

Affiliazione rituale e partecipazione associativa

Cassazione Penale, SS.UU., 11 ottobre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 36958 - Pres. Cassano - Rel. Pellegrino - P.M. Salvi (Conf.) - Ric. M.D. e M.F.

In tema di associazioni di tipo mafioso, l'affiliazione rituale può costituire grave indizio della condotta partecipativa, ove la stessa risulti, sulla base di consolidate e comprovate massime d'esperienza e degli elementi di contesto che ne evidenzino serietà ed effettività, espressione di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione. (In motivazione, relativa a fattispecie inerente a misura cautelare personale, la Corte ha incluso, tra gli indici valutabili dal giudice, la qualità dell'adesione ed il tipo di percorso che l'ha preceduta, la dimostrata affidabilità criminale dell'affiliando, la serietà del contesto ambientale in cui la decisione è maturata, il rispetto delle forme rituali, con riferimento, tra l'altro, ai poteri di chi propone l'affiliando, di chi lo presenta e di chi officia il rito, la tipologia del reciproco impegno preso e la misura della disponibilità pretesa od offerta).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. Pen., Sez. V, 3 giugno 2019, n. 27672; Cass. Pen., Sez. II, 13 marzo 2019, n. 18559; Cass. Pen., Sez. II, 12 ottobre 2017, n. 56088.
Difforme	Cass. Pen., SS.UU., 12 luglio 2005, n. 33748; Cass. Pen., Sez. V, 23 maggio 2017, n. 38786; Cass. Pen., Sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359.

La tipicità debole della partecipazione mafiosa e l'affiliazione rituale: l'incerta soluzione delle Sezioni Unite tra limiti strutturali del 416-bis c.p. e alternative possibili di Giuseppe Amarelli (*)

Le Sezioni Unite si pronunciano sul delitto di partecipazione in associazione di tipo mafioso per risolvere i contrasti interpretativi sorti attorno alla sua configurabilità in caso di mera affiliazione rituale non seguita da altre condotte successive di militanza "attiva". Pur dichiarando formale adesione al c.d. modello misto di partecipazione mafiosa elaborato dalle Sezioni Unite 2005 Mannino, in quanto unico coerente con i principi di offensività e proporzionalità della pena, finiscono in realtà con l'eluderlo nella sostanza segnando un ritorno all'oramai superato modello c.d. organizzatorio puro. Ravvisando il fatto tipico anche nella affiliazione rituale supportata da una seria e stabile messa a disposizione, riducono infatti la dimensione "dinamica" della condotta punibile ad un dato statico ed evanescente. La soluzione stride, peraltro, con la struttura della fattispecie di cui all'art. 416-bis, comma 1, c.p. che non contempla il c.d. schema duplice, l'unico capace di sdoppiare la tipicità di un delitto ammettendone la configurabilità tanto in caso di realizzazione di entrambi i segmenti della condotta, quanto di realizzazione parziale di uno solo. Sarebbe stato, in realtà, più ragionevole qualificare l'affiliazione rituale come tentativo di partecipazione ex artt. 56 e 416-bis, comma 1, c.p. Ogni problema potrebbe essere risolto con un intervento legislativo volto a tipizzare espressamente l'affiliazione rituale, sulla falsariga di quanto fatto in materia di terrorismo internazionale con l'arruolamento.

This paper analyzes the solution adopted by the Italian Supreme Court ruling in joint chambers about the value of the initiation rituals to the mafia associations. More specifically, this paper underlines some perplexities about the model of participation given by the Supreme Court, especially in relation to the constitutional principles of criminal law. Therefore the Author recommends a legislative amendment that should introduce a new crime that punishes the initiation rite along the lines of the enrolment in antiterrorism legislation.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Le Sezioni Unite ritornano sull'art. 416-bis c.p.

La sentenza Modaffari, pronunciandosi in modo non del tutto convincente sulla rilevanza penale della mera affiliazione rituale, segna il ritorno delle Sezioni Unite nella dialettica discorsiva tesa a co-definire i campi di significato e gli spazi di operatività (1) del proteiforme delitto di associazione di tipo mafioso (2).

Dopo la stagione del grande protagonismo del massimo organo nomofilattico nella sua più autorevole composizione, culminata con il trittico di decisioni Demitry-Carnevale-Mannino - che, tra il 1994 ed il 2005, tracimando gli spazi riservati alla *iuris dictio*, oltre a precisare la nozione di partecipazione associativa, avevano creativamente forgiato in termini eccentrici rispetto al combinato disposto delle basi legali degli artt. 110 e 416-bis c.p. lo statuto di tipicità del concorso esterno (3) approssimandolo a quello di una autonoma fattispecie monosoggettiva di evento (4) -, in tempi più recenti, si era assistito ad una ben diversa stagione di inattività e ritrosia rispetto alla soluzione di un aspetto nevralgico dell'art. 416-bis c.p., quello del significato del c.d. metodo mafioso in ordine alle c.d. mafie delocalizzate.

Nel giro di pochi anni, tra il 2015 ed il 2019, per ben due volte, il Primo Presidente ha declinato l'invito rivolto al Consesso riunito a pronunciarsi su tale profilo (5), probabilmente anche perché scottato dagli esiti generati dalle precedenti pronunce nel caso Contrada a causa della loro discutibile natura para-legislativa. E lo ha fatto adottando delle insolite ordinanze di restituzione degli atti alla Sezione remittente in cui "decideva di non decidere" considerando, ripetutamente ed in modo un po' forzato, un

contrasto interpretativo realmente esistente nella giurisprudenza di legittimità circa la "consistenza" sostanziale del metodo mafioso come un mero problema di prova non vagliabile dalle Sezioni Unite (6).

Anche quel *modus operandi*, diametralmente opposto al precedente, non era andato esente da critiche, soprattutto dopo che nel 2017 è stata inserita nell'art. 618, comma 1-bis, c.p.p. una innovativa regola in materia di ricorso per cassazione capace di conferire un'efficacia tendenzialmente vincolante e stabile al diritto giurisprudenziale promanante dalle Sezioni Unite (7). Essendo divenuta da quel momento necessaria una nuova rimessione all'organo superiore di nomofilachia ogni qualvolta una Sezione semplice intenda discostarsi da un principio di diritto dallo stesso previamente enunciato, è evidente che la decisione "filtro" adottata nel 2019 rispetto alle mafie delocalizzate, per quanto promanante dal Primo Presidente della Corte di cassazione, abbia lasciato perplessi, non assicurando la medesima tenuta nel tempo alle sue statuizioni ed esponendosi ad un possibile *overruling* giurisprudenziale orizzontale o verticale, in qualsiasi frangente temporale e senza alcuna forma particolare.

Il ritorno delle Sezioni Unite al passato interventista nel diritto penale sostanziale antimafia, depurato dagli eccessi "creazionisti" che lo avevano caratterizzato all'epoca del concorso esterno, deve allora essere salutato almeno "sulla carta" con favore se si ragiona in termini di effetti di lungo periodo ed *erga omnes*, dal momento che, rientrando nel fuoco di operatività della nuova regola processuale-sostanziale poc'anzi menzionata, dovrebbe assicurare una solidità decisamente superiore ai principi di diritto enunciati

(1) Pur essendo stata ripetutamente disconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale più recente una *vis* creativa al diritto penale giurisprudenziale in forza del principio di riserva di legge e del divieto di analogia (da ultimo in tal senso cfr. Corte cost. n. 115/2018, Corte cost. n. 25/2019 e Corte cost. n. 98/2021), si tende però ad attribuirgli una componente limitatamente "creativa" nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma, con funzione integrativa della medesima (da ultimo in tal senso, oltre alla già richiamata giurisprudenza costituzionale, cfr. Cass. Pen., SS.UU., 24 ottobre 2020, Genco, in questa *Rivista*, 2020, 1 ss. con nota di R. Bartoli, nonché in *Giur. it.*, 2020, 1756 ss., con nota di G. Amarelli, *Le Sezioni unite negano efficacia erga alios alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo?*; analogamente cfr. Cass. Pen., SS.UU., 21 gennaio 2010, Beschi).

(2) L'intervento delle Sezioni Unite sul punto era stato auspicato da I. Merenda - C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis c.p.*, in E. Mezzetti - L. Luparia, a cura di, *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 69.

(3) Si veda per tutti in argomento V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*.

Raccolta di scritti, Torino, 2014; C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo - Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

(4) Sul punto si veda I. Giugni, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 ottobre 2017.

(5) Per un commento alla prima ordinanza del 2015 si rinvia a C. Visconti, I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord. I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015.

(6) Per un commento alla seconda ordinanza sia consentito rinviare al nostro G. Amarelli, *Mafie delocalizzate: le Sezioni unite risolvono (?) il contrasto sulla configurabilità dell'art. 416 bis c.p. "non decidendo"*, in www.sistemapenale.it, 18 novembre 2019.

(7) Si rinvia sul punto a G. Fidelbo, Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 137 ss.

rispetto all'*ubi consistam* della fattispecie di partecipazione mafiosa di cui all'art. 416-bis, comma 1, c.p., ed alla sua possibile dilatazione fino a ricomprendere anche la mera affiliazione rituale.

Un intervento davvero necessario?

Cionondimeno, resta qualche incertezza sulla natura realmente risolutrice delle discrasie ermeneutiche esistenti sul punto delle statuizioni della sentenza Modaffari e sulla loro resilienza nel tempo, nonché, prima ancora, sulla stessa scelta delle Sezioni Unite di intervenire in questa occasione.

Sotto quest'ultimo profilo, i dubbi affiorano se si raffronta la questione vagliata in questa circostanza, con quella relativa alla applicabilità della medesima fattispecie alle mafie c.d. delocalizzate che aveva portato alle due "non decisioni" menzionate in precedenza in ragione della sua inerenza, piuttosto che a profili esegetici, ad aspetti meramente probatori e, quindi, come tali estranei al sindacato del massimo consesso riunito.

Usando lo stesso metro di giudizio impiegato nelle ordinanze del 2015 e del 2019, la controversia riguardante il rito di iniziazione mafiosa, come - o forse ancor più di - quella inerente al metodo mafioso, avrebbe potuto essere considerata una questione di prova e non di interpretazione della fattispecie e, dunque, non devolvibile alle Sezioni Unite.

Anche il Procuratore generale nelle sue note compendiate nel par. 5 della decisione in commento, al di là di alcune osservazioni poco convincenti sulla tipicità dell'art. 416-bis c.p. alla luce delle Sezioni Unite Mannino 2005 (8), aveva invitato a considerare la valenza dell'affiliazione rituale più un problema processual-probatorio che di tipicità.

Ma, soprattutto, lo stesso collegio riunito nella parte conclusiva della sentenza, nei parr. 12 ss., ha dichiarato convertito "un problema di configurabilità del delitto associativo mafioso in una questione processuale/cautelare di gravità indiziaria" (9).

Sotto l'altro versante, invece, le preoccupazioni riguardano la tenuta del principio di diritto enunciato, perché, meticciano profili sostanziali con aspetti processuali e, soprattutto, impiegando

concetti sgranati e scivolosi, rischia di non riuscire ad assolvere gli obiettivi chiarificatori che si era prefisso rispetto alla nozione di partecipazione associativa mafiosa rilevante ai sensi della fattispecie di cui all'art. 416-bis, comma 1, c.p. e, al contrario, di alimentare dubbi circa la ragionevolezza (soprattutto sanzionatoria) delle conclusioni raggiunte.

Prima, però, di soffermarci sui profili di debolezza della decisione in commento è utile, per ragioni di chiarezza, ricostruirne l'*iter* argomentativo e le statuizioni contenute tanto sulla natura giuridica del delitto di cui all'art. 416-bis c.p., quanto sul modello di partecipazione associativa in tale norma scolpito.

Il previo chiarimento della natura del delitto ex art. 416-bis cp

Partendo da uno strano caso di iniziazione "per ripicca" di due giovani ad una 'ndrina calabrese, avvenuta peraltro senza il rispetto delle regole tradizionali previste per tale rito, tra cui la presenza dei vertici del sodalizio, alle Sezioni Unite era stato chiesto di chiarire se l'affiliazione rituale potesse integrare o meno la condotta di partecipazione associativa ex art. 416-bis, comma 1, c.p., in ragione delle oscillazioni ermeneutiche registratesi nella recente giurisprudenza di legittimità a causa della "tipicità incompiuta" di questa previsione legislativa (par. 3) (10).

Prima, però, di cimentarsi nella tassonomia dei vari orientamenti giurisprudenziali in materia, e nella individuazione di quello preferibile, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover precisare la natura del reato di associazione di tipo mafioso, reputando, ragionevolmente, che dalla qualificazione della fattispecie ex art. 416-bis c.p. deriverebbero conseguenze tutt'altro che irrilevanti circa la nozione di partecipazione penalmente rilevante e, dunque, circa il peso da riconoscere al giuramento di mafia (11).

Ricostruita la *ratio* politico-criminale sottesa alla introduzione dell'associazione mafiosa, evidenziando l'insufficienza dell'unica fattispecie associativa comune originariamente prevista nel Titolo V all'art. 416 c.p. (par. 4.1), la Corte nella sua più autorevole composizione ne designa la struttura valorizzandone

(8) Sul punto si vedano i rilievi critici mossi da G. Fiandaca - C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, 80 ss.

(9) Così V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, in *Giur. it.*, 2022, 738.

(10) Una attenta ricostruzione della vicenda e, più in generale, della rilevanza dei riti iniziatici nei sodalizi mafiosi, è svolta da M. Caterini, *"Osso, Mastrosso e Calcagnosso": l'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei principi di*

offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo, in *www.archiviopenale.it*, 3, 2021, 3 ss.

(11) Osservano come, in realtà, non esista un collegamento vincolante tra la struttura generale dell'associazione mafiosa di tipo mafioso e il modo di concepire la condotta associativa punibile G. Fiandaca - A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, in *Foro it.*, in corso di pubblicazione, 7 del dattiloscritto.

le differenze proprio rispetto alla associazione per delinquere semplice. Riprendendo una nota classificazione dottrinale (12), si osserva che, se l'associazione di cui all'art. 416 c.p. è un reato associativo puro, poiché il legislatore, punendo l'associato per il solo fatto di partecipare, vieta la mera costituzione del sodalizio criminale a prescindere dalla commissione dei reati-scopo, l'associazione mafiosa rientra, invece, fra i reati associativi a struttura mista, fra quei reati, cioè, che richiedono un *quid pluris*, vale a dire, un principio di messa in opera del programma criminoso, mediante atti concreti ed inequivoci funzionali alla sua realizzazione (parr. 4.2 e 4.3). Proprio il metodo mafioso sarebbe l'elemento espressivo del maggior disvalore di questa *figura criminis* associativa e, coerentemente con i principi di offensività e proporzionalità/ragionevolezza della pena, legittimerebbe il trattamento sanzionatorio di particolare rigore per essa comminato.

Successivamente, dopo aver sottolineato le "evidenti attitudini plurioffensive" della fattispecie associativa mafiosa, posta a tutela non del solo ordine pubblico, bensì anche di altri beni giuridici di differente natura (13), passa in rassegna i diversi indirizzi ermeneutici circa la natura giuridica di danno o solamente di pericolo di tale figura criminosa (par. 4.4). Tuttavia, nonostante la premessa circa la struttura mista del reato associativo di cui all'art. 416-bis c.p. farebbe propendere per una sua qualificazione nei termini di "associazione che delinque", e, quindi, di una fattispecie associativa a natura quanto meno mista di pericolo e danno, le Sezioni Unite affermano in modo poco chiaro e lineare che non possa dubitarsi della sua natura di reato di pericolo (par. 5).

Anzi, su questo versante emerge una certa confusione nel ragionamento della Corte, poiché, immediatamente dopo, sembra nuovamente condividere la struttura mista della fattispecie, *i.e.* di "un'associazione che delinque, almeno a livello di tentata

violenza privata, non di un'associazione per delinquere" (14), evidenziando la necessità ai fini della sua configurazione della verifica in concreto del metodo mafioso descritto dall'art. 416-bis, comma 3, c.p. con la locuzione "si avvalgono della forza d'intimidazione del vicolo associativo" e, quindi, dell'accertamento che dalla stessa compagine associativa promani una *vis* in grado di generare assoggettamento ed omertà, a prescindere dai delitti commessi dai singoli affiliati, e che tale carica intimidatoria autonoma sia "formata, esternata e obiettivamente percepita", ancorché con modalità "del tutto libere" a prescindere da "contenuti" di violenza e minaccia" (precisazione questa che, in ragione della sua laconicità, sembra nuovamente contraddire la natura mista della fattispecie).

L'analisi dei contrasti interpretativi sulla partecipazione associativa

Ricostruite struttura e natura dell'associazione di tipo mafioso come fattispecie (mista?) di pericolo, le Sezioni Unite si concentrano sulla ulteriore questione preliminare al valore da attribuire sul piano probatorio all'affiliazione rituale segnalata in apertura, vale a dire quella sostanziale della nozione di partecipazione mafiosa penalmente rilevante.

Preso atto della scarsa efficacia connotativa del tipo criminoso in oggetto e della tendenza della giurisprudenza a ricostruirne gli elementi costitutivi a partire dalla qualità e quantità del materiale probatorio a disposizione (par. 7), la Corte riunita enumera i diversi orientamenti ermeneutici formati in materia (15).

Dapprima, la concezione meramente psicologica della partecipazione, secondo la quale la condotta *ex art. 416-bis c.p.* consisterebbe in un mero atteggiamento interiore di adesione psichica al sodalizio criminale, difficilmente provabile sul piano empirico

(12) Tale partizione è operata da G. Spagnolo, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecnica della tutela penale*, 1987, 156 ss.

(13) Dello stesso avviso, d'altra parte, la dottrina maggioritaria, che ha ricavato la natura plurioffensiva del reato di associazione di tipo mafioso dalla pluralità di finalità richiamate al terzo comma dell'art. 416-bis c.p., individuando, sia pure in maniera non univoca, diversi beni tutelati dalla disposizione. Parte della dottrina, ad esempio, ha ritenuto che, oltre all'ordine pubblico, s'intendesse tutelare l'ordinamento democratico e la libertà di mercato e di iniziativa economica (cfr. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2012, 493), oppure i diritti politici dei cittadini e la loro libertà morale (cfr. A. Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, 136). Si è altresì proposto di distinguere fra i beni giuridici tutelati in via primaria dalla norma (l'ordine

pubblico e la libertà morale dei cittadini) e quelli la cui tutela sia offerta solo in via mediata (l'ordine economico, il corretto funzionamento della pubblica amministrazione e l'ordinamento democratico), cfr. G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2015, 360 ss.

(14) Così G. Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1990, 51.

(15) Ricostruisce l'avvicinarsi dei modelli di partecipazione penalmente rilevante in dottrina e giurisprudenza C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., *passim*. Più recentemente in argomento, I. Giugni, *La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante tra legalità penale e disorientamenti ermeneutici*, in *Arch. pen.*, 2018, 2 ss. Da ultimo, cfr. M. Caterini, *"Osso, Mastroso e Calcagnoso"*, cit., 6 ss.

e scarsamente compatibile con i principi di personalità della responsabilità penale, materialità e offensività (par. 8.1).

Successivamente, il modello causale, inaugurato dalla sentenza Arslan, che ritiene suscettivo di sussunzione nel comma primo dell'art. 416-bis c.p. ogni "contributo (...) minimo ma non insignificante dal singolo apportato alla vita della struttura associativa ed in vista del perseguimento dei suoi scopi" (8.2). Orientamento più confacente ai richiamati principi fondamentali di marca costituzionale del diritto penale, ma non pienamente espressivo del *quid proprii* della partecipazione mafiosa, compendiato nella locuzione "fare parte" usata nell'art. 416-bis c.p. (16), oltre che foriero dell'abolizione di ogni autonomo ambito di operatività del concorso esterno.

L'elaborazione, poi, del modello c.d. organizzatorio di partecipazione, che valorizza l'inserimento del partecipe in una dinamica associativa di tipo relazionale, enfatizzando una serie di indici di rilevanza della condotta, quali l'avvenuto ingresso nel sodalizio, il riconoscimento dell'associato da parte del gruppo, il vincolo di obbedienza, l'*affectio societatis* e i poteri derivanti dall'affiliazione (par. 8.3).

La Corte riunita dà atto, poi, della fucinatura di un altro indirizzo ad opera delle stesse Sezioni Unite: la "formulazione sincretistico-additiva" del modello di partecipazione, messo a punto nella sentenza Mannino del 2005 (17), nella quale si valorizza il carattere funzionale dell'inserimento del sodale nell'associazione, affermando che, in sede processuale, non ci si possa limitare a considerare lo *status* acquisito dal partecipe nell'ambito della struttura associativa attraverso l'ingresso nel sodalizio, ma occorra provare anche la dimensione dinamica di tale ruolo, verificare, cioè, che siano stati posti in essere atti di militanza associativa espressivi del ruolo funzionale acquisito (par. 8.5).

La pronuncia in commento evidenzia come le Sezioni Unite Mannino abbiano distinto due diversi profili rilevanti in tema di partecipazione associativa: il *profilo sostanziale*, che attiene alla definizione degli elementi costitutivi del tipo di cui al comma primo

dell'art. 416-bis c.p., da un lato; e il *profilo processuale*, che attiene piuttosto alla prova della condotta penalmente rilevante e alla determinazione dei possibili indici sintomatici della stessa, dall'altro.

Tale distinguo e la confusione ingenerata circa la natura - di elemento costitutivo oppure di mera prova - di taluni degli indicatori probatori enucleati nella sentenza Mannino risultano (18), secondo le Sezioni Unite, alla base della formazione di una pluralità di indirizzi circa il valore della affiliazione rituale.

Il modello prescelto dalle Sezioni Unite: formalmente misto, sostanzialmente organizzatorio

Nella congerie di indirizzi passati in rassegna, la Corte riunita, ribadite le insufficienze dell'uno e dell'altro orientamento (par. 11), afferma che è "imprescindibile riprendere - mantenendola ferma - la conclusione a cui sono giunte le Sezioni Unite 'Mannino'", di talché "la partecipazione non si esaurisce né in una mera manifestazione unilaterale né in una affermazione di *status*: essa, al contrario, implica un'attivazione fattiva a favore della consorteria che attribuisca dinamicità, concretezza e riconoscibilità alla condotta che si sostanzia nel 'prendere parte'" (par. 11.2). Espressa, dunque, fedeltà alla concezione c.d. mista di partecipazione coniata nel 2005, la sentenza Modaffari vira, tuttavia, vistosamente e contraddittoriamente, verso il diverso paradigma organizzatorio da cui, nelle intenzioni, voleva distaccarsi (19).

Da un lato, infatti, nelle pieghe della motivazione si annacqua la consistenza della componente per così dire "causale" del modello tipizzato da Mannino: più che un atto di militanza associativa, tale da rappresentare la proiezione dinamica del ruolo assunto dal sodale, si richiede un qualsiasi contributo "visibile" alla vita dell'associazione, reso "anche in forme atipiche" e di carattere "sia materiale che morale". Caratteristiche, queste ultime, che richiamano alla mente, più che la condotta di partecipazione associativa, il concorso di persone nel reato e le acquisizioni

(16) Così in dottrina V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 102 ss.

(17) Paradigma di partecipazione, invero, più conosciuto come c.d. "modello misto". Utilizza l'etichetta "sincretistico-additivo" G. Fiandaca, *Nota a Cass. 05 giugno 2013, Spagnolo*, in *Foro it.*, 2014, 161 ss., riferendosi, però, in chiave critica all'indirizzo ermeneutico che ritiene l'inserimento organico in un sodalizio mafioso un contributo dotato *ex se* di rilevanza causale rispetto alla vita dell'associazione medesima, e, quindi, penalmente rilevante a prescindere dall'avvenuta attivazione successiva dell'associato.

(18) Addita l'ambiguità degli indicatori fattuali enucleati dalle Sezioni Unite Mannino come uno dei difetti della pronuncia,

evidenziando come la disomogeneità dei fattori indicati nel catalogo abbia spianato la strada alla processualizzazione dei requisiti della fattispecie, V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., 735.

(19) Evidenzia come le Sezioni Unite Modaffari segnino un ritorno al modello organizzatorio di partecipazione associativa in una inedita versione debole V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., 738. Sul punto cfr. anche A. Apollonio, *La partecipazione all'associazione mafiosa nell'impostazione (problematica) delle Sezioni Unite*, in www.giustiziainsieme.it.

in tema di concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso.

Dall'altro, si afferma che, ai fini dell'integrazione del delitto ex art. 416-bis c.p., il compendio probatorio deve consentire di verificare se "la compenetrazione nel tessuto criminale abbia generato o meno un'effettiva 'messa a disposizione'", di fatto riconoscendo rilevanza al solo dato dell'avvenuto ingresso nell'organigramma dell'associazione, del tutto svincolato da ogni sorta di successiva attivazione del sodale.

Secondo il massimo organo nomofilattico, il delitto di partecipazione inteso in un'accezione mista finisce con il consistere in uno "stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa della associazione (...) idoneo (...) a dare luogo alla 'messa a disposizione' del sodalizio stesso per il perseguimento dei comuni fini criminosi".

La conclusione sulla possibile rilevanza "condizionata" della mera affiliazione

Risolte tali questioni preliminari, afferenti al piano della tipicità, le Sezioni Unite si concentrano sulla presunta valenza probatoria (*recte*: indiziaria in ottica cautelare) dell'affiliazione rituale quale elemento sufficiente ad integrare la tipicità oggettiva della fattispecie ex art. 416-bis c.p.

La Corte riunita ribadisce che "il presupposto che 'lega' l'adepto alla consorterìa è il suo stabile inserimento nella stessa" - ancora una volta enfatizzando la componente organizzatoria della nozione di partecipazione -, aggiungendo, tuttavia, che tale vincolo può realizzarsi in modi diversi: in maniera formale, attraverso i rituali di adesione, oppure in concreto, attraverso "il compimento di attività causalmente orientate a favore dell'associazione" (par. 12.1).

Se, però, secondo le Sezioni Unite, in quest'ultimo caso non sono necessari ulteriori elementi di prova, in ragione della "indubbia autoevidenza" di tali atti, diversamente, nel caso di affiliazione rituale, occorre verificare la sussistenza di altre fonti di prova che comprovino l'avvenuta messa a disposizione nei confronti del sodalizio, l'effettiva assunzione del ruolo assegnato. Si osserva, infatti, che, se il rito di affiliazione "assume un rilievo denso di significati probatori proprio in conseguenza del valore drammaticamente vincolante che si origina da quel gesto simbolico", "è pur vero che all'iniziale giuramento può non seguire l'effettiva assunzione di qual ruolo assegnato o promesso dall'affiliato e,

quindi, mancare non solo una concreta attivazione del soggetto a favore del gruppo, ma anche la 'messa a disposizione' a favore del sodalizio".

La Corte, dunque, conclude che l'affiliazione rituale debba considerarsi non elemento costitutivo del reato, ma "grave indizio della condotta di partecipazione" intesa in una accezione "manniniana", "ove risulti - sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza - alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione" e, dunque, quando si sostanzi in una "messa a disposizione" seria e continuativa a favore del sodalizio (par. 14).

I dubbi di compatibilità con il principio di legalità

Nonostante gli sforzi profusi sia nella parte ricostruttiva dei contrasti interpretativi, sia in quella recante i nuovi principi di diritto, la sentenza non convince pienamente.

In primo luogo, non persuade a monte la definizione della fattispecie legale e astratta di partecipazione come "stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa della associazione (...) idoneo (...) a dare luogo alla 'messa a disposizione' del sodalizio stesso per il perseguimento dei comuni fini criminosi"; in secondo luogo, non convince a valle la considerazione in una prospettiva probatoria della affiliazione rituale come possibile "indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio" intesa nei termini appena descritti, ove risulti l'espressione seria ed effettiva di un "patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato e associazione".

Una simile duplice affermazione, sebbene sia preceduta come si è visto da una dichiarazione di condisione della sentenza Mannino 2005 e del modello misto di partecipazione penalmente rilevante da questa sancito, e da ulteriori riferimenti che paiono accogliere le precisazioni ancor più puntuali della sentenza Pesce della Suprema Corte 2016 sulla struttura "bifasica" o "dualistica" della condotta partecipativa (20), sembra invero riportare le lancette del tempo indietro al reativo modello organizzatorio puro che, invece, si dice di rinnegare apertamente, accontentandosi ai fini della configurabilità del

(20) Cass. Pen., Sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce.

delitto di partecipazione (anche) del mero inserimento iniziatico nella associazione con *affectio societatis*, in una prospettiva sinallagmatico-contrattualistica (21).

Tale opzione ermeneutica, oltre a confondere il piano della fattispecie legale della partecipazione associativa con quello degli indizi sintomatici della sua sussistenza in concreto, trattando come questione probatoria-processuale (*recte*: indiziaria-cautelare) una questione interpretativa relativa all'ampiezza della fattispecie incriminatrice (22), finisce con il plasmare un tipo criminoso che presenta profili di difficile compatibilità sia con il principio di legalità, che con i principi di offensività e proporzionalità/ragionevolezza della pena.

Innanzitutto, sembra risultare scarsamente compatibile con il tipo criminoso tipizzato al comma primo dell'associazione di tipo mafioso. Interpretando la disposizione in maniera sistematica, tenendo conto, cioè, degli altri commi che compongono l'art. 416-bis c.p., non pare sostenibile una versione diafana del modello misto, né tantomeno il paradigma organizzatorio puro: non solo la precisazione che "l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva" contenuta al comma 3, ma anche la mancata previsione, al comma secondo, della figura del *costitutore* fra quelle per così dire direttive punite più gravemente, rendono chiaro che non ci possa accontentare del mero patto, iniziale/constitutivo dell'associazione o successivo/rafforzativo della stessa, per ritenere integrate le fattispecie descritte dall'art. 416-bis c.p.

Ancora, sempre sul versante della legalità, stride con le esigenze costituzionali di precisione e determinatezza della fattispecie generale ed astratta e con quelle convenzionali di accessibilità e prevedibilità della base legale, essendo incentrato su concetti decisamente fluidi e generici come quello di messa a disposizione e quelli ad esso "satellitari" di stabilità ed effettività/serietà.

Il concetto di "disponibilità" è del tutto privo di forza descrittiva di un fatto concretamente lesivo dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie di cui all'art. 416-bis, comma 1, c.p. e tale da legittimare le severissime pene edittali comminate in un'ottica di proporzionalità intrinseca rispetto a condotte ben più articolate e "corpose" di partecipazione (23). Com'è stato rilevato in sede di primo commento, più che rappresentare l'essenza della condotta di partecipazione mafiosa, a causa della sua eccessiva "elasticità" ed astrattezza, può costituire un concetto utile a compendiare nella sfera parallela dei laici, in modo atecnico, l'effetto complessivo che genera una affiliazione rituale seguita da contributi concreti agli scopi del sodalizio che ne suggellino l'effettivo, stabile e dinamico inserimento al suo interno (24).

Discorso in parte analogo vale anche per i due requisiti della "stabilità e serietà" che dovrebbero connotare la messa a disposizione originata da una affiliazione rituale, essendo evidentemente anche questi privi di una chiara capacità denotativa del fatto di partecipazione penalmente rilevante e contribuendo, all'opposto, ad aprire amplissimi e pericolosissimi spazi alla discrezionalità del giudice del caso concreto in tutte le ipotesi in cui si discuta della configurabilità del delitto ex art. 416-bis, comma 1, c.p. in presenza della sola affiliazione, con tutto quelle che ne discende in termini di compatibilità di una fattispecie così definita con i principi di precisione e determinatezza di cui all'art. 25, comma 2, Cost. e di accessibilità della base legale e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 7 CEDU e, parametro interposto, art. 117 Cost.

Da reato permanente a reato a schema duplice?

In secondo luogo, questa soluzione presenta un altro ancor più macroscopico limite sul piano della legalità penale: quello di trasformare la natura giuridica del delitto di partecipazione associativa mafiosa in contrasto con il suo tenore letterale.

Notoriamente, tale fattispecie è considerata reato permanente la cui consumazione cessa nel momento

(21) Diversamente, A. Apollonio, *La partecipazione all'associazione mafiosa*, cit., par. 5, vede nella richiesta dall'accertamento "causale" del dato ulteriore della messa a disposizione (rispetto alla mera affiliazione rituale) un inutile appesantimento probatorio.

(22) Sottolineano tale sovrapposizione tra piano legale e piano probatorio V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., 739; G. Fiandaca - A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore*, cit., 8 del dattiloscritto.

(23) In termini critici sulla inclusione della "disponibilità" nel fuoco della partecipazione associativa G. Fiandaca - A. Merlo, *La partecipazione associativa è ancora in cerca di autore*, cit., i quali segnalano la "intrinseca ambiguità" di questo concetto che può "essere identificato con una 'condizione' o uno 'stato', piuttosto che con un comportamento puntuale e concreto; con un dato potenziale, piuttosto che con un dato effettivo".

(24) Così molto chiaramente V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., 736.

in cui si scioglie l'associazione o si registra il recesso volontario del reo, con tutto quello che ne discende anche sul versante penale sostanziale e processuale in tema di individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti*, nonché della autorità giudiziaria territorialmente competente (25).

Ritenendo invece possibile configurare il delitto in parola anche in caso di mera affiliazione rituale, purché connotata dall'evanescente aspetto della "idoneità a dare luogo alla messa a disposizione" stabile e duratura a favore del clan, si finisce con l'enfatizzare al suo interno la dimensione sinallagmatico-contrattualistica che dovrebbe costituire, al massimo, uno dei segmenti di una figura ben più robusta, in cui cruciale dovrebbe essere sempre la realizzazione di attività a sostegno del sodalizio.

Una simile alternativa ermeneutica trasforma il 416-bis, comma 1, c.p. da reato permanente a carattere prevalentemente fattuale-comportamentale in reato a schema duplice che può, alternativamente, configurarsi sia nello schema principale della partecipazione dinamica che in quello subalterno e "statico" del mero accordo-affiliazione implicante messa a disposizione.

Vale a dire che la fattispecie giungerebbe ad assumere una fisionomia cangiante, alla stregua dei delitti di corruzione (26), a seconda del materiale probatorio a disposizione nel singolo giudizio, potendo essere configurata nello schema principale quando si abbia la prova di un apporto effettivo e continuativo fornito dal partecipe al sodalizio, anche a prescindere dall'accertamento della affiliazione rituale, e nello schema secondario quando difetti la prova di comportamenti del reo strumentali alle attività del gruppo mafioso e ci sia solo quella della affiliazione rituale e, dunque, del sinallagma sancito con l'associazione mafiosa, purché espressivo di una disponibilità effettiva e duratura.

Com'è noto, però, i reati a schema duplice sono categoria dommatica (controversa (27)) costruita partendo da una base legale ben differente, in cui è prevista *expressis verbis* dal legislatore la realizzabilità in forma alternativa del tipo criminoso, tanto con la

stipula di una mera promessa o accordo, quanto con la sua concreta esecuzione, come, ad esempio, i delitti dalla chiara struttura "duale" di cui agli artt. 318, 319, 416-ter e 644 c.p.

Nell'art. 416-bis c.p., invece, il legislatore ha conformato i fatti penalmente rilevanti in due ipotesi delittuose autonome e nettamente differenti, quella del primo comma che punisce le condotte di partecipazione associativa e quella del secondo comma che punisce le condotte di direzione associativa. In nessuna ha introdotto un accenno alla possibile configurabilità del delitto sulla base di un mero accordo o promessa iniziale; anzi, nella seconda non ha previsto la figura del mero "costitutore" rimasto successivamente inattivo, diversamente che per la fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p.

Né, tanto meno, è contemplata nello stesso articolo o in altri limitrofi una autonoma e ulteriore fattispecie incriminatrice tesa a punire, con pene edittali meno severe, il semplice patto iniziale di reclutamento-affiliazione, come invece è stato fatto in materia di terrorismo internazionale, dove il legislatore ha esplicitamente ammesso tale eventualità nell'art. 270-*quater* c.p., indirettamente riconoscendo che, in assenza di una previsione *ad hoc*, quel genere di condotte non avrebbe mai potuto integrare il delitto più grave di partecipazione associativa terroristica di cui all'art. 270-bis c.p. (28).

Ragionare diversamente nel caso di specie significa travolgere il principio dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* che è articolazione implicita della legalità penale.

I contrasti con l'offensività e la proporzionalità della pena

La soluzione patrocinata stride, inoltre, con i principi di offensività e proporzionalità/ragionevolezza (nonché rieducazione) della pena di cui al combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Ed infatti, in forza del primo, la partecipazione associativa mafiosa può essere punita solo quando si sostanzia in comportamenti concreti effettivamente

(25) Sulla natura permanente cfr. G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 385; M. Ronco, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano-G. Tinebra, a cura di, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 98; in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 8 ottobre 2014, n. 53118, Colorisi e altri.

(26) Sulla natura "a schema duplice" dei delitti di corruzione cfr. M. Pelissero, *I delitti di corruzione*, in M. Pelissero - C.F. Grosso, a cura di, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 215 ss.; M. Tortorelli, *I delitti di corruzione. Caratteri generali*, in S. Fiore - G. Amarelli, *I delitti dei pubblici*

ufficiali contro la pubblica amministrazione, Torino, 2021, 146 ss.

(27) In termini critici sulla categoria e, quindi, sulla individuazione del momento consumativo, cfr. M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 147; M.A. Amisano, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 352.

(28) Mette in luce questo argomento Cass. Pen., Sez. I, 17 giugno 2016, n. 55359, Pesce; nonché V. Maiello, *La partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova*, cit., 734.

lesivi degli interessi giuridici protetti e, quindi, tanto capaci di produrre un danno ai diritti dei singoli che si relazionano con quell'affiliato, tanto di rappresentare un pericolo, per ciò solo, per l'ordine pubblico e gli altri beni tutelati in via cumulativa o alternativa dall'art. 416-bis c.p. (29). Una mera affiliazione, invece, per quanto caratterizzata dai crismi della serietà e stabilità, costituisce un fatto prodromico rispetto alla contribuzione continuativa e dinamica alle attività di un sodalizio criminale, espressiva di un disvalore ridotto e solo potenziale rispetto ai beni giuridici tutelati, in relazione alla quale, quindi, non può mai ravvisarsi il delitto in parola (30).

Mentre in forza del principio di proporzionalità e ragionevolezza della pena - oggi divenuto sempre più giustiziabile anche dalla Corte costituzionale che, invece, fino al recente passato evitava di pronunciarsi sul precetto secondario delle norme incriminatrici considerando la disciplina sanzionatoria nel *quantum* e nella *species* materia politica di competenza esclusiva del legislatore (31) - sembra davvero difficile considerare adeguato il rigorosissimo trattamento sanzionatorio comminato dal legislatore in presenza di una mera affiliazione rituale, per quanto accompagnata da una messa a disposizione seria ed effettiva.

Solo una accezione mista o integrata della partecipazione è conforme al principio di offensività, evitando di arretrare in modo esasperato il momento di intervento del diritto penale rispetto a fatti eccessivamente distanti dalla lesione dei beni giuridici tutelati; così come risulta coerente con le istanze di proporzionalità e ragionevolezza intrinseca della pena, altrimenti travolte laddove si ammetta l'applicazione del severissimo trattamento sanzionatorio previsto "per ciò solo" dall'art. 416-bis c.p. in relazione anche a condotte dotate di un disvalore rarefatto e "in potenza" come le mere affiliazioni.

Inoltre, la nozione "mista forte" di partecipazione, messa da parte dalle Sezioni Unite nonostante la proclamata fedeltà al modello Mannino del 2005, è imposta dal canone ermeneutico sistematico.

Il fatto di cui all'art. 416-bis, comma 1, c.p. deve essere, infatti, delineato alla luce della definizione di associazione mafiosa contenuta nel successivo

comma 3, costituendone quest'ultimo elemento normativo non obliterabile.

Nel momento in cui si afferma - come, peraltro, correttamente fanno anche le Sezioni Unite nella protasi della sentenza - che la fattispecie associativa mafiosa, grazie alla definizione del comma 3, ha una originale e particolarissima natura mista o "che delinque" e non "per delinquere", per la cui configurazione è necessario accertare l'esteriorizzazione della forza di intimidazione e dei suoi effetti, è gioco forza riconoscere nella apodosi il carattere attivo-causale della condotta penalmente rilevante di partecipazione alla stessa.

Solo tenendo conto anche del contegno dinamico-comportamentale dell'affiliato a favore del clan si evita di incriminare, in spregio all'offensività, un mero *status* soggettivo e di focalizzare l'intervento penale rispetto a condotte di effettiva intraneità mafiosa, espressive della capacità del singolo di avvalersi della forza di intimidazione promanante dal vincolo associativo e capaci di produrre assoggettamento e omertà nei suoi interlocutori, anche a prescindere dalla commissione di delitti. Un mero affiliato rituale, invece, in assenza di ulteriori riscontri probatori sul suo apporto fattivo al sodalizio, non è in grado di sprigionare all'esterno la *vis* intimidatoria del clan mafioso in cui è appena stato "accolto".

Breve: così come, avvalendosi dell'interpretazione sistematica, le stesse Sezioni Unite in un ambito ben diverso hanno ritenuto estranee al fatto tipico descritto dall'art. 73 T.U. stupefacenti le condotte di mera coltivazione domestica, *mutatis mutandis* avrebbero dovuto raggiungere conclusioni simili anche in questo caso, considerando atipiche le mere affiliazioni rispetto al delitto di partecipazione mafiosa (32).

L'equivoco sulla verosimiglianza delle massime di esperienza

Infine, la sentenza non convince per il ragionamento che sviluppa circa le massime di esperienza allo scopo di suffragare la decisione adottata.

In realtà, la verosimiglianza della regola esperienziale relativa alla natura sintomaticamente "partecipativa" delle affiliazioni rituali serie, stabili ed effettive, implicanti una permanente messa a disposizione del sodalizio, dipende dal paradigma di mafia (o meglio

(29) Evidenziano bene tale profilo I. Merenda - C. Visconti, *Metodo mafioso e partecipazione associativa*, cit., 67. Sviluppa in modo chiaro le criticità affioranti sul piano della offensività e della proporzionalità M. Caterini, *"Osso, Mastrosso e Calcagnosso"*, cit., 18 ss.

(30) Per tali rilievi in sede di commento alla ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite V. Maiello, *L'affiliazione rituale alle mafie*

storiche al vaglio delle Sezioni Unite, in www.sistemapenale.it, 10 maggio 2021, 16 ss.

(31) In argomento, si veda per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021.

(32) Cass. Pen., SS.UU., 19 dicembre 2019, n. 12348 (dep. 16 aprile 2020), Caruso.

ancora, da quello di partecipazione mafiosa) che si impiega.

Tale massima, difatti, può essere affidabile solo quando si assuma come riferimento un concetto di appartenenza associativa di tipo socio-criminologico, dotato cioè di caratteri identitari più elastici e fortemente condizionato dalla forza evocativa che hanno nel “discorso pubblico” i riti di iniziazione implicanti impegni di sangue perpetui e non rescindibili tra sodale e clan.

Certamente non lo è quando si prenda come riferimento un opposto paradigma partecipativo di tipo strettamente giuridico, vale a dire quello tracciato dal legislatore nella trama legale del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell’art. 416-bis c.p.

In questa diversa prospettiva, in cui si accoglie - per le ragioni assiologiche chiarite almeno sulla carta anche dalle Sezioni Unite - una nozione forte e mista di partecipazione associativa, in quanto unica in grado di legittimare la sua incriminazione “per ciò solo” con le elevatissime pene edittali comminate, la regola di esperienza sulla reale “mafiosità” della nuda affiliazione non è valida. Mai, infatti, una iniziazione rituale può essere sufficiente, anche alle peculiari condizioni individuate da *Modaffari*, ad integrare il delitto dalla struttura necessariamente dinamico-fattuale definito dai commi 1 e 3 dell’art. 416-bis c.p. (33).

L’unica soluzione plausibile: il tentativo di partecipazione

Tuttavia, se la mera affiliazione non può integrare un fatto di partecipazione penalmente rilevante per le ragioni anzidette, non significa che debba essere considerata indifferente per il diritto penale.

Tutt’altro.

Anche perché costituisce un frammento obiettivamente centrale nella vita delle consorterie mafiose tradizionali, rappresentando la piattaforma per la continua prosperazione nel tempo e nello spazio, tramite un allargamento della compagine “sociale” e un rafforzamento, potenziale, della capacità di intimidazione.

Si ritiene, allora, che le comprensibili istanze di difesa sociale sottese alla decisione in epigrafe potevano e dovevano essere soddisfatte diversamente, senza

alterare la fisionomia della fattispecie legale e senza alimentare contrasti con i principi di legalità, offensività e proporzionalità della pena.

In particolare, la soluzione più ragionevole parrebbe quella indicata da una parte della dottrina (34), per un verso, di ribadire la natura realmente mista o duale della condotta di partecipazione mafiosa in quanto unica coerente con i suddetti principi di garanzia, e, per altro verso, di qualificare il mero patto iniziatico come tentativo di partecipazione associativa ai sensi del combinato disposto degli artt. 56 e 416-bis, comma 1, c.p.

A rendere percorribile una simile alternativa è proprio la caratura (tendenzialmente) bifasica della condotta tipizzata che involge tanto una (eventuale) componente statico-organizzatoria, quanto una (ineludibile) componente dinamico-comportamentale. Questo dato oggettivo-strutturale comporta che, laddove si riscontri unicamente la realizzazione del primo segmento della fattispecie, si possano ritenere configurati solo degli atti idonei e univoci a commettere il delitto in parola.

Rispetto al tentativo, peraltro, apparirebbe anche verosimile la massima di esperienza in forza della quale, l’affiliazione rituale è sintomatica, secondo l’*id quod plerumque accidit*, non già di una effettiva intraneità, ma di una futura partecipazione reale, stabile e attiva alle attività del sodalizio mafioso.

Inoltre, a corroborare tale ipotesi concorre anche l’interpretazione sistematica ed il raffronto già proposto con l’art. 270-quater c.p. in materia di arruolamento dei terroristi internazionali (35): da una simile comparazione sinottica si desume che, in forza del principio di legalità, per poter punire una condotta di semplice messa a disposizione con una intesa seria e vincolante, non ai sensi del tentativo, è necessaria una espressa norma incriminatrice, esorbitando tali condotte dal novero dei fatti punibili ai sensi della omologa fattispecie di partecipazione associativa di cui all’art. 270-bis c.p.

Una simile soluzione non solo eviterebbe una dilatazione del tipo criminoso ben oltre i limiti del suo ambito di prensione tracciato dal combinato disposto dei due commi dell’art. 416-bis c.p. che non includono in alcun modo la mera affiliazione, ma precluderebbe una irragionevole assimilazione *quoad poenam* di situazioni profondamente diverse in

(33) Propone di distinguere il valore probatorio del rito iniziatico tra mafie storiche e mafie tradizionali, riconoscendo capacità asseverative della appartenenza mafiosa solo nel primo caso, A. Apollonio, *La partecipazione all’associazione mafiosa*, cit., par. 4.

(34) Per tale auspicio, V. Maiello, *L’affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 16 ss.; Id., *La*

partecipazione associativa tra (fuga dalla) tipicità e (assorbimento nella) prova, cit., 739.

(35) Non ritiene adeguato il parallelismo con l’art. 270-quater c.p., in ragione del differente substrato criminologico di riferimento, A. Apollonio, *La partecipazione all’associazione mafiosa*, cit., par. 5.

termini di portata lesiva per i beni giuridici tutelati, quali la partecipazione effettivamente dinamica e la mera affiliazione ancora non seguita da condotte attive a favore del sodalizio.

Quanto rilevato sinora lascia pensare che, nonostante l'autorevolezza della decisione e la sua efficacia rafforzata, si possa assistere nell'immediato futuro ad un nuovo intervento delle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis, c.p.p. per risolvere, questa volta in maniera davvero chiara e definitiva, il problema della rilevanza penale della affiliazione rituale, non essendo possibile distaccarsi da questo "precedente" in altra maniera.

La speranza recondita è, però, ben altra: che il legislatore, a quarant'anni dalla sua introduzione, finalmente intervenga sull'art. 416-bis c.p., tipizzando espressamente la condotta della mera affiliazione come fattispecie circostanziale o come figura delittuosa autonoma meno grave rispetto a quella di partecipazione e, perché no, disciplinando in modo altrettanto tassativo il concorso esterno.

Un ultimo dubbio: verso un nuovo *affaire Contrada*?

In ogni caso, laddove, invece, si dovesse stabilizzare questo principio anodino, che scardina i rapporti tra

potere legislativo e giudiziario, attribuendo una discrezionalità ai limiti dell'arbitrio al secondo nella decisione *case by case* circa la rilevanza penale della mera affiliazione, si riverserebbe sul tappeto una nuova questione, quella della possibile efficacia retroattiva o meno di un simile arresto giurisprudenziale sfavorevole rispetto a tutti i fatti commessi prima della sua pronuncia (36).

Potrebbero, invero, riproporsi problemi analoghi a quelli sollevati in passato dalle decisioni delle Sezioni Unite in materia di concorso esterno nel caso *Contrada* e in quelli dei c.d. fratelli minori ancora irrisolti definitivamente, anche dopo le Sezioni Unite 2020 Genco (37).

Si dovrà allora verificare se si sia trattato di un *overruling in malam partem* oggettivamente e assolutamente imprevedibile, e, dunque, non estensibile ai fatti pregressi di affiliazione rituale, oppure se (come sembra) si sia trattato di un semplice caso di soluzione di un fisiologico contrasto ermeneutico, estraneo, dunque, alla garanzia della irretroattività e della accessibilità-prevedibilità e pacificamente applicabile ai comportamenti commessi prima della sua adozione. Anche quest'ultimo risvolto eventuale della decisione pare, però, confermare l'unica certezza esistente in materia: il dibattito sulla partecipazione associativa è tutt'altro che chiuso.

(36) Recentemente sul problema dei mutamenti giudiziari sfavorevoli G. Caruso, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in www.sistemapenale.it, 20 aprile 2021; I. Giugni, *Diritto giurisprudenziale e irretroattività della legge penale scritta. Compatibilità e limiti di un binomio*

antitetico, in www.lalegislazionepenale.eu, 17 settembre 2021.

(37) Sul punto sia consentito rinviare al nostro G. Amarelli, *L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza Contrada*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di AA.VV., 2020, 59 ss.