vero e proprio <<trafficking of human beings>> (ossia la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento), in relazione ai quali si è manifestato quello che è stato definito un <<sistema criminale integrato>>. (1)

1.1. Tali esigenze e sollecitazioni politico criminali hanno suscitato a vario titolo l'intervento del legislatore..

Si deve segnalare che con l'art. 1 del d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (convertito in legge con modifiche con la legge 25 luglio 2008 n. 125) sono state modificati sia la rubrica che l'ultimo comma dell'art. 416 bis c.p. inserendo il riferimento – ritenuto dai commentatori come assolutamente pleonastico - alle associazioni <<anche straniere>>.

Anche la legge 4 agosto 2008 n. 132 che istituisce <<una Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali anche straniere>> estende i poteri d'indagine della Commissione con riguardo alle <<mafie straniere o di natura transnazionale ai sensi dell'articolo 3 della legge 16 marzo 2006 n. 146 e a tutti i raggruppamenti che abbiano le caratteristiche di cui all'art. 416 bis del codice penale ...>>.

Con riguardo alla repressione dei fenomeni associativi di carattere transnazionale è da segnalare ^{ancora} ~~che~~ che la legge che ha disciplinato *ex novo* i reati di cui agli artt. 600 e seg. c.p. (legge 11 agosto 2003, n. 228) introduce una nuova fattispecie associativa (considerata per altro da alcuni, come si dirà, una ipotesi aggravata di associazione per delinquere) avente ad oggetto la realizzazione dei reati di cui agli artt. 600 – 602 c.p., prendendo atto della peculiare dimensione organizzativa ed imprenditoriale richiesta della realizzazione delle fattispecie relative alle c.d. <<nuove schiavitù>>.

1.2. Il tema assegnatomi relativo alla applicabilità della fattispecie di associazione mafiosa ai nuovi fenomeni criminali di origine straniera richiede anzitutto una rivisitazione dei requisiti ai quali l'art. 416 bis c.p. condiziona l'applicazione della fattispecie in esame (§2); ed un esame della previsione dell'ultimo comma dell'art. 416 bis per valutarne l'esatta portata (cfr. il §3).

Si passerà poi a trarre le conclusioni, anche alla luce del materiale giurisprudenziale esistente, in ordine all'applicabilità dell'art. 416 bis c.p. (cfr. § 4).

1.3. Si impone a questo proposito una considerazione preliminare.

Il legislatore del 1982 nel definire l'associazione di tipo mafioso, procede ad una operazione dotata di un certo margine di ambiguità e forse di contraddittorietà.

Per un verso definisce l'associazione sulla base delle caratteristiche tipologiche con le quali la giurisprudenza in materia di misure di prevenzione aveva ricostruito la <<classica>> associazione mafiosa; vengono in considerazione in particolare i requisiti della forza di intimidazione, dell'assoggettamento e dell'omertà. Per altro verso svincola completamente la definizione in esame da qualunque collegamento con un'area geografica di riferimento, come è dimostrato dalla previsione dell'ultimo comma dell'art. 416 bis c.p. (anche nel suo testo originario).

Da qui la forte tentazione di dilatare e di scolorire in sede di interpretazione i caratteri descrittivi della fattispecie per adattarli a nuovi fenomeni criminosi anche stranieri.

In realtà l'art. 416 bis può applicarsi alle <<nuove mafie>> *se ed in quanto* esse presentino quei requisiti strutturali che sono richiesti nell'art. 416 co. 3 e che sono richiamati nell'ultimo comma dell'art. 416 bis c.p.

Una tale conclusione implicherà, comunque, che la fattispecie di associazione di tipo mafioso verrà applicata anche a fenomeni criminali che sono ormai lontani dal paradigma socio – criminologico della mafia tradizionale che, sotto questo profilo, può essere definita come <<*una struttura criminale e delinquenziale dotata di una particolare caratura "politica", della capacità, cioè di radicarsi in un territorio, di disporre di ingenti risorse economiche, di esercitare forme di controllo su segmenti crescenti della società locale – nazionale, imponendosi con l'utilizzazione di un apparato militare, ma anche con un certo grado di consenso sociale*>>. (2) E' stato acutamente osservato di recente che <<la forza della mafia è *all'esterno* della mafia. Sono le *relazioni esterne* dei mafiosi che costituiscono in definitiva la loro forza, la loro capacità di adattamento, di radicamento e di diffusione. La risorsa più importante di cui essi dispongono è di tipo relazionale: è ciò che abbiamo chiamato il loro capitale sociale. Senza questo capitale, la mafia non sarebbe distinguibile da altre forme di criminalità organizzata>>. (3)

Ora quando si applica la fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. ai nuovi fenomeni criminali, in particolare a quelli di origine straniera, ci si allontana completamente da quello che è il paradigma tradizionale della mafia, cui aveva pensato il legislatore nel 1982.

Se la tradizionale formula organizzativa della mafia comprende due dimensioni che si combinano tra loro in maniera variabile nel tempo e nello spazio: <<quella di *organizzazione di controllo del territorio*, da cui deriva il suo potere e agire politico, e quella di *organizzazione dei traffici illeciti*, che la caratterizza come *impresa* che opera a cavallo dei mercati illegali e di quelli

legali>> (4), è questa seconda dimensione che viene allora in considerazione con riguardo a tali fenomeni criminosi.

2. Il legislatore tipicizza l'associazione di tipo mafioso (differenziandola dalla figura di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.) attraverso la tipologia dei mezzi usati (il ricorso al <<metodo mafioso>>) e attraverso l'individuazione delle *finalità perseguite* (individuate in via alternativa, e non cumulativa, nel 3° co. dell'art. 416 bis).

Prescindendo dal considerare questo specifico profilo (che in questa sede ai fini del tema assegnato non sembra di particolare rilievo) è da rilevare che il ricorso al metodo mafioso viene puntualizzato nella fattispecie attraverso il riferimento alla forza di intimidazione del vincolo associativo e alle condizioni di assoggettamento e di omertà di cui gli associati <<si avvalgono>>.

2.1. Ora con il riferimento alla forza di intimidazione del vincolo associativo deve intendersi che <<l'associazione abbia conseguito in concreto, nell'ambiente circostante nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione, sino ad estendere intorno a sé un alone permanente di intimidazione diffusa, tale che si mantenga vivo anche a prescindere da singoli atti di intimidazione concreti posti in essere da questo o quell'associato>> (Cass., Sez. I, 2 dicembre 2003, n. 1604; Cass., 10 febbraio 2000, n. 1612, Ferone). ⁽⁵⁾ ~~La dottrina si è fatta riferimento, con espressione assai felice, ad un <<alone permanente di intimidazione diffusa>> (5)~~

La carica intimidatrice deve derivare dal sodalizio stesso e non dalla forza di qualcuno dei suoi membri (Cass., 31 gennaio 1996, n. 7627, Alleruzzo).

Per quanto riguarda le condizioni di assoggettamento e di omertà è da rilevare che tali requisiti debbono ricollegarsi alla forza di intimidazione del vincolo associativo in un rapporto di causa ed effetto. Correlativamente, ove tali effetti dipendano da fattori diversi dalla forza di intimidazione, sarà semmai configurabile l'associazione per delinquere, ma non l'associazione di tipo mafioso (Cass., 10 febbraio 2000, n. 1612, Ferone).

Non condivisibile appare invece la prospettiva, sostenuta in dottrina, che tende a configurare tali elementi come meri attributi dell'ente associativo, con funzione chiarificatrice della <<forza di intimidazione>>, comunque <<insiti>> in questo concetto, e non già come risultato della stessa. Contro una tesi siffatta si pone il non equivoco tenore letterale della norma. E' da riconoscere quindi il fondamentale ruolo tipizzante dei suddetti requisiti: in assenza di un

tale legame di causa ed effetto, ci si troverebbe di fronte a dati subculturali di per sé estranei al quadro normativo. (6)

L'*assoggettamento* viene individuato non in una mera coazione morale ricollegabile a specifici atti di sopraffazione, bensì in una vera e propria succubanza psicologica e sottomissione, non momentanea od occasionale, riguardante un numero apprezzabile di persone e nella quale si riflettono quegli elementi di diffusività e durata caratterizzanti la forza di intimidazione. (7).

L'*omertà* può essere definita come il rifiuto generalizzato di collaborazione con la giustizia. L'esistenza del requisito richiede una sufficiente diffusione del fenomeno, che, per un verso, non deve essere meramente occasionale ma, per altro verso, non è necessario investa tutti gli abitanti di un certo territorio; l'esistenza di una diffusa omertà risulta compatibile anche con la denuncia degli atti estorsivi da parte di alcune vittime o con eventuali costituzioni di parte civile (8).

E' comunque da rilevare che la scelta del legislatore di procedere a una così analitica definizione vincola l'interprete ad una precisa realtà descrittiva, ove l'insieme dei concetti di intimidazione, assoggettamento e omertà rinvia ad un atteggiamento di timore diffuso in seno alla collettività interessata nei confronti della specifica associazione mafiosa. (9)

Due considerazioni a questo proposito. E' necessario un collegamento genetico – funzionale tra vincolo associativo, forza intimidatrice e condizione di assoggettamento ed omertà, che deve esistere nella realtà effettuale ed esclude che sul piano probatorio, l'accertamento di tali requisiti possa essere sostituito da una sorta di <<presunzione di mafiosità>> del contesto territoriale di riferimento. E' il caso di quella sentenza del Tribunale di Caltanissetta, ove si è ritenuto applicabile l'art. 416 bis c.p. ad un gruppo di minoranza che aveva acquisito una posizione dominante all'interno di un consiglio d'amministrazione di una banca, e ciò sulla base dell'accertato stato di soggezione degli altri componenti dell'organo collegiale; sicchè, in assenza di concreti atti intimidatori da parte degli imputati ed esclusa una possibile connivenza della maggioranza per fini utilitaristici, il Tribunale ha ritenuto che l'acquiescenza di fronte a talune iniziative illecite della minoranza non fosse altrimenti spiegabile se non con l'intimidazione emanante dall'associazione. (10) Rileva acutamente Ingroia, che può seriamente dubitarsi che un siffatto *iter* argomentativo sarebbe stato intrapreso se la vicenda si fosse verificata in regioni tradizionalmente non interessate dal fenomeno mafioso (11).

Per altro verso risulta non facile estendere il paradigma normativo dell'associazione mafiosa a nuovi fenomeni criminali rispetto ai quali risulta arduo l'adattamento delle coordinate tipologiche utilizzate dal legislatore e, in particolare, non risulta facilmente configurabile

nell'ambito esterno una capacità di intimidazione legata al vincolo associativo in sé e non a specifici atti di intimidazione.

Esemplare a questo riguardo la vicenda Teardo oggetto di alcune interessanti e pregevoli sentenze.

La vicenda riguardava alcuni pubblici amministratori, collocati in posizione strategica in diversi enti pubblici, che, attraverso una apposita struttura organizzativa realizzavano un'opera d'intimidazione nei confronti di imprenditori che partecipavano a gare di appalto.

Come si legge nella sentenza emessa in sede di rinvio dalla Corte d'Appello di Genova, che ha alla fine concluso il complesso iter giudiziario, *<<gli imprenditori venivano costretti a pagare le tangenti sugli appalti pubblici principalmente con la minaccia di esclusione dalle successive gare d'appalto. Si trattava di imprese di modeste o medie dimensioni, per le quali la partecipazione agli appalti si poneva spesso in termini di sopravvivenza economica e l'unica alternativa al non pagare la tangente consisteva nell'accettazione di un danno economico molto grave.>>* (12)

In proposito la sentenza della Corte regolatrice che aveva annullato con rinvio la prima sentenza della Corte d'Appello di Genova afferma *<<che le vittime delle pretese concussive debbono seriamente temere che la scelta di ribellarsi alla imposizione o di denunciare i fatti all'autorità giudiziaria possa mettere a rischio la pratica possibilità di continuare a lavorare ed apra la prospettiva allarmante di dover chiudere le proprie imprese perché altri soggetti, partecipanti all'associazione o da essi influenzati, hanno la concreta possibilità di escludere dagli appalti chi ha osato ribellarsi alle illegittime pretese>>*. (13)

La questione esaminata dal giudice del rinvio era allora di stabilire se l'effetto intimidatorio fosse da ricondurre al vincolo associativo (come richiede l'art. 416 bis c.p.) ovvero fosse solo un aspetto del *<<metus publicae potestatis>>*.

La conclusione che dà la Corte d'Appello di Genova è chiara: *<<l'intimidazione subita dalle vittime di concussioni ed estorsioni non è da riferire all'esistenza di un'organizzazione temibile per se stessa, per la sua "fama criminale", per la sua "consolidata consuetudine di violenza", per la sua notoria propensione a commettere atti violenti; essa è piuttosto da riferire al serio e fondato timore di un uso concretamente pregiudizievole del potere discrezionale di cui gli imputati effettivamente disponevano; è da riferire, in altri termini, a nulla di più di quello stesso "metus publicae potestatis" che di volta in volta li induceva a subire l'imposizione della tangente>>*.

Opportunamente la Corte genovese aggiunge che *<<tutto ciò non significa che un gruppo di pubblici ufficiali associati per commettere concussioni non possa suscitare un clima*

d'intimidazione nell'ambiente in cui opera; significa invece che tale intimidazione in tanto assume caratteristiche mafiose in quanto ecceda, specialmente per il tipo di male minacciato, il puro e semplice timore dell'abuso di pubblico potere e trovi la sua fonte diretta nell'esistenza di un'entità associativa per se stessa temibile.>>

Non solo, secondo la Corte d'Appello si potrebbe dubitare sia dell'esistenza di un assoggettamento diffuso (dato che esso riguardava sì e no una quindicina di persone) sia della presenza di una situazione di omertà giacchè l'atteggiamento di scarsa collaborazione degli imprenditori vittime con l'Autorità giudiziaria potrebbe essere il frutto di un interesse difensivo di carattere processuale e non collegarsi alla forza intimidatrice del vincolo.

In dottrina in relazione a questa e analoghe vicende si è rilevato accuratamente che <<occorre essere bene attenti a non confondere la "forza di intimidazione del vincolo associativo" con la semplice tracotanza o, come è stato più efficacemente detto, con la c.d. "arroganza del potere" e la condizione di assoggettamento ed omertà con la mera accettazione delle "regole del gioco", secondo cui per farsi strada, specie in certi settori di attività economiche, particolarmente collegate alla esigenza di coltivare una costante serie di rapporti con la pubblica amministrazione, è necessario aderire ad un "sistema di relazioni" fondato sulla corruzione e sul conseguente obbligo del silenzio. L'arroganza non è intimidazione, ed il silenzio non è omertà>>. (13 bis)

2.2 I tre requisiti (da considerarsi in stretto collegamento) richiamano alcuni degli aspetti che caratterizzano le associazioni mafiose dal punto di vista socio - criminologico. Mi riferisco al *controllo del territorio*, cui si collega la capacità dell'associazione mafiosa di instaurare quelle <<relazioni esterne>> nelle quali si esprime quella caratteristica delle mafie di autentico <<contropotere criminale>>.

Al riguardo è stato correttamente rilevato, tanto in dottrina che in giurisprudenza, che il paradigma normativo non richiede che la condizione di assoggettamento ed omertà investano ~~territori~~ *territori più o meno estesi* potendo invece riferirsi riflessi a limitati settori ed attività o a limitati aggregati sociali. (14)

E' stato rilevato dalla Corte di Cassazione proprio in due sentenze riguardanti l'applicazione dell'art. 416 bis a aggregati criminali di origine straniera, che il c.d. controllo del territorio può riferirsi <<non già al controllo di un'area geografica in quanto tale, ma al controllo della comunità o della aggregazione sociale individuabile mediante il suo insediamento sul territorio>> (15); è sufficiente quindi che il controllo (espresso nei requisiti dell'assoggettamento

e dell'omertà) si eserciti anche solo nei confronti di una particolare comunità etnica, insediata su un ben delimitato territorio (16).

E' da richiedere comunque che esista un atteggiamento di timore diffuso nella collettività sociale di riferimento.

2.3 Più controverso è il richiamo allo *sfruttamento da parte degli associati del metodo mafioso*, indicato dalla fattispecie incriminatrice con l'espressione secondo la quale gli associati <<si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo>>.

Una prima considerazione frequentemente formulata è che <<il ricorso specifico da parte di ciascun membro del gruppo, all'intimidazione, all'assoggettamento e all'omertà non costituisce una modalità di realizzazione della condotta tipica – la quale si esaurisce nel fatto in sé di associarsi, ovvero di promuovere, dirigere, organizzare un'associazione di questo tipo, apportando un certo contributo all'esistenza dell'ente – ma costituisce l'elemento strumentale tipico di cui gli associati si avvalgono in vista della realizzazione degli scopi propri dell'associazione>> (Cass., Sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604). Si tratta di una affermazione certamente corretta nel senso che la condotta di partecipazione dei singoli associati non è costituita da un'attività specifica di sfruttamento della carica di intimidazione dell'associazione; è vero però che, come si dirà *infra* più ampiamente, è necessario che l'associazione (e cioè uno o più degli associati) abbia effettivamente fatto ricorso al metodo mafioso, mentre non è sufficiente che la carica di intimidazione faccia parte del capitale potenziale dell'associazione senza essere in concreto utilizzata.

Ora, con riguardo a questo specifico profilo (sfruttamento del metodo mafioso) sono possibili (e sono state formulate) diverse letture.

Secondo una prima impostazione sembra sufficiente che gli associati si sono proposti di raggiungere i loro obiettivi attraverso il ricorso alla forza di intimidazione, mentre non sarebbe necessario che sia stato in concreto conseguito l'effetto di intimidazione.

Sotto questo profilo l'associazione di tipo mafioso non si distinguerebbe dagli ordinari fenomeni associativi perché l'utilizzo strumentale del metodo mafioso farebbe parte del programma associativo, mentre non dovrebbe esistere nella realtà effettuale (come del resto avviene di regola per tutte le finalità perseguite nell'ambito dei reati associativi).

Si tratta di una impostazione sostanzialmente ripresa da una delle prime sentenze che hanno applicato l'associazione di tipo mafioso al di fuori dei contesti geografici tradizionali; secondo la sentenza 12 giugno 1984, Chamonal <<nell'ampia previsione di cui all'art. 416 bis c.p. debbono comprendersi, come è stato rilevato dal p.g., quelle organizzazioni nuove, disancorate

dalla mafia (tradizionale), che *tentino di introdurre* metodi di intimidazione, di omertà e di sudditanza psicologica per via dell'uso sistematico della violenza fisica e morale, in settori della vita socio – economica, ove ancora non sia dato di registrare l'infiltrazione di associazioni mafiose tipiche>>. (Cass., Sez. VI, 12 giugno 1984, Chamonal).

Si tratta di una conclusione che non può essere condivisa per ragioni di carattere testuale (l'uso nell'art. 416 bis di una terminologia che lo differenzia dalle tradizionali ipotesi associative) e sistematico (le rilevanti differenze sul piano sanzionatorio).

Come è stato correttamente rilevato <<la norma incriminatrice, nel contrassegnare come “mafiosa” l'associazione quando i partecipi “si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva”, pur chiaramente non esigendo il concreto ricorso a condotte violente o minatorie, richiede, tuttavia, lo sfruttamento, da parte dei singoli associati, di potenzialità intimidatrici delle quali è supposta la preesistenza e la previa capitalizzazione nel patrimonio del sodalizio, sicchè devono, ad esempio, ritenersi necessarie ed, al contempo, sufficienti la spendita del nome di una data associazione, o la rappresentazione, anche implicita, della appartenenza ad essa, per integrare l'estremo descritto dalla legge>>. (17)

In questo senso sembra del resto essere orientata la giurisprudenza largamente prevalente.

Per converso non può essere accolto neppure l'orientamento in qualche modo contrapposto che richiede l'attuale compimento da parte degli associati di atti di intimidazione e di sopraffazione, o, come è stato affermato, <<la pratica attuale e seriale dell'intimidazione>> (18).

Un tale requisito a ben vedere non è né necessario, ma neppure sufficiente.

E' stato rilevato in una pregevole sentenza della Corte regolatrice che il metodo mafioso può esplicarsi nei modi più disparati <<sia limitandosi a sfruttare la carica intimidatoria già conseguita dal sodalizio sia ponendo in essere nuovi atti di violenza o minaccia. Nel primo caso è evidente che il sodalizio è già pervenuto al superamento della soglia minima che consente di utilizzare la forza intimidatrice soltanto sulla base del vincolo e del suo manifestarsi in quanto tale, all'esterno; nel secondo caso, è stato perspicuamente posto in luce dall'interpretazione giurisprudenziale come gli atti di violenza o di minaccia ... non realizzano l'effetto di per sé soli, ma in quanto costituiscano espressione rafforzativa della precedente capacità intimidatrice già conseguita dal sodalizio>>. (Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2000, n. 1612, Ferone).

Nella stessa prospettiva si nota correttamente in dottrina che <<essenziale, nel caso in cui vengono posti in essere concreti atti di violenza e di minaccia, è che la coazione morale delle

vittime sia conseguenza anche della forza di intimidazione del vincolo associativo. E' necessario cioè che la minaccia realizzi l'effetto intimidatorio non per sé sola, per la sua particolare gravità o per la pericolosità del singolo soggetto che l'ha formulata, ma in quanto promana da un affiliato dell'associazione e quindi sia rafforzata, nella sua efficacia, dalla forza di intimidazione del vincolo associativo.>> (19)

Ne segue allora che l'esercizio di condotte intimidatrici se finalizzate a *creare* (e non a *mantenere* o *rinvigorire*) lo stato di soggezione costituisce la prova che l'associazione mafiosa non è ancora venuta ad esistenza, sicchè potrà trovare applicazione solo la fattispecie di cui all'art. 416 c.p. (20)

Ciò che deve ritenersi necessario è dunque che l'associazione mafiosa sia dotata di una carica intimidatrice autonoma (patrimonio dell'associazione stessa) conseguita attraverso la pratica ripetuta (eventualmente anche in passato) della sopraffazione e della violenza.

Rispetto invece alla necessità del compimento da parte degli associati di specifici atti in cui si esprima lo sfruttamento della carica criminale dell'associazione una parte della dottrina lo ha negato segnalando che in effetti vanno distinti due profili attinenti all'elemento della forza di intimidazione: il primo, per così dire <<statico>> riguarda la *capacità intimidatrice dell'associazione*, che <<deve essere attuale e non solo potenziale>> e cui deve corrispondere un <<alone di intimidazione diffuso>> *effettivo e obiettivamente riscontrabile*; il secondo, cioè quello <<dinamico>>, attiene invece all'attività di sfruttamento della capacità intimidatrice, sfruttamento che può anche essere solo potenziale, ed è quindi oggetto del programma associativo. (21)

A fondamento di questa interpretazione, si osserva che l'art. 416-bis c.p. tipicizza una serie di finalità dell'associazione mafiosa che certamente, per l'integrazione del reato, non devono trovare necessariamente concretizzazione; laddove invece l'esigenza dello sfruttamento della forza intimidatrice implicherebbe un loro conseguimento almeno parziale nella prospettiva dell'ottenimento di profitti o vantaggi ingiusti, mentre al contrario la mancata realizzazione di tale obiettivo potrebbe denotare l'inesistenza di una idonea forza intimidatrice dell'organizzazione.

Le considerazioni ora riportate non appaiono determinanti, giacchè non è vero che la realizzazione delle condizioni di assoggettamento e di omertà implichi già un conseguimento degli obiettivi dell'associazione, i quali costituiscono invece una ulteriore proiezione (oggetto di un dolo solo specifico) diversa dallo sfruttamento del metodo mafioso richiesto per la sussistenza della fattispecie. (22)

In realtà una tale impostazione, rifiutata di regola in giurisprudenza, contrasta con il dato letterale che valorizza nella struttura della fattispecie l'effettivo utilizzo del metodo mafioso.

L'associazione mafiosa costituisce quindi un reato associativo a *struttura mista*, perché essa richiede, in aggiunta al perseguimento del programma associativo, un *quid pluris* e cioè che gli associati abbiano svolto un'attività esterna dotata di ben delineate caratteristiche. (23)

E' chiaro però che la forza di intimidazione dell'associazione, una volta divenuta patrimonio dell'associazione non deve necessariamente essere rinnovata, attraverso specifici atti di violenza o minaccia, essendo sufficiente il suo sfruttamento che, purchè ricorra in concreto, può esprimersi nei modi più vari. Correttamente si è ritenuto sufficiente per esempio il richiamo da parte degli associati alla pericolosità e al potere generalizzato sul territorio del gruppo (24); non risulta invece accettabile che lo sfruttamento venga ritenuto già sussistente nella semplice presentazione di una domanda concessoria o nella partecipazione ad una gara di appalto. (25)

3. L'ultimo comma dell'art. 416 bis prevede che la disposizione si applichi anche ad associazioni che, nate in contesti territoriali diversi da quelli tradizionalmente mafiosi presentino i requisiti previsti nel terzo comma dello stesso articolo e perseguano scopi *corrispondenti* a quelli indicati nel terzo comma.

Con la modifica introdotta dal pacchetto sicurezza si è esteso l'ultimo comma dell'art. 416 bis c.p., confermando un dato che doveva risultare pacifico alla luce della prassi giurisprudenziale.

Una notazione si impone a questo punto: nel richiamare i requisiti tipizzati dal metodo mafioso (alla luce del 3° comma dell'art. 416 bis c.p.), l'ultimo comma si limita a menzionare la forza di intimidazione del vincolo associativo senza fare menzione dei caratteri dell'assoggettamento dell'omertà; non solo, le finalità dell'associazione sono descritte attraverso il richiamo di finalità <<*corrispondenti*>> a quelli delle "classiche" associazioni mafiose.

Si potrebbe ritenere allora che l'assoggettamento e l'omertà sono parametri necessari per la sussistenza delle associazioni mafiose classiche e non per i nuovi fenomeni delinquenziali collocati in un diverso contesto geografico (ovvero, per la parte che qui interessa, relativi a aggregati di carattere etnico).

Si tratta di una conclusione che non risulta accettabile per una pluralità di ragioni.

In primo luogo è da rilevare che, come è stato esattamente sottolineato, occorre tener presente la relazione esistente tra forza intimidatrice del vincolo associativo, da un lato, e assoggettamento e omertà, dall'altro: assoggettamento e omertà devono presentarsi come effetti della forza di intimidazione del vincolo associativo. (26)

Da ciò consegue che, se assoggettamento e omertà sono il prodotto <<naturale>> dell'intimidazione diffusa, la menzione esplicita della sola forza di intimidazione, rilevabile

nell'ultimo comma dell'art. 416 bis, richiama automaticamente anche i due parametri dell'assoggettamento e dell'omertà: ai fini della configurazione di *qualsiasi* associazione di tipo mafioso, sotto il profilo dell'ultimo comma della norma, dovrà dimostrarsi comunque la sussistenza di tutti e tre i parametri caratterizzanti del <<metodo mafioso>> (forza di intimidazione, assoggettamento ed omertà), nel senso e nei limiti che abbiamo chiarito nei paragrafi precedenti. (27)

Una diversa interpretazione d'altronde risulterebbe contrastante sia con il principio di uguaglianza sia con il principio di determinatezza della fattispecie: con il *principio di uguaglianza* perché non si vede la ragione per la quale per le associazioni diverse da quelle ricollegabili alla <<mafia storica>> dovrebbero valere requisiti diversi e più ridotti rispetto a quelli ordinariamente richiesti (28); con il *principio di determinatezza* della fattispecie penale perché in questo caso i contorni dell'illecito tipizzato verrebbero a sfumare e a scolorirsi eccessivamente, una volta che la forza d'intimidazione scaturita dal vincolo associativo venisse sganciata dal collegamento tipizzante con i suoi naturali effetti dell'assoggettamento e dell'omertà. (29)

Il contrasto con il principio di determinatezza risulterebbe ancora più evidente, tanto da diventare addirittura macroscopico, se ai già generici scopi indicati nell'art. 416 bis co.3 se ne sostituissero altri qualificati da una non meglio precisata "corrispondenza".

La conclusione è allora che l'associazione di tipo mafioso - diversa dalle mafie classiche - deve presentare tanto sul piano del metodo che su quello delle finalità, tutti i requisiti previsti dall'art. 416, co.3 c.p.

La norma di cui al co. 3 si rivela dunque superflua.

3.1. Allo stesso modo deve ritenersi superflua l'aggiunta nella previsione normativa, dell'espressione <<anche straniera>> (operata dall'art. 1 del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito in legge con modifiche con legge 24 luglio 2008 n. 125): la giurisprudenza non aveva mai avuto dubbio sull'applicabilità della fattispecie di associazione di tipo mafioso anche a organizzazioni criminali straniere che presentassero i requisiti previsti nel comma terzo.

Da rifiutare, invece, perché contrastante per le ragioni già indicate (contrasto con i principi di uguaglianza e di tassatività) ogni opzione ermeneutica che pretendesse di estendere l'area di applicazione dell'associazione di tipo mafioso per le organizzazioni criminali straniere. (30)

4. Non vi è dubbio, alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, che la fattispecie di cui all'art. 416 bis si possa applicare anche a fenomeni criminali non classici, nuovi, o di origine straniera.

La previsione normativa del d. l. 98/2008 non ha fatto altro che confermare un dato sicuramente emergente dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

E' chiaro che le riflessioni in precedenza condotte (e che richiamano un consistente panorama dottrinale e giurisprudenziale) implicano però delle conseguenze di un certo rilievo.

Per l'esistenza di una associazione di tipo mafioso non basta certamente che si verifichino degli atti di intimidazione o che gli stessi abbiano una certa frequenza; è necessario piuttosto che la pratica della sopraffazione e della violenza abbia un carattere così diffuso e penetrante da avere provocato una situazione di soggezione diffusa, collegata più all'esistenza dell'associazione che all'opera dei singoli associati.

Con riguardo ai nuovi fenomeni criminali diversi dalle mafie storiche è necessario che vi sia una fase di esercizio regolare del metodo mafioso, e cioè il compimento di una serie di atti di intimidazione, violenza, minaccia e sopraffazione volti a creare una situazione di assoggettamento diffuso, che consentirà la trasformazione del sodalizio criminale originario in una associazione mafiosa solo quando si realizzeranno in concreto le condizioni richieste dall'art. 416 bis c.p.

In termini generali in dottrina si è rilevato proprio che *<<ogni associazione di tipo mafioso ha alle spalle un precedente (e concettualmente distinto) sodalizio-matrice, con originario programma di delinquenza in parte finalizzato proprio alla produzione della <<carica intimidatoria autonoma>>; finalità apprezzabile e riconoscibile, peraltro, solo a posteriori, cioè a metamorfosi avvenuta e dopo la consunzione del sodalizio-matrice nella nuova entità di tipo mafioso>>. (31)*

E' una prospettiva questa ripresa da una bella sentenza del Tribunale di Bari che ha escluso la configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso con riguardo ad un'associazione criminale di cinesi levantini, impiantata in Italia rilevando proprio che *<<In presenza di organismi diversi dalle mafie storiche ... la configurabilità dell'associazione di tipo mafioso dipende dalla prova di concreti atti di intimidazione che abbiano fatto acquisire ad un gruppo organizzato quella capacità di intimidazione cui sopra si è fatto cenno.>> (32)*

Nel caso di specie -rileva il Tribunale pugliese- *<<Il sodalizio non è in grado di un'autonoma capacità intimidatrice, che è determinata solo da specifici atti di violenza nei confronti dei singoli clandestini che si ribellano ed è per ovvie ragioni strettamente correlata all'attuazione del programma criminoso>>.*

In definitiva è nell'effettiva acquisizione da parte del sodalizio di quella <<carica intimidatoria autonoma>> (anche a prescindere da specifici atti di violenza o minacce) che viene ravvisato il momento di una possibile trasformazione di una indifferenziata associazione per delinquere in una associazione di tipo mafioso. (33)

Non possono essere condivise, allora, come si è già rilevato le conclusioni talvolta formulate in alcune sentenze della Corte regolatrice (in verità isolate): non basta che l'associazione tenti, si proponga o abbia l'intenzione <<di introdurre metodi di intimidazione, di omertà, di sudditanza psicologica per via dell'uso della violenza fisica o morale>>, così come non basta che vi sia <<la intenzionalità di usare la forza intimidatrice e ciò che da essa consegue>>. (34)

Occorre invece che il sodalizio abbia già conseguito una carica d'intimidazione diffusa, collegata all'esistenza dell'associazione, realizzando assoggettamento e omertà nella comunità circostante.

4.1 Le sentenze della Corte di cassazione che si sono occupate dell'applicazione dell'art. 416 bis c.p. a fenomeni criminali di origine straniera individuano alcuni profili che sono dotati di specifico interesse per la nostra riflessione.

Un primo spunto riguarda la condizione di *vulnerabilità delle vittime*.

Secondo la Corte regolatrice <<va da sé che tale forza prevaricante ha capacità di penetrazione e di diffusione inversamente proporzionale ai livelli di collegamento che la collettività sulla quale si eserciti è in grado di mantenere per cultura o per qualsiasi altra ragione con le istituzioni statali di possibile contrasto>> (Cass. 30 maggio 2001, n. 35914); in altre parole la forza di intimidazione si realizzerà tanto più facilmente quanto maggiori saranno le condizioni di vulnerabilità dei soggetti o di debolezza del tessuto sociale di incidenza.

Possono venire in considerazione a questo riguardo fattori diversi quali

- il carattere di clandestinità dei soggetti interessati dall'agire illecito dell'associazione;
- la presenza di credenze magico religiose – quali quelle in uso nelle comunità nigeriane - che possono rendere più influenzabili gli appartenenti alla comunità;
- il particolare <<autoisolamento>> o <<chiusura>> di una certa comunità etnica rispetto alle interazioni con le istituzioni statali (tipico della comunità cinese).

Tutti questi fattori possono favorire la penetrazione e la diffusività della carica intimidatoria dell'associazione criminosa, favorendo (sotto questo profilo almeno) il nascere di una associazione di tipo mafioso.

Sul punto però occorre evitare ogni forma di equivoco: la vulnerabilità delle vittime rende più facile che la forza di intimidazione di un'associazione criminale riesca a realizzare le richieste condizioni di assoggettamento e di omertà, ma essa certamente non si sostituisce a tali requisiti.

In altre parole la debolezza del tessuto sociale di riferimento (che è un dato che, come è stato correttamente sottolineato, preesiste all'associazione di tipo mafioso (35)) non realizza di per sé le condizioni richieste per applicare l'art. 416 bis, ma può solo favorirne la realizzazione.

4.2. La Corte regolatrice ha correttamente sottolineato in alcune pronunce relative ad associazioni di origine straniera che occorre dimostrare che la forza intimidatrice (e correlativamente l'assoggettamento e l'omertà) si colleghino all'esistenza dell'associazione criminale e non a fattori diversi (ad esempio di natura religiosa).

Esemplare a questo riguardo una vicenda esaminata dalla Corte di cassazione, Sez, VI nel 1995 e relativa ad una struttura di carattere segreto di estremisti islamici creata nell'ambito dell'Istituto Culturale Islamico di Milano (Cass. Sez. VI 13 dicembre 1995, n. 4864).

Secondo l'impostazione accusatoria le finalità della suddetta struttura segreta erano quelle di proselitismo; di arruolamento di volontari destinati ad attività belliche in Bosnia e ad azioni terroristiche all'estero; di procacciamento di armi e documenti falsi, destinati a consentire l'ingresso nel territorio dello Stato e l'espatrio; di traffico internazionale di armi; di assicurazione delle notevoli risorse economiche necessarie per il finanziamento di essa attraverso lecite attività di commercio, e mediante attività illecite, quali in particolare condotte estorsive, compiute ai danni di esercenti macellerie islamiche in Milano ad opera di emissari dell'istituto Culturale Islamico.

Con riguardo ad una tale associazione il Gip presso il Tribunale di Milano aveva emesso un'ordinanza custodiale successivamente confermata dal Tribunale del riesame per il reato di cui all'art. 416 bis c.p..

Si tratta di una situazione ben lontana dai classici referenti empirico-criminologici dell'associazione mafiosa. In questo caso il collegamento della forza ^{in intimidatrice} ~~intimidatrice~~ ad un vincolo di natura religiosa e a possibili sanzioni di carattere religioso liberamente conclamate ed accettate dei membri della Comunità ^{asce} ~~asce~~ indotto la Corte regolatrice ad un annullamento con rinvio della decisione del Tribunale del riesame.

In termini generali occorre quindi ribadire che il triplice ordine di requisiti necessario per dar vita all'associazione di tipo mafioso deve scaturire dal vincolo associativo e non può

ricollegarsi a fattori diversi, quali quelli di carattere religioso illustrati nell'esempio prospettato o legati, come si è detto, ad una particolare situazione di vulnerabilità della vittima.

4.3. Per quanto riguarda il <<controllo del territorio>> si è già rilevato che un tale profilo (che si collega ai requisiti tradizionali della carica intimidatrice, dell'assoggettamento e dell'omertà) non richiede che l'assoggettamento riguardi tutti coloro che vivono ed operano in un determinato territorio risultando sufficiente che esso si eserciti sugli appartenenti ad una certa comunità etnica (o ad un certo aggregato sociale), collocato comunque in una specifica dimensione territoriale.(36).

Si è fatto a questo riguardo l'esempio di soggetti immigrati (o fatti immigrare) clandestinamente (37); ciò che comunque è necessario è che il fenomeno abbia una sufficiente diffusione <<essendo la capacità di assoggettamento e sopraffazione dei terzi con carattere diffuso in un dato ambito territoriale il carattere essenziale della forza intimidatrice>>. (Cass. Sez. VI, 5 maggio 2008, n. 35762).

Sotto questo profilo non possono condividersi le conclusioni cui è pervenuta la Corte regolatrice secondo cui <<Il numero effettivo dei soggetti che al momento sono coinvolti come vittime ha ~~peso~~ ^{peso} relativamente secondario a fronte della diffusività del fenomeno a danno di un numero indeterminato di persone che potranno in tempi brevi trovarsi alla mercè del sodalizio>> (Cass., Sez. VII, 30 maggio 2001, n. 35914).

In effetti il numero di coloro che *attualmente* sono sottoposti alla carica di intimidazione, assoggettamento ed omertà non è affatto secondario; risultano allora più pertinenti le conclusioni a cui è pervenuta la Corte regolatrice, in una sentenza molto recente della V Sezione, che ha negato l'applicazione dell'art. 416 bis c.p. ad un'associazione di origine straniera, volta allo sfruttamento della prostituzione ed al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, rilevando che in tale caso sarebbe mancata una sufficiente capacità di intimidazione esterna dell'associazione (cioè non limitata agli appartenenti al gruppo o a coloro che sono in collegamento con la sua ristretta cerchia). Si è richiesto, sotto questo profilo, <<l'esistenza in concreto di una capacità di sopraffazione esterna, ovvero più in generale di una capacità di intimidazione rivolta, con carattere diffuso, nei confronti di terzi in un dato ambito territoriale di cui vuole ottenere il controllo>> (Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762).

4.4. Le conclusioni prima rassegnate inducono quindi ad una particolare cautela nei confronti dell'applicabilità della fattispecie ad organizzazioni straniere.

Non solo, è stato rilevato che nei pochi casi in cui la fattispecie ha trovato applicazioni ciò è avvenuto con riguardo ad associazioni che, pur dedite al compimento di delitti, erano ben lontane da poter essere sussunte nel paradigma empirico – criminologico tradizionale dell'associazione mafiosa (38).

La forza della mafia – lo si è detto – è all'esterno della mafia, è cioè costituita dalla sua capacità di dar vita a quelle che la dottrina criminologica chiama le sue “*relazioni esterne*”, tese alla conquista di spazi di potere politico ed economico reale.

Ora, le vicende esaminate dalla Corte regolatrice nelle già citate sentenze del 2001 e del 2007 consentono di concludere che la fattispecie si è applicata in un contesto sociale relativamente debole (quale quello di un gruppo di cittadini nigeriani o di immigrati cinesi) in cui forse è del tutto assente la tradizionale finalità di acquisizione di spazi di potere politico – economico reale.

Ciò non deve certo indurre ad escludere l'applicazione dell'associazione mafiosa con riguardo a fenomeni di questo tipo (si tratterebbe tra l'altro di una conclusione contrastante con la *voluntas* del legislatore del 2008).

E' necessario però vigilare sulla sussistenza di tutti i requisiti costitutivi dell'associazione di tipo mafioso:

- il ricorso al metodo mafioso deve costituire un dato della realtà effettuale e non un elemento del programma criminoso;
- l'assoggettamento e l'omertà devono scaturire dalla forza intimidatrice del vincolo associativo e non essere ricollegabili a fattori diversi (quali anche specifici e concreti atti di intimidazione);
- l'assoggettamento e l'omertà devono avere una sufficiente diffusione in un determinato contesto territoriale (anche se con riferimento ad un determinato aggregato sociale di origine etnica).

Alla luce di tali considerazioni la fattispecie di cui all'art. 416 bis dovrebbe risultare difficilmente applicabile a quelle potenti organizzazioni criminali di carattere transnazionale operanti a cavallo delle frontiere e dedite a redditi traffici illeciti e che, per esempio costituiscono il c.d. <<*livello alto*>> nell'ambito della tratta di esseri umani a fini di sfruttamento economico, non riscontrandosi in questi casi quella sufficiente diffusività del controllo del territorio che abbiamo visto essere necessaria per applicare la fattispecie *de qua*.

Si capisce allora l'utilità di specifiche previsioni normative volte a tipizzare delle associazioni criminose che perseguono ben individuate finalità criminose.

E' questa la via seguita, come si è detto, dal legislatore del 2003 configurando all'interno dell'art. 416 c.p. l'ipotesi di associazione per delinquere volta alla realizzazione dei reati di cui all'art. 600, 601 e 602 c.p..

5. Il nostro sistema penale prevede accanto a fattispecie associative di carattere generale quali quelle di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p., anche dei reati associativi aventi ad oggetto specifici tipi di reati e che, come ha rilevato la dottrina, costituiscono una *anticipazione della tutela* degli specifici interessi presi in considerazione nei delitti scopo (39).

Si possono citare a questo riguardo l'art. 74 t.u. stupefacenti e l'art. 416, ult. com. c.p.

Si tratta di previsioni normative certamente applicabili alle associazioni criminali di origine straniera o di carattere transnazionale in relazione alle quali tali fattispecie hanno una particolare incidenza.

Tra tali fattispecie assume un peculiare risalto l'ipotesi associativa prevista nell'art. 416 ult. co., introdotta dall'art. 4 della legge 228/2003.

Si tratta di una fattispecie associativa, avente ad oggetto i fatti delittuosi incriminati dagli artt. 600, 601 e 602 c.p. (e cioè riduzione o mantenimento in schiavitù, tratta di persone e acquisto ed alienazione di schiavi) che, come è stato correttamente rilevato, va collegata con i profondi mutamenti che hanno interessato le fenomenologie criminose legate alle c.d. <<nuove schiavitù>>. (40)

Tali fenomenologie criminose sono caratterizzate da una particolare complessità imprenditoriale ed organizzativa ed hanno assunto una dimensione che trascende la realtà di un singolo ordinamento.

Con riguardo in particolare al delitto di <<tratta di persone>> si è ricordato che esso presenta una evidente natura transnazionale e risulta insuscettibile di una realizzazione monosoggettiva.

Tale carattere transnazionale è bene messo in luce dalla *Relazione sul traffico di esseri umani*, approvata dalla Commissione Antimafia il 5 dicembre 2000, nella quale si opera la fondamentale distinzione (già segnalata) tra <<smuggling of migrants, consistente nel favoreggiamento organizzato dell'immigrazione clandestina e trafficking in human beings, finalizzato allo sfruttamento successivo delle persone trafficate (c.d. tratta)>> (41).

Secondo la Relazione: <<con l'espressione <<traffico degli esseri umani>> o <<traffico delle persone>> possiamo individuare un *nuovo mercato criminale, consistente nel reclutamento, nell'illecito trasferimento – e nella successiva introduzione – prevalentemente per*

fini di lucro, di una o più persone, dal territorio di uno stato ad un altro ovvero all'interno dello stesso stato>>.

Per comprendere la peculiare dimensione organizzativa di carattere transnazionale di questi fenomeni criminali si possono citare le conclusioni della relazione secondo la quale la struttura organizzativa complessiva che raggruppa i soggetti criminali operanti tanto nello *smuggling* quanto nel *trafficking* può essere definita come un *sistema penale integrato*; in tale sistema sarebbe possibile distinguere tre diversi livelli (tra i quali esiste un rapporto di interdipendenza e di complementarità):

<< a) *livello alto*, in cui agiscono le cosiddette *organizzazioni etniche* così definite in quanto pianificano e gestiscono lo spostamento dal paese di origine a quello di destinazione di loro connazionali; ...

b) *livello medio*, che può essere identificato nelle organizzazioni operanti in territori strategici, in quanto situati nelle zone confinarie con i paesi di destinazione ovvero con quelli che costituiscono un passaggio obbligato verso altri paesi dell'Unione Europea...

c) *livello basso*, costituito da organizzazioni criminali minori che operano sia nelle nazioni di transito sia nelle zone confinarie con i paesi di destinazione>>. (42)

5.1. La natura giuridica dell'ipotesi associativa in esame ha dato adito a non pochi dubbi ed incertezze in ordine alla sua qualificazione come fattispecie autonoma ovvero ipotesi circostanziata dell'ordinaria associazione per delinquere.

E' noto come tanto la dottrina più autorevole quanto la giurisprudenza delle Sezioni Unite rilevano che, non sussistendo alcuna differenza ontologico – qualitativa tra la circostanza aggravante e l'elemento essenziale del reato, è alla <<concreta volontà della legge>> che bisogna fare riferimento per determinare se una certa ipotesi normativa dia vita ad una ipotesi circostanziata o un titolo autonomo di reato.

Nel caso in esame il criterio testuale e quello topografico sembrerebbero far propendere per una considerazione quale circostanza aggravante; in particolare la descrizione della fattispecie avviene per *relationem* come di regola si verifica per le circostanze aggravanti (43).

In verità non si tratta di un elemento decisivo perché esso non appare univocamente indicativo di una volontà del legislatore. In effetti all'ipotesi di associazione descritta nell'art. 416, ult. co. c.p. fanno riferimento tanto disposizioni processuali (art. 51, co. 3 bis c.p.p. come modificato da art. 6, co. 1 lett. b l. 228/2003), quanto disposizioni di diritto penale sostanziale (art.

12 sexies l. 356/1992, come novellato da art. 7, co. 3 l. 228/2003); il legislatore quindi, sembra considerare in modo autonomo tale fattispecie (44).

Decisiva è comunque – a mio giudizio – la diversità sul piano degli interessi tutelati perché l'ipotesi associativa disciplinata nell'art. 416 ult. co. c.p. è uno strumento di tutela anticipata degli stessi interessi tutelati dai delitti scopo (fondamentalmente quindi la dignità e la libertà della persona umana), e non di un generico ed indistinto <<ordine pubblico>>.

5.2 Un ulteriore profilo problematico della nuova previsione sembra essere collegato all'applicabilità di un concorso di reati quando l'organizzazione criminosa volta alla realizzazione dei reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. presenti anche le caratteristiche strutturali di cui all'art. 416, co. 3 c.p.

La soluzione sembra debba essere quella cui la giurisprudenza è pervenuta con riguardo al concorso tra la fattispecie di cui all'art. 416 bis e quella di cui all'art. 74 t.u. stupefacenti. Tanto una considerazione della diversità degli interessi tutelati, quanto le caratteristiche strutturali delle fattispecie (collocate tra di loro in un rapporto di *specialità reciproca*) inducono a ritenere che nel caso di specie debba trovare applicazione un concorso formale di reati.

Il concorso di reati appare invece sicuro quando nei fatti ci si trovi davanti a *due diverse organizzazioni criminali* con possibile coincidenza dei membri, una di carattere verticistico federale ed una di carattere settoriale, operante con riguardo a specifiche attività illecite (45).

5.3. L'ipotesi normativa di cui all'art. 416, ult. co. costituisce un interessante *modello di tipizzazione*.

Ed infatti le difficoltà prima segnalate di applicare alle organizzazioni criminali straniere la fattispecie di cui agli artt. 416 bis potrebbero indurre a prevedere delle autonome ipotesi associative per tipi di reato aventi ad oggetto quei reati ai quali si dedicano le organizzazioni malavitose di carattere transnazionale, e dotate di una cornice edittale adeguata alla pericolosità del fenomeno.

L'obiettivo di evitare una moltiplicazione delle possibili qualificazioni giuridiche con riguardo allo stesso fatto di reato potrebbe indurre ad un accorpamento di tali diverse ipotesi in un'unica fattispecie associativa, all'interno della quale esse dovrebbero assumere – per espressa previsione legislativa – il ruolo di ipotesi circostanziate che si innestano sul reato associativo di base (e cioè l'art. 416 c.p.).

Un tale intervento normativo potrebbe essere l'occasione per dotare la fattispecie associativa di base di una maggiore determinatezza prevedendo esplicitamente il requisito, al quale ha fatto riferimento la dottrina largamente prevalente, dell'esistenza di un *apparato organizzativo dell'associazione dotato dei caratteri della stabilità e dell'adeguatezza rispetto al raggiungimento delle finalità dell'associazione.*