

Vincenzo Militello

**LA "LOTTA" ALLA CRIMINALITÀ
ORGANIZZATA**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

VINCENZO MILITELLO

Ordinario di Diritto penale - Università degli Studi di Palermo

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA (*)

Abstract

Il contributo considera possibilità, limiti e condizioni dell'intervento del diritto penale nell'ampio fronte delle misure di contrasto al crimine organizzato. Si nega in primo luogo che tale forma di criminalità abbia una natura meramente temporanea e contingente, e che dunque la relativa normativa di contrasto possa confinarsi ad una pur grave, ma circoscritta stagione dell'emergenza. Si verifica quindi la materia alla luce delle due teorie del diritto penale del nemico e del diritto penale di lotta. La conclusione nega l'utilizzabilità di formule così generali, per ragioni di ordine costituzionale e connesse ai caratteri costitutivi dell'intervento penale, per pronunciarsi a favore invece di un controllo di questo importante settore dell'ordinamento da condurre sul piano delle singole norme e non per categorie complessive.

773

The “Fight” against Organized Crime

Abstract

This paper addresses the possibilities, limits and conditions for an intervention of criminal law in the broad range of measures aimed at combating organized crime.

(*) Relazione, completata dei riferimenti essenziali, all'VIII Convegno annuale dell'Associazione Nazionale Professori di Diritto Penale “Il diritto penale ‘dei nemici’. Verso un nuovo diritto penale dell'autore” (Siracusa, 25-26 ottobre 2019). Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Insolera*.

VINCENZO MILITELLO

First, it must be excluded that this form of crime has a merely temporary and contingent nature and, therefore, that the applicable legislation may be limited to a serious but always circumscribed emergency season. Then, the issue is investigated from the standpoint of the two theories of the criminal law of the enemy and of criminal law “of fight”. The conclusion points against the usability of such general formulas, both for constitutional reasons and because of the very features of criminal law. The author recommends that this important area of legislation be monitored in terms of individual standards and not in terms of overarching categories.

SOMMARIO: 1. Il diritto penale del nemico fra unitarietà e differenziazione dei soggetti di riferimento. — 2. La criminalità organizzata da contingente emergenza a perdurante emergenza. — 3. La progressiva stratificazione normativa in materia: *insula in flumine nata*. — 4. La normativa antimafia alla prova del DNA del diritto penale del nemico. — 5. Le ragioni per un “disconoscimento di paternità” della teoria in relazione all’insieme delle norme penali in materia. — 6. Il diritto penale sotto il prisma della “lotta” alla criminalità organizzata e alla luce del paradigma punitivista europeo. — 7. Per una riconduzione della ‘lotta’ alla criminalità organizzata alla ‘moralità del conflitto’ insito nel diritto penale.

774

È legittimo, e fino a che punto, che il diritto penale sia parte del pur differenziato sistema di “lotta” a quella componente del fenomeno criminale caratterizzata da una pluralità di soggetti che si organizzano per realizzare molteplici fatti di reato?

O il diritto penale non può rivolgersi a contrastare fenomeni sociali complessi, magari colpendo a tal fine “tipologie di autore” (il mafioso, il camorrista etc.) variamente individuate come “nemici”, essendo il suo compito solo la definizione di responsabilità individuali rispetto a specifici fatti di reato?

1. *Il diritto penale del nemico fra unitarietà e differenziazione dei soggetti di riferimento.* — Gli interrogativi in epigrafe intendono prevenire il rischio che il pur lapidario titolo assegnato al presente contributo induca aspettative eccessive rispetto ai molteplici profili del fenomeno (notoriamente anche extragiuridici: storici, sociali, economici), certamente non secondari ma distanti dal *focus* del nostro dibattito. Le questioni sollevate non solo evocano subito il nucleo problematico della risposta penale alle organizzazioni criminali, ma la collocano anche nel quadro della verifica rispetto all’attuale orizzonte problematico della nota e internazionalmente dibattutissima teoria di *Jakobs* sul diritto

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

penale del nemico, a distanza di oltre trenta anni dalla sua prima formulazione¹.

Il collegamento così operato fra tale lettura di alcune tendenze rinvenibili nella legislazione penale in numerosi ordinamenti contemporanei e l'intervento in materia di criminalità organizzata suscita nuovi motivi di riflessione su un fascio di questioni, che invero già da tempo avevano visto una diffusa reazione di rigetto all'ammissibilità teorica e alla legittimità costituzionale delle argomentazioni e delle conclusioni politico-criminali della suddetta teoria².

Di tale contrarietà sono numerosissime le tracce anche in Italia in vari contributi, ma forse il momento pubblico più rappresentativo di questo sentire comune è rintracciabile nel congresso di Trento del 2006 su “Delitto politico e diritto penale del nemico”, nel quale la presenza dello stesso *Jakobs* stimolò un confronto diretto e serrato sui principali aspetti della sua teoria³. Nonostante questa non fosse originariamente prospettata in termini ristretti ad un singolo fenomeno criminale, ma potesse comprendere caratteri e tendenze dell'intervento penale in settori svariati, i tratti caratterizzanti del diritto penale del nemico appaiono quasi ritagliati a misura sui problemi connessi al terrorismo e alla relativa risposta penale. Nel terrorismo il singolo fatto acquisisce il suo significato nel contesto di una ideologia che mira ad un sovvertimento complessivo del sistema legale: la valenza del comportamento terroristico non si esaurisce nella singola offesa considerata isolatamente anche quando si dirige verso beni giuridici specifici. Da qui, l'affermazione, secondo

775

¹ A partire dal suo intervento al Convegno dei professori di diritto penale di Francoforte sul Meno nel 1985: JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 751 s. Fra i suoi numerosi altri interventi sul tema, in specie *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Beck, 2000, p. 47 s.; *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, F. Schönig, 2004, p. 39 s.; *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in HRRS, 2004, p. 93 s.

² Cfr., fra i molti contributi nel contesto originario, SALIGER, *Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?*, in *JZ*, 2006, p. 756 s.; GRECO, *Über das so genannte Feindstrafrecht*, in *GA* 2006, p. 96 s.; HÖRNLE, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“*, in *GA* 2006, p. 80 s.; oltre alle raccolte in UWER (Hrsg.), „Bitte bewahren Sie Ruhe“. *Leben im Feindrechtsstaat*, Vereinigung Berliner Strafverteidiger, 2006; VORMBAUM (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT, 2010; ed in ambito internazionale CANCIO MELIÁ/ GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo - El discurso penal de la exclusión*, vol. I-II, Edisofer, 2006. Da noi le raccolte in *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione giustizia*, 4/2006; ed in DONINI/PAPA (cur.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, 2007.

³ Gli atti, a cura di GAMBERINI/ORLANDI, sono stati pubblicati da Monduzzi, 2007.

VINCENZO MILITELLO

Jakobs, di una differenza di fondo con il reato posto in essere da un soggetto, che non mette in discussione la vigenza dell'ordinamento nel suo complesso. L'autore tedesco ne trae però come conseguenza una negazione dello *status* di cittadino, ed anzi la stessa condizione di persona, nei confronti di colui che rompe i ponti con la società e ciò per spiegare — ed inevitabilmente a fondare — una reazione statuale, anche attraverso il diritto penale, spinta sino a neutralizzarne la pericolosità. Una conclusione del genere entra tuttavia in aperta collisione con precisi principi costituzionali, solidamente impiantati anche nelle carte sovranazionali, a partire dal riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana, non alienabili in conseguenza del comportamento del singolo.

Ammesso questo punto fermo, se dal nemico terrorista si allarga la considerazione alla tenuta della teoria in relazione ad altri possibili “nemici” ricollegabili ad altre e differenziate tipologie di autore, non viene certo meno il suo macroscopico difetto di fondamento della riduzione dei nemici a non persone, che rimane del tutto priva di qualsiasi aggancio normativo ed anzi contraria a varie fonti nazionali ed internazionali sulla dignità dell'uomo come valore intangibile. D'altra parte, procedere ad una verifica della differenziazione di regole indotta dalle esigenze di tutela nei confronti di altri fenomeni criminali e dei rispettivi protagonisti mette in luce profili ulteriori in relazione alle varie situazioni di volta in volta considerate.

Se si concentra l'attenzione sulla criminalità organizzata, in particolare, l'idea che i componenti di una organizzazione criminale si collochino al di fuori della sfera di validità dell'ordinamento giuridico appare più forzata, quantomeno nel senso che essa si configura come generalizzazione indebita di forme di aggregazione reciproca caratterizzate da sottoculture locali, ma che non esauriscono i modelli esplicativi delle moderne organizzazioni criminali. Vero è che le mafie tradizionali hanno conosciuto rituali iniziatici, modalità di offesa e persino modelli di comportamento ben caratterizzati e separati da quelli della società legale⁴. Tuttavia, le organizzazioni criminali operanti in vari ambiti illeciti — rispetto ad esempio alle molteplici specie di traffici anche

⁴ Sino alla nota considerazione di Santi Romano della mafia come distinto ordinamento giuridico: cfr. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, *Foro it.*, 1995, p. 24; ed anche V. MACRÌ, *La 'ndrangheta e le sue leggi*, in CICONTE/MACRÌ/ FORGIONE, *Ossò, Mastroso, Carcagnosso. Immagini, miti e misteri della 'Ndrangheta*, Rubet-

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

transnazionali⁵ — assumono da tempo forme e modalità non sempre caratterizzate da una rigida chiusura rispetto al funzionamento del sistema giuridico: anzi i suoi soggetti possono ben infiltrarsi in quest’ultimo, per inquinarne la vita economica, politica e sociale, non dunque rifiutandole frontalmente, ma sfruttandole in modi che, senza intaccarne formalmente l’esistenza, ne rappresentano una sorta di parassita che, insediandosi in forme più o meno occulte all’interno di un albero, ne succhia la linfa vitale⁶.

A fronte di un tale scenario, l’azione di contrasto sviluppata in materia nel nostro ordinamento è ormai risalente e, sul versante strettamente penalistico, ha prodotto una stratificazione normativa che si è innestata con caratteristiche specifiche nel quadro tradizionale del sistema disegnato dal codice del 1930. Di seguito, si cercherà la chiave di lettura più adatta a comprendere genesi, funzioni e criticità di tale processo di trasformazione del volto recente del diritto penale, che sin dalle sue prime manifestazioni è stato avvertito come speciale, e per questo ricondotto ad una particolare, e dunque contingente, emergenza (*infra* par. 2). Occorrerà richiamare in pur rapida sintesi le tappe significative degli interventi normativi di più diretta rilevanza penalistica, al fine di restituire almeno il senso delle innovazioni rispetto all’impianto tradizionale del sistema, in particolare ai suoi limiti di efficacia ma anche alle sue insopprimibili garanzie (par. 3). Si potrà a tal punto verificare la sovrapponibilità di tali innovazioni ai marcatori teorici del diritto penale del “nemico”, con tutto il carico di implicazioni problematiche per il rispetto dei diritti fondamentali connesso a tale paradigma (par. 4-5). Infine, il titolo assegnato al presente contributo non consente di concluderlo senza interrogarsi se non sia piuttosto la lotta al fenomeno delle organizzazioni criminali la formula esplicativa più adatta a inquadrare le

777

tino, 2010, p. 15 s. Sul particolare status connesso all’affiliazione mafiosa, cfr. PAOLI, *Fratelli di mafia. Cosa Nostra e ‘Ndrangheta*, Mulino, 2000, p. 78 s., 88 s.

⁵ In proposito, cfr., se si vuole, gli esiti di una recente ricerca: MILITELLO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacchi*, MILITELLO / SPENA / MANGIARACINA / SIRACUSA (cur.), Giappichelli, 2019, p. 3 s.

⁶ Da qui l’inattendibilità del parallelismo fra criminalità organizzata e terrorismo, che pure fu sostenuta in Italia rispetto al comune significato destabilizzante: NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e riforma dei delitti contro lo Stato*, in ID. ED ALTRI, *Materiali per una riforma del sistema penale*, Franco Angeli, 1984, p. 365 s., 372; ID., *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Franco Angeli, 1987, p. 109 s.

VINCENZO MILITELLO

caratteristiche del *corpus* normativo ormai risultante in materia (par. 6). La conclusione cercherà di dimostrare che la normativa in materia non può essere liquidata in blocco sulla base di formule esplicative onnicomprenditive, ma richiede una verifica costante e puntuale dei singoli punti di equilibrio raggiunti dal legislatore nella costante dialettica fra esigenze di contrasto al fenomeno e ragioni di garanzia (par. 7).

2. *La criminalità organizzata da contingente emergenza a perdurante emersione.* — Riflettere sulla risposta del nostro ordinamento alla criminalità organizzata alla luce della teorica del diritto penale del nemico comporta dunque un fronte ulteriore rispetto allo stato del nostro dibattito che già oltre un decennio fa si era formato in argomento, avendo però essenzialmente a modello il diritto penale del nemico terrorista e i connessi problemi del diritto penale politico.

La tendenza ad una visione comprensiva dei due fenomeni rispetto ai modelli di intervento in materia penale non è peraltro un frutto esclusivo del dibattito recente: se si volge lo sguardo ad un passato non lontano la relazione con la risposta penale al terrorismo trova un significativo precedente nella stagione della c.d. emergenza, avviatasi ormai quasi mezzo secolo fa nel nostro ordinamento. Diventa così preliminare chiarire se l'ascrizione al paradigma del diritto penale del nemico del diritto penale delle organizzazioni criminali non si limiti ad aggiornare con una veste teoricamente più articolata, ma con problemi di fondo non dissimili, un ordine di considerazioni, che riconduceva alla "legislazione d'emergenza" le norme introdotte in materia.

Si è trattata di una formula che, al di là della sua fortuna e diffusione anche al di fuori della cerchia dei tecnici, presentava un limite di tenuta esplicativa e di capacità euristica dei fenomeni sottostanti, insito nel rilievo che la prospettiva dell'emergenza rinvia ad un orizzonte temporale dei fenomeni e delle corrispondenti risposte normative solo temporaneo, se non eccezionale. Caratteri però facilmente smentibili dal confronto con la realtà: già nel 1985 *Giovanni Falcone* limpidamente osservava come non fosse "corretto trattare il fenomeno mafioso come un'emergenza", e proseguiva: "mi domando infatti sulla base di quali presupposti può essere considerato emergenza un fenomeno criminale che ha origine anteriore alla nascita dello Stato unitario, che ha resistito

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

alle commissioni antimafia e che è divenuto negli anni un fattore sempre più destabilizzante della democrazia”⁷.

D'altra parte, il protrarsi della vigenza delle norme specificamente dedicate alla punizione delle forme criminali organizzate, unitamente alla progressiva estensione della portata di molte di esse ad ulteriori settori di attività criminali, ha ben presto indotto a denunciare lo scivolamento verso una “perenne emergenza” dell'ordinamento⁸. Con il passar del tempo sempre più peraltro l'ipotesi iniziale di trovarsi di fronte ad una contingente emergenza doveva piuttosto fare i conti con l'emersione di una forma stabile e strutturale della criminalità, non più riducibile a fenomeno isolato del singolo o anche di occasionali concorrenti e che al contrario in interi ed importanti settori ed attività si manifesta in strutture organizzate e in modo continuativo, sia pure con varietà di forme di aggregazione⁹.

Se poi dal fenomeno si passa a considerare le regole differenziate per il contrasto alle organizzazioni criminali — che pongono cioè una serie di limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali e deviazioni dalle regole ordinarie per gli altri processi, imputati e reati “comuni” — si riscontra il dato che molto frequentemente esse sono state introdotte nel nostro paese non secondo raffinate visioni teoriche del sistema penale e dell'ordinamento nel suo complesso, ma come risposte normative, per lo più specifiche e settoriali, alla lunga scia di vittime eccellenti, di servitori dello stato, di comuni cittadini caduti sotto i colpi delle organizzazioni criminali più efferate.

Qui la relativa elencazione dovrebbe farsi minuziosa, ma basterà richiamare alcuni esempi eclatanti: la legge 13 settembre 1982 n. 646 (c.d. *Rognoni-La Torre*), vero e proprio punto di svolta nell'atteggiamento complessivo dell'ordinamento nel suo complesso e penale in particolare,

⁷ FALCONE, *Emergenza e stato di diritto*, (1985), in ID., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Sansoni, 1994, p. 4. Il *topos* legislazione dell'emergenza è stato un *leit motiv* del nostro dibattito penalistico sin dagli anni ottanta: ad es. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, ESI, 1982. Ancora di recente viene richiamato per ricostruire le tendenze dell'ordinamento in materia di mafia e terrorismo: DONINI, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *www.discrimen.it* (30.5.2019), p. 8 s.

⁸ MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, 1997.

⁹ Per tale chiave di lettura, già VASSALLI, *Emergenza criminale e sistema penale* (1995), in *Ultimi scritti*, Giuffrè, 2007, p. 10 s.; e sempre lucidamente rispetto alle nuove manifestazioni del problema ID., *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, in MOCCIA (cur.), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, ESI, 2009, p. 13 s.

VINCENZO MILITELLO

venne approvata in un contesto parlamentare che, pur dopo l'assassinio del suo proponente originario on. Pio La Torre (nell'aprile del 1982), superò gli indugi solo sull'onda dell'ulteriore eccidio del Prefetto Dalla Chiesa (avvenuto il 3 settembre)¹⁰. Dieci anni dopo, la reazione ordinamentale alle stragi dell'estate del 1992 è ricorso allo strumento tipico della straordinaria necessità ed urgenza per adottare norme penali e processuali dichiaratamente dedicate al contrasto alla criminalità mafiosa: il relativo decreto legge è adottato a distanza di due settimane dalla bomba di Capaci e la relativa conversione in legge interviene diciannove giorni dopo la strage Borsellino¹¹. Ma furono numerosi in quegli anni i decreti legge poi convertiti per rispondere agli attacchi delle organizzazioni mafiose¹². Ancora nel 2010 il legislatore non esitava a dedicare l'ennesimo provvedimento in materia ad un "piano straordinario contro le mafie"¹³.

Più che plausibile dunque si prospetta la considerazione che nei più incisivi strumenti in materia via via introdotti rispetto al quadro tradizionale delle risposte ordinamentali una genesi tanto condizionata da

780

¹⁰ Il clima è ben espresso nell'intervento del sen. *Spadaccia*, che a proposito dei lavori preparatori dei provvedimenti riuniti nel testo sottoposto alla discussione del Senato, parlò di "un iter lunghissimo, lento e farraginoso all'altra Camera, acceleratosi soltanto dopo il gravissimo assassinio di Pio La Torre, e che sono stati poi approvati nel corso di una giornata soltanto dopo l'assassinio del generale Dalla Chiesa, di sua moglie e dell'agente Russo" (atti Senato VIII leg. 493° sed. - Assemblea Res. Sten. 10 settembre 1982).

¹¹ D.l. 8 giugno 1992 n. 306 conv. l. 7 agosto 1992 n. 356 *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*.

¹² Cfr., a titolo solo esemplificativo, D.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. l. 12 ottobre 1982, n. 726, *Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa*; D.l. 14 giugno 1989, n. 230, conv. l. 4 agosto 1989, n. 282, *Disposizioni urgenti per l'amministrazione e la destinazione dei beni confiscati ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575*; i vari D.l. n. 324/1990, n. 5/1991 e n. 76/1991 tutti non convertiti e ripresentati "a catena" fino al D.l. 13 maggio 1991 n. 152 conv. l. 12 luglio 1991 n. 203, *Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*; D.l. 15 gennaio 1991 n. 8 conv. l. 15 marzo 1991 n. 82, *Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia*; D.l. 29 ottobre 1991 n. 345, conv. l. 30 dicembre 1991 n. 410, *Disposizioni urgenti per il coordinamento delle attività informative e investigative nella lotta contro la criminalità organizzata*; D.l. 20 novembre 1991 n. 327, conv. l. 20 febbraio 1992 n. 8, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*. Richiama l'immagine di un procedere "a fisarmonica" della nostra legislazione in materia, INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Mulino, 1996, p. 23, 30 s. Un atteggiamento peraltro che ha origini risalenti già alla fine del XIX secolo: cfr. SANTINO, *La mafia dimenticata. La criminalità organizzata in Sicilia dall'Unità d'Italia ai primi del Novecento*, Melampo, 2017, p. 19.

¹³ L. 13 agosto 2010 n. 136, *Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*.

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

fattori contingenti e di non ordinaria evenienza abbia influito su una connessa compressione di alcune garanzie individuali e sulla torsione dei principi penalistici che ne rappresentano il presidio. Situazione che sarebbe tuttavia formalistico estrapolare dal suo contesto, alla luce della gravità degli attacchi realizzati, talvolta anche in modo spettacolare e dunque con un forte impatto emotivo sulla collettività: da qui la difficoltà di evitare i rischi di conseguenze irrazionali sul dibattito pubblico, su cui poi si innesta quel fenomeno che in anni più recenti ha assunto i tratti del populismo penale, per denotare il mix inestricabile fra aspettative di intervento su fenomeni sociali complessi e ricorso al diritto penale come soluzione a portata di mano del legislatore di turno.

3. *La progressiva stratificazione normativa in materia: insula in flumine nata.* — Il dibattito sul rapporto fra emergenza e garanzie nel sottoinsieme normativo che si è sviluppato in materia di criminalità organizzata, sebbene da tempo presente nel circuito internazionale¹⁴, rinviene nel nostro ordinamento origini più risalenti, in quanto ne ha accompagnato l'evoluzione sin dai primi interventi volti a superare quello che potrebbe dirsi il “negazionismo penale della criminalità mafiosa”, che a lungo ha caratterizzato il nostro sistema.

A chi oggi non trascuri la presenza risalente in Italia delle organizzazioni criminali — specie la mafia, ma non solo essa — può apparire quantomeno difficilmente comprensibile la scelta del codice penale del 1930 di non prevedere originariamente norme specifiche per contrastare il fenomeno, né tantomeno di dedicare alla materia un settore autonomo della sua pur ampia ed articolata parte speciale. Sin dalla metà del secolo XIX e alle origini dell'Italia unita era prevalsa l'idea di considerare il problema solo “una delle tante appendici del fenomeno della pubblica sicurezza”¹⁵. Ciò confinava ad una risposta militare, o quantomeno di polizia, gli incisivi strumenti necessari per debellare il fenomeno mafioso.

¹⁴ Proprio in relazione al ruolo giocato dalle norme in tema di criminalità organizzata rispetto ai caratteri di fondo del sistema penale cfr. HASSEMER, *Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeit. für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 s. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal* (1998), tr.it. *L'espansione del diritto penale*, Militello (cur.), Giuffrè, 2004, p. 5; ed anche JAKOBS nei lavori citati *supra* nt. 1.

¹⁵ Così — peraltro criticamente — MIGNOSI, *Profili e problemi*, Trimarchi, 1927, 143. Cfr. anche SANTINO, *La mafia dimenticata*, cit. nt. 12, p. 31 s. ed ivi il rilievo per la conoscenza al fenomeno ed al suo contrasto da parte di funzionari e dirigenti di Pubblica Sicurezza (ad es. Antonino Cutrera, p. 381 ss., ed Ermanno Sangiorgi, p. 455 s.).

VINCENZO MILITELLO

Al contempo, equivaleva ad escludere la materia dal codice, quale testo di riferimento centrale e generale del sistema penale, per trattare invece la mafia come un problema eccezionale da lasciare a strumenti diversi e *ad hoc*, con la conseguenza di non assoggettarli alle stesse garanzie.

Vero è che il codice del 1930 considerava l'associazione criminale come illecito caratterizzato dalla presenza stabile di un gruppo rivolto ad atti criminali e ben distinto dalla realizzazione di un singolo reato in concorso di persone, ma ne privilegiava il ricorso nel settore della tutela dello Stato, incriminando in particolare l'associazione sovversiva (art. 270), la cospirazione politica mediante associazione (art. 305), la banda armata (art. 306)¹⁶. La figura associativa diveniva un contenitore del tutto generico in relazione al suo utilizzo per la tutela dell'ordine pubblico: la condotta illecita prevista dall'art. 416 estende ad un programma criminoso relativo ai reati più disparati lo scopo dell'associarsi fra almeno tre persone¹⁷. Ci si distacca così dal principio affermato nella parte generale sulla non sottoposizione a pena di un accordo (sia pure anche fra due persone) che non sia seguito dalla commissione quantomeno del tentativo di un delitto. Inoltre, si finisce per disperdere un preciso referente criminologico della incriminazione, che alla verifica giurisprudenziale si è rivelata di difficile applicazione alla concreta realtà delle organizzazioni criminali¹⁸.

A fronte di ciò, una valutazione dell'imponente normativa in materia

¹⁶ In proposito, PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, in *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Sapere 2000, 1984, p. 198 s.; GIOV. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, Giuffrè, 1985; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, 2000; e, se si vuole, MILITELLO, *La riforma dei reati contro lo Stato in Italia*, in *Scritti in onore di M. Romano*, Jovene, 2011, vol. III, p. 1621 s.

¹⁷ In tal modo, si amplia indefinitamente la precedente specificazione di alcune categorie di reati, espressamente indicate come fine della corrispondente incriminazione nell'art. 248 del codice penale del 1889, peraltro già allora più numerose di quelle considerate dalla madre di tutti i reati associativi nei codici postrivoluzionari, l'*association de malfaiteurs* del codice napoleonico del 1810 (art. 265). Sulla diffusione di tale modello negli ordinamenti europei sia consentito rinviare alla ricerca che ho coordinato e pubblicata a cura di CHINNICI, *La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell'Unione europea: percorsi di armonizzazione*, Palermo, 2015, p. 64 s. (https://www.caterinachinnici.it/wp-content/uploads/2016/01/Rapporto_SD_Nozione_Crim_EU.pdf).

¹⁸ BOScareLLI, *Associazione per delinquere*, in *Enc. Dir.*, III, 1958, p. 865 s.; PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Jovene, 1971; INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Cedam, 1983; NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Franco Angeli, 1987, p. 107 s.; G. DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *questa Rivista*, 1992, p. 54 s.; DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, Giuffrè, 1988; SPAGNOLO, voce *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1996; VALIANTE, *L'associazione criminosa*, Giuffrè, 1997; *I reati*

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

ormai presente nel nostro ordinamento non può trascurare che al suo avvio il prolungato confino del contrasto al fenomeno alle sole risposte extra-penali rifletteva un indubbio ritardo nella valutazione politica della sua gravità. Sin dallo sbarco delle truppe alleate in Sicilia nel 1943, la mafia era tornata con prepotenza a manifestarsi pubblicamente: ne furono esempi efferati dapprima l’uccisione di una serie di sindacalisti in relazione alla questione agraria, e poi la strage di carabinieri a Ciaculli (1963). Un primo segnale di attenzione della politica fu la “Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia”¹⁹: il suo importante lavoro istruttorio non sfociò peraltro in proposte di incriminazioni specifiche in tema di mafia, ma rimase in un’ottica volta a migliorare gli interventi sul versante extra-penale. La stessa reazione alla strage di Ciaculli portò ad adottare un provvedimento che, pur dichiarando sin dal titolo la finalità di contrastare il fenomeno (“Disposizioni contro la mafia”: l. 31.5.1965 n. 575), non interviene ancora con strumenti penali, ma estende ai soggetti “indiziati di appartenere ad associazioni mafiose” l’applicabilità delle misure di prevenzione di polizia, già previste nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza pubblica (l. 27.12.1956 n. 1423). Tale filone di intervento è destinato a restare un asse portante della complessiva risposta di contrasto al fenomeno e anzi ad ampliare i propri strumenti con l’introduzione nel 1982 anche di una prevenzione di tipo patrimoniale, che gradualmente acquisisce un ruolo preminente e viene sganciata dalle misure personali originariamente previste dalla legge del 1965 (ormai abrogata dal codice delle leggi antimafia: art. 120 co. 1 lett. b) d. lgs. 6.9.2011 n. 159).

Almeno sino ai fatti tragici già ricordati che spinsero ad approvare la legge Rognoni — La Torre, permangono peraltro atteggiamenti di “agnosticismo e indifferenza” pubblici nei confronti della mafia, come segnalato nel 1976 dalle conclusioni della ricordata prima Commissione

associativi, Giuffrè, 1998; *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Picotti ed al. (cur.), Cedam, 2005; PLANTAMURA, *I reati associativi tra teoria e prassi*, ESI, 2019.

¹⁹ Prospettata sin dal 1948, ma istituita non prima del 1962, protrasse i suoi lavori per ben quattro legislature e depositò la sua relazione solo nel 1976. Antecedente importante, ma molto risalente, era stata la simile commissione d’inchiesta nel Parlamento del Regno d’Italia (istituita con l. 3.7.1875), i cui lavori contenevano ampi riferimenti alla questione della sicurezza pubblica in Sicilia ed in particolare alla mafia: cfr. *Relazione della giunta per l’inchiesta delle condizioni della Sicilia*, 1876, specie 111 s. Privata fu invece l’inchiesta coeva condotta da Franchetti e da Sonnino.

VINCENZO MILITELLO

parlamentare antimafia²⁰. Lo stesso legislatore di quegli anni evitava del resto di fare riferimento espresso alla criminalità organizzata²¹, con un atteggiamento in linea con il diffuso rilievo relativo alla mancanza di una definizione sicura della nozione in questione, che esprimerebbe al più un riferimento generale in grado di adattarsi a forme differenziate di criminalità collettiva e di attività illecite²².

Solo l'*escalation* della violenza mafiosa, sin dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso con assassini di politici, magistrati e giornalisti, sospinge l'azione di contrasto anche sul terreno propriamente penalistico. Una genesi così caratterizzata condiziona i vari interventi via via succedutisi nel tempo, sempre circoscritti a modifiche al di fuori di un disegno organico e frutto di un difficile equilibrio fra l'esigenza di strumenti più efficaci e il quadro di garanzie penalistiche tradizionali. Senza poter in questa sede ripercorrere nel dettaglio la stratificazione normativa intervenuta ormai in oltre 40 anni in tema di lotta alla criminalità organizzata, una visione d'insieme delle profonde innovazioni che ne sono derivate restituisce una immagine complessiva ben caratterizzata dai molteplici tasselli che la compongono, peraltro ancora una volta in termini spesso paralleli a quella autonomamente delineatasi nello stesso periodo per il terrorismo.

Ciò in primo luogo rispetto alle fonti normative, con il frequente e già segnalato ricorso al decreto legge per rispondere prontamente agli attacchi virulenti ed eclatanti con cui si è a lungo manifestato il fenomeno nel nostro ordinamento²³. Inoltre, in relazione al taglio del nodo gor-

784

²⁰ La prolungata svalutazione del problema era ad es. segnalata da FALCONE, *Il fenomeno mafioso: dalla consuetudine secolare all'organizzazione manageriale* (1988), in ID., *Interventi e proposte*, cit. nt. 7, p. 318 s.

²¹ Cfr. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. Pen.*, III, 1992, p. 387. Peraltro, l'emersione del termine avviene prima e prevalentemente sul versante processuale: cfr. INSOLERA, *La nozione normativa di "criminalità organizzata" e di "mafiosità": il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *Indice penale*, 2001, p. 20 s.

²² Il rilievo di indeterminatezza della nozione è risalente: fra i molti FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in BASSIUNI ET AL. (cur.), *Studi in onore di G. Vassalli*, Giuffrè, 1991, p. 33 s.; H.-J. ALBRECHT, *Organisierte Kriminalität - Theoretischen Erklärungen und empirische Befunde* in ID. ET AL. (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat*, Müller, 1998, p. 3 s.; ANARTE BORRALLLO, *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, in FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLLO (eds.), *Delinquencia Organizada. Aspectos penales, procesuales y criminológicos*, Huelva, 1999, p. 20 s.; ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in MOCCIA (cur.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, ESI, 1999, p. 63 s. Per un recente accenno DONINI, *Mafia e terrorismo*, cit. nt. 7, p. 16.

²³ Cfr. i riferimenti normativi esemplificati *supra* nt. 11-12.

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

diano del problema definitorio, con l’adozione nel codice penale dell’art. 416 *bis* sull’associazione di tipo mafioso²⁴, divenuta testata d’angolo per ancorare molte delle misure ulteriori di contrasto²⁵, oltre che riferimento innovativo anche a livello internazionale, nel dibattito per l’armonizzazione delle risposte dei singoli ordinamenti in materia, ma anche rispetto alla messa a fuoco dell’ulteriore nozione di criminalità transnazionale, proprio a partire da alcune delle più significative manifestazioni dei traffici illeciti organizzati²⁶.

²⁴ Peraltro oggetto di numerosi rimaneggiamenti, già rispetto alla rubrica (D.l. 23 maggio 2008 n. 92 conv. l. 24 luglio 2008 n. 125), ma anche in relazione alle condotte illecite (la modifica volta a colpire i rapporti fra associazione mafiosa e la politica, con l’aggiunta al terzo comma dell’ulteriore finalità di “impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali”: art. 11 *bis* d.l. 306/1992 conv. l. 356/1992), e più volte rispetto ai livelli sanzionatori (l. 5 dicembre 2005 n. 251; d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. l. 24 luglio 2008 n. 125, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*; e da ultimo art. 5 co. 1 lett. a l. 27 maggio 2015 n. 69 *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*). Cfr., fra i molti, FIANDACA, *Commento all’art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 257 s.; INGROIA, *L’associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, 1993; SPAGNUOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1997; TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015; BARILLARO, *Il reato di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2011; RONCO, *L’art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. ROMANO/TINEBRA (cur.), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Giuffrè, 2013, p. 55 s.

²⁵ Basti a titolo di esempio ricordare le circostanze speciali introdotte dalla stessa Legge Rognoni-La Torre per reati come il favoreggiamento, la rapina e l’estorsione, se commessi da partecipi all’associazione mafiosa: artt. 378 co. 2, 379 co. 2; 628 ult. co. n. 3; 629 ult. co. c.p.

²⁶ Cfr. l’art. 61-*bis* c.p. (introdotto dall’art. 5 d. lgs. 1° marzo 2018 n. 21) che recepisce le previsioni dell’art. 4 l. 16 marzo 2006 n. 146, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall’Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*.

Sulla Convenzione ONU di Palermo e relativi Protocolli cfr. ALBRECHT/FIJNAUT (eds.), *The Containment of Transnational Organized Crime. Comments of the UN Convention of December 2000*, Iuscrim, 2002; McCLEAN, *Transnational Organized Crime. A commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007. Sulla nozione di organizzazione criminale transnazionale in essa recepita rispetto ai modelli di incriminazione in materia, cfr. MALJEVIĆ, *‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’*, Duncker & Humblot, 2011; e, se si vuole, MILITELLO, *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*, in CASTALDO ED AL. (cur.), *Scritti in onore di A. Stile*, Jovene, 2013, p. 16 s. (dell’estratto). Cfr. anche ZÚNIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, Comares, 2009, p. 48 s.; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant le Blanch, 2012, p. 37 s.; da noi, PATALANO (cur.), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, ESI, 2003; AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Giuffrè, 2005; ROSI (cur.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Giuffrè, 2007; A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè, 2008, specie p. 117 s.; di recente PANEBIANCO, *Reati di associazione e declinazioni preternazionali della criminalità organizzata*, Giuffrè, 2018, p. 41 s.; BASILE, *Il reato di associazione di tipo mafioso e la Convenzione di Palermo*, in CROSS, 2019, p. 75 s.

VINCENZO MILITELLO

Di centrale importanza, poi la crescita di rilevanza dei reati a carattere associativo, tanto quanto a frequenza di applicazione, quanto a settori in cui si ricorre ad essi ²⁷, nel contesto più generale di un'anticipazione della soglia di rilevanza penale, fino a comprendervi atti preparatori di altre condotte penalmente rilevanti ²⁸. In questa direttrice, si innestano l'incriminazione di nuove tipologie di condotte riferite alle infiltrazioni delle organizzazioni criminali in altri mondi vitali, quali l'economia ²⁹, le professioni, la politica ³⁰. Ancora, un diffuso e rilevante inasprimento sanzionatorio, tanto rispetto al livello edittale di base dei vari reati ³¹, quanto mediante l'introduzione di circostanze aggravanti *ad hoc* ³², con una portata applicativa estesa a qualsiasi reato che si colleghi variamente alle organizzazioni criminali, anche solo per il ricorso da parte del suo autore ai relativi metodi; reciprocamente, il ricorso invece a forme di premialità nella commisurazione delle pene in presenza di particolari condotte di collaborazione, la cui indubbia efficacia per

²⁷ Ad es. l'associazione finalizzata a commettere i reati elencati all'art. 416 commi 6 e 7: il primo introdotto dall'art. 4 l. 11 agosto 2003 n. 228 e mod. dall'art. 2 l. 11 dicembre 2016 n. 236), come ad es. riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), traffico di organi di persona vivente (art. 601 bis c.p.) o di soggetto di cui sia stata accertata la morte (art. 22 l. 1° aprile 1999 n. 286) o ancora l'ingresso o permanenza illegale nel territorio dello stato di cinque o più persone agevolate da parte di almeno tre persone (o altra circostanze previste dall'art. 12 co. 3 *bis* d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286: T.U. Stranieri); il secondo relativo a reati scopo di prostituzione minorile e pedopornografia (art. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater* c.p.). Inoltre, l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: art. 75 D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (T.U. Stupefacenti). Ancora, l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri: art. 291 *quater* T.U. Doganale, introdotto dall'art. 1 l. 19 marzo 2001 n. 92.

²⁸ Ad es. in proposito GIOV. DE FRANCESCO, *L'estensione delle forme di partecipazione al reato: uno sguardo sistematico su alcune recenti proposte in tema di criminalità organizzata*, in *Ind. Pen.*, 2009, p. 393 s. Ma il tema ha molteplici ramificazioni, peraltro non esclusive del nostro sistema: cfr. ad es. i saggi raccolti di recente in ALONZO RIMO (coord.), *Derecho penal preventivo, orden publico y seguridad ciudadana*, Aranzadi, 2019.

²⁹ Cfr. il nuovo reato di illecita concorrenza con violenza e minaccia, inserito all'art. 513 *bis* c.p. sin dalla l. n. 646/1982.

³⁰ Il reato di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter*) viene introdotto in sede di conv. del d.l. 306/1992 con l. 356/1992, e successivamente ripetutamente modificato per renderlo più efficace e con sanzioni più elevate: art. 1 l. 17 aprile 2014; art. 1 l. 23 giugno 2017 n. 103; da ultimo art. 1 l. 21 maggio 2019 n. 43.

³¹ Per il reato di cui all'art. 416 *bis* cfr. gli incrementi sanzionatori dovuti alle modifiche richiamate *supra* nt. 24. Per quelle riferite al reato di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter*) v. le indicazioni nella nota precedente.

³² Oltre al già ricordato art. 61 *bis* (*supra* nt. 26), cfr. l'art. 416 *bis* 1, co. 1, circostanza aggravante per reati connessi a attività mafiose, che recepisce le previsioni dell'art. 7 d.l. 152/1991 conv. in l. 203/1991. L'effetto di inasprimento sanzionatorio è anche assicurato dalla limitazione della discrezionalità del giudice nel caso di concorso con circostanze eterogenee, nei termini di cui all'attuale comma 2 dell'art. 416 *bis* 1 c.p.

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

l'emersione delle strutture criminali non può essere disgiunta da cautele adeguate alla delicatezza dello strumento³³.

Al di fuori delle modifiche agli aspetti sostanziali del sistema penale vanno pure almeno menzionati gli interventi in settori per così dire contigui: l'irrigidimento del regime penitenziario per i responsabili di reati di criminalità organizzata³⁴; l'articolazione di regimi processuali particolari e così distanti dalle regole ordinarie da configurarsi parti di un autonomo binario processuale, in materia ad esempio di intercettazioni o di misure cautelari, oltre che di limitazione dell'oralità del dibattimento per garantire la non dispersione dei mezzi di prova³⁵; la configurazione di nuovi e appositi organi investigativi, tanto a livello di polizia (Direzione Investigativa Antimafia) quanto di coordinamento delle indagini (Procura Nazionale Antimafia, poi divenuta anche Antiterrorismo)³⁶; la già segnalata progressiva espansione delle misure di prevenzione, specie patrimoniali³⁷. Né si possono trascurare i meccanismi selettivi delle vittime delle organizzazioni criminali, che vengono tutelati in modo rafforzato con forme di risarcimento garantito dallo stato³⁸.

Nel complesso, le suddette tessere della risposta penale alla crimi-

787

³³ Cfr. l'art. 416 *bis* 1, co. 3, circostanza attenuante per le condotte collaborative con gli organi di giustizia per i reati di cui agli art. 416 *bis* e 416 *bis* 1 co. 1, che recepisce le previsioni dell'art. 8 d.l. 152/1991 conv. in l. 203/1991.

³⁴ Il divieto di concessione dei benefici per i reati di cui all'art. 4 *bis* ordinamento penitenziario, inserito già con l'art. 1 dl. 152/1991 conv. in l. n. 203/1991 e successivamente più volte modificato, anche in relazione ad interventi della Corte cost. (ad es. sent. n. 239/2014 e da ultimo sent. n. 253/2019, per la *vexata questio* dell'ergastolo c.d. ostativo, su cui per gli sviluppi più recenti Corte Edu, I sez., 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*; Corte cost. 23 ottobre 2019 n. 253).

³⁵ Cfr. i richiami normativi contenuti nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. in tema di competenza della procura distrettuale. Sul “doppio binario” processuale, cfr. la visione estremizzante di GAETA, *Il ‘processo di criminalità organizzata’ tra frammenti di norme e Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 3016 ss.; v. anche la relazione di ORLANDI al convegno *Il diritto penale ‘dei nemici’. Verso un nuovo diritto penale d'autore*, in questo stesso fascicolo.

³⁶ Già subito dopo l'assassinio del Prefetto *Della Chiesa* era stato istituito un organo di diretta dipendenza governativa per coordinare gli interventi di contrasto al fenomeno: l'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la mafia, introdotto con d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. l. 12 ottobre 1982, n. 726, *Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa*.

³⁷ Nel 2008 si introduce la possibilità di applicare le misure patrimoniali indipendentemente dalle misure personali e persino di confiscare beni anche dopo la morte del loro originario titolare (art. 6-*bis* l. n. 575/1965 introdotto dall'art. 10 co. 1 lett. c 2, d.l. 23 maggio 2008 n. 92 conv. l. 24 luglio 2008 n. 125 *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*; la norma è ora riprodotta nell'art. 18 co. 1-2 *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*: d. lgs. 6.9.2011 n. 159 e succ. mod.).

³⁸ L. 23 febbraio 1999 n. 44, *Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura*; l. 22 dicembre 1999 n. 512, *Istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso*.

VINCENZO MILITELLO

nalità organizzata restituiscono una immagine che nell'arco di mezzo secolo si ribalta da una condizione iniziale di troppo vuoto ad una impressione, ormai avvertita non da recente, di troppo pieno. Su un tale terreno si innestano due differenti esigenze, che pure traggono linfa comune dalla genesi stratificata e spesso legata a occasioni contingenti della massa di provvedimenti in materia antimafia progressivamente adottati. In primo luogo, il bisogno di procedere ad una loro razionalizzazione, al fine di evitare incoerenze, contraddizioni e lacune, anche per agevolarne un'applicazione più certa e assicurare la prevedibilità da parte dei consociati tutti delle conseguenze dei comportamenti individuali e collettivi. Finalità quest'ultima congruente anche all'ulteriore esigenza avvertita in materia, relativa al chiarimento dei rapporti con l'impianto di principi e regole del sistema penale declinato nel codice: le norme indirizzate al contrasto dello specifico fenomeno hanno infatti aperto e progressivamente marcato una faglia di rottura nella immagine di un ordinamento penale che nel testo codicistico trova lo strumentario di tutela per i propri valori primari; ha così preso corpo un distinto sottosistema normativo espressione di esigenze ulteriori e di un diverso bilanciamento con le garanzie rispetto al ceppo principale, il che, unitamente al moltiplicarsi di analoghi ma distinti segmenti ulteriori del sistema penale (ancora una volta torna il riferimento al terrorismo e alla relativa normativa di contrasto), ha messo in discussione lo stesso ruolo del codice come "principio ordinatore" del sistema, per preferire forme di razionalizzazione interna ai vari sottosistemi normativi³⁹.

A fronte della diversità delle due esigenze segnalate non stupisce che le risposte approntate dall'ordinamento appaiano solo parziali e dunque anche difficilmente ascrivibili ad una logica unitaria. Invero, sullo sfondo dell'intera problematica delle trasformazioni del nostro sistema penale si staglia il lungo dibattito su un nuovo codice penale in Italia, finalmente orientato ai principi della Costituzione e in grado di rispondere alle moderne esigenze di tutela, che nell'ultimo decennio, dopo la stagione a

³⁹ Cfr. già PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Cedam, 1985, p. 9 s.; FIANDACA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996, p. 256 s.; ID., *In tema di rapporti fra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 137 s. 141. Sugli interrogativi di ridefinizione dei rapporti fra parte generale del diritto penale (e relativo codice) e i diversi corpi normativi in cui si articola la normativa penale PALIERO, *Riforma penale e dinamica delle fonti. Una paradigmatica*, in PAPA (cur.), *La riforma della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2005, p. 121 s.

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

cavallo del cambio di secolo con il susseguirsi di quattro commissioni ministeriali, ha registrato l’incapacità del nostro sistema di realizzare il risultato finale. Non può trascurarsi peraltro che proprio la specialità della normativa sulla criminalità organizzata, talvolta addotta come fattore ostacolante una ricomposizione del sistema penale per restituire centralità allo strumento codicistico⁴⁰, risentiva a sua volta della sopra segnalata esigenza di una sistemazione organica della materia ed è invece pervenuta ad un codice, sia pure solo di settore⁴¹.

Certo, rispetto all’impegnativo obiettivo posto ad apertura della legge delega — “armonizzazione della normativa” “penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto della criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nei codici penale e di procedura penale” — l’esito del lavoro non ha abbracciato i diversi filoni della tentacolare materia, ma si è limitato essenzialmente alla già ricordata tematica — pur sempre vasta e di importanza ormai fondamentale — delle misure di prevenzione, oltre a intervenire in tema di documentazione antimafia, di Agenzia Nazionale per gestire i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, con poche disposizioni finali di coordinamento. Al di là dei profili specifici di criticità che nel testo sono stati ben presto evidenziati e che hanno innescato quasi subito un iter riformatore⁴², permane una sensazione di incompletezza e sostanziale travisamento dell’obiettivo originario assegnato al codice di settore dalla relativa legge-delega, cosicché la formula di *codice delle leggi antimafia* mantenuta nell’intitolazione, appare sostanzialmente mentitoria a fronte di un testo che al più si presenta “a chiazze di leopardo”, e dal quale

789

⁴⁰ Oltre che per spiegare la differenza su un punto tanto rilevante rispetto ad altre esperienze di ricodificazione, che invece già dagli anni settanta del secolo scorso hanno interessato ordinamenti a noi vicini in Europa (dalla Germania, alla Francia, alla Spagna e Portogallo).

⁴¹ Cfr. l. 13 agosto 2010 n. 136, *Piano straordinario contro le mafie nonché Delega al Governo in materia di normativa antimafia*, e il relativo D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*.

⁴² Cfr. ad es. MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. codice antimafia) e della confisca allargata*, in www.penalecontemporaneo.it (22.12.2015). il quale così sintetizza le principali criticità del testo base: “mancato ‘aggiornamento’ del procedimento con eliminazione di disposizioni incompatibili con un ‘giusto’ procedimento di prevenzione, assenza di una specifica disciplina dell’incompetenza, frammentarietà della regolamentazione dell’amministrazione dei beni, eccessiva assimilazione della tutela dei terzi al procedimento fallimentare”. La riforma è stata poi approvata con l. 17 ottobre 2017, n. 161, *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*.

VINCENZO MILITELLO

rimangono fuori le molteplici norme che prevedono le figure di reato *ad hoc*, oltre che numerose norme processuali.

Ciò però non equivale ad una definitiva convalida dell'idea secondo cui la materia della normativa antimafia sarebbe espressione di un tale livello di specialità e di "massa critica" da condurla a fuoriuscire dall'orbita incentrata sul codice penale, per essere invece destinata a configurare un sistema a sé stante, retta da una logica nella quale le esigenze di efficacia sono assorbenti su altre ragioni. L'addio ad una visione del codice penale come piramide in grado di comprendere tutte le norme che ricorrono alla sanzione penale nei settori più svariati, che certo si accompagna all'adozione di un testo *ad hoc* in materia antimafia, non ne comporta una piena autonomia. Questa invece sarebbe l'accezione più rigorosa dell'articolazione in un sottosistema a sé stante, che riflettendone le peculiarità al contempo lo rende una eccezione rispetto al resto del sistema penale, così libero di mantenere inalterati i propri tratti tradizionali per le altre forme di criminalità. Ma ciò non corrisponde al dato che il codice penale costituisce la *sedes* per la descrizione delle condotte illecite in materia (ad es. art. 416 *bis* e 416 *ter* c.p.) anche dopo l'adozione del suddetto codice ad essa dedicato. Per di più, il recente riconoscimento normativo della riserva di codice ha attribuito a quest'ultimo una *vis attractiva* su ulteriori previsioni prima disseminate nella legislazione speciale antimafia⁴³: il riferimento è alle già menzionate circostanze per reati connessi ad attività mafiose (ora art. 416 *bis* 1 c.p.) e quella, pure ricordata, del reato transnazionale commesso da un gruppo criminale organizzato (attuale art. 61 *bis* c.p.), così come alla c.d. confisca allargata (art. 240 *bis* c.p.). Non siamo dunque di fronte a due insiemi separati: uno più o meno nobile per i soggetti comuni ma

790

⁴³ Il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, *Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*. Il principio era stato ampiamente discusso nel risalente dibattito di riforma del codice e accolto nel progetto di revisione approvato nel 1997 da una Commissione bicamerale: cfr. oltre ai vari interventi (di PAGLIARO, MAZZACUVA, CADOPPI, COLOMBO, SPANGHER) in *Indice pen.* 1998, p. 305 s.; DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in *Alla ricerca di un disegno*, Cedam, 2003 p. 126 ss. Sulla nuova normativa cfr. BERNARDI, *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, *Dir. Pen. Cont.*, 4/2018, p. 127 s.; PORZIA PERSIO, *Principio di riserva di codice e finalità rieducativa della pena ex art. 27, III comma Cost.*, in *Giust. Pen.*, 2018, c. 557 s.; PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5/2018, p. 129 ss.; DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali*, in www.lalegislazionepenale.eu (20.11.2018).

LA “**LOTTA**” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

inefficace per i reati di stampo mafioso, l'altro invece più incisivo nel contrasto a questi e però libero dai vincoli del primo. Se l'immagine degli insiemi si vuole mantenere per rappresentare anche questa materia, le due forme si devono pensare piuttosto come intersecantesi, e dunque inevitabilmente — seppure parzialmente — congiunte ⁴⁴.

4. *La normativa antimafia alla prova del DNA del diritto penale del nemico.* — Alla luce di quanto così sinteticamente richiamato, si può tornare alle questioni inizialmente poste in merito alla riconducibilità ai tratti del diritto penale del nemico del composito complesso normativo che nel nostro ordinamento è dedicato al contrasto alla criminalità organizzata. La posta in gioco è chiara a tutti: un tale inquadramento attirerebbe sulle norme in questione un ulteriore elemento di sfavore per la legittimità di esse nel nostro ordinamento, se è vero che nel suo insieme la categorizzazione del diritto penale del nemico è “illogica e pericolosa” ⁴⁵.

In proposito, una sorta di mappatura identitaria è stata tracciata dall'acuto fautore della teoria in questione ⁴⁶, che ha definito i “caratteri tipici del diritto penale del nemico” nei termini che seguono:

1) “ampia anticipazione della punibilità, con spostamento della prospettiva da un fatto già avvenuto ad uno ancora da verificarsi, come ad esempio nei fatti di reato ‘formazione di associazione criminale o terroristica’ di cui ai par. 129 e 129a *StGB*;

2) “Riduzioni di pena non proporzionate al grado di anticipazione”, con esemplificazioni nuovamente tratte dalla normativa tedesca, comparando la pena prevista per il capo di una organizzazione terroristica con quella di uguale livello prevista per il tentativo di omicidio grave (par. 129 co. 2, par. 211 co. 1, par. 49 co. 1 n. 1 *StGB*);

3) “passaggio ad una normativa di diritto penale ad una di lotta, come in materia di criminalità economica, di terrorismo, [appunto] di

⁴⁴ Parla in proposito, anche esemplificando in relazione alle modifiche conseguenti alla introduzione della ricerca di codice, di “un sistema differenziato che è ormai parte generale esso stesso” DONINI, *Mafia e terrorismo*, cit. nt. 7, p. 22 s., nel contesto di una lettura più generale che sarà specificamente considerata *infra* par. 6-7.

⁴⁵ PAGLIARO, “*Diritto penale del nemico*”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 s.

⁴⁶ JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft*, cit. nt. 1, p. 51 s.

VINCENZO MILITELLO

criminalità organizzata, ma anche pur con contorni meno caratterizzati, reati sessuali e altri reati pericolosi, fino alla lotta del delitto in sé”⁴⁷;

4) “progressivo superamento di garanzie processuali”: l’esempio classico è operato in relazione all’isolamento del detenuto per associazione terroristica anche estera (art. 31 *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*).

Se si procede ad una comparazione puntuale fra i due sistemi penali, dalla sintetica ricognizione prima operata si ricava facilmente che i caratteri così individuati nel contesto tedesco dal padre della teoria appaiono largamente sovrapponibili alle situazioni normativamente regolate nel nostro ordinamento in tema di criminalità organizzata.

Quanto al primo di essi, l’incidenza del reato associativo appositamente introdotto per contrastare le organizzazioni mafiose e simili non si può sottovalutare: già pochi anni dopo la sua introduzione un primo bilancio, pur critico sulle aspettative connesse alla nuova legge di riuscire a incidere profondamente sul ripristino della legalità, riconosceva che essa avesse determinato una incisività dell’azione di contrasto (tanto giudiziaria quanto amministrativa), consentendo “all’intervento antimafia, a partire dal settembre 1982” di dispiegarsi “con una efficacia mai raggiunta in passato”⁴⁸. E nel corso degli anni successivi la nuova incriminazione ha progressivamente accresciuto la propria effettività rispetto alla figura generale dell’associazione per delinquere tanto rispetto agli esiti processuali⁴⁹, quanto rispetto ai corrispondenti livelli di incarcerazione⁵⁰.

Anche rispetto alla verifica relativa ai livelli sanzionatori, si è già

⁴⁷ Rispettivamente le due leggi per la lotta alla criminalità economica del 29 luglio 1976 e 15 maggio 1986; quella per la lotta al terrorismo del 19 dicembre 1986; per la lotta al traffico illecito di stupefacenti e alla criminalità organizzata del 15 luglio 1992; per la lotta ai reati sessuali e altri reati pericolosi del 26 gennaio 1998; per la lotta ai delitti del 28 ottobre 1994.

⁴⁸ Così FIANDACA/ S. COSTANTINO, *Introduzione*, in FIANDACA/ S. COSTANTINO (cur.), *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di una esperienza applicativa*, Franco Angeli, 1986, p. 11.

⁴⁹ Rispetto alle condanne in Cassazione, nel giro di soli cinque anni il numero di quelle ex art. 416 bis (dal 1990 anno in cui si registra la prima al 1995, quando sono già 72) sopravanza quello per l’art. 416 (nel frattempo passate da 8 a 40). Anche rispetto alle condanne in appello il trend è identico: (dal 1988, anno in cui comincia le rilevazioni per le condanne relative all’art. 416 bis, il sorpasso di quelle per art. 416 si realizza nel 1998, mentre già nel 2002 il rapporto fra le due grandezze è di quasi 5 a 1). (Fonte: elaborazione propria su dati ISTAT-Statistiche giudiziarie penali).

⁵⁰ Fra i detenuti per tipologia di reato, le statistiche del Ministero indicano che i ristretti per il solo art. 416 bis c.p. sono costantemente in crescita e quasi il doppio di quelli relativi ai restanti reati contro l’ordine pubblico (sempre al 31.12 di ogni anno: 2008 rispettivamente 5.257/2.754; 2009 - 5.586/2.975; 2010 - 6.183/3.175; 2011 - 6.467/3.183; 2012 - 6.524/3.136; 2013

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

indicato come nel nostro ordinamento il settore della criminalità organizzata sia pervaso da un rigorismo dei livelli edittali che si coglie in valori tanto assoluti, quanto relativi: con gli ultimi aumenti edittali la partecipazione all'organizzazione mafiosa è punita da dieci a quindici anni, non soltanto quasi triplicando le pene inizialmente previste dalla norma (art. 416 *bis* co. 1 c.p.)⁵¹, ma anche quelle per gravi fatti offensivi di beni primari come ad es. il sequestro di persona (art. 605 c.p.) e il traffico di organi di persona vivente (art. 601 *bis* c.p.). Ne consegue che quando la forma associativa è finalizzata ad uno di tali reati, la risposta sanzionatoria per il reato associativo supera significativamente quella del reato scopo. Il gioco poi delle circostanze speciali e dei limiti alla discrezionalità giudiziale posti al relativo concorso completa l'effetto complessivo sulle pene minacciate anche per i reati mezzo alle attività delle organizzazioni criminali e per i reati comuni commessi con il relativo “metodo mafioso” (art. 416 *bis* 1 co. 1 e 2 c.p.).

Particolarmente chiaro è poi il terzo indicatore, dove riferimenti espressi al lemma “lotta alla criminalità organizzata” si riscontrano nell'intitolazione di molteplici provvedimenti normativi adottati in materia dal nostro legislatore⁵².

Infine, anche il quarto indicatore trova pieno riscontro nel nostro ordinamento nella materia in esame: è indubbio che l'ampio ed articolato complesso di norme dedicate alla repressione delle forme di organizzazioni criminali trova nella possibilità di utilizzare strumenti processuali e penitenziari particolarmente incisivi una delle ragioni del suo successo⁵³.

5. *Le ragioni per un “disconoscimento di paternità” della teoria in relazione all'insieme delle norme penali in materia.* — Basta la verifica fin qui operata per concludere che il nostro sistema normativo in tema di criminalità organizzata sia una incarnazione del fantasma evocato da *Jakobs* di un “diritto penale del nemico”, che in quanto riferito a dati strutturali e a caratteri generali di un sistema penale non rimane vincolato all'ordinamento tedesco per il quale è stato originariamente formulato?

- 6.744/3.166; 2014 - 6.903/3.147; 2015 - 6.887/3.061; 2016 - 6.967/3.004; 2017 - 7.106/3.061; 2018 - 7.311/3.032; 2019 - 7.481/3.027).

⁵¹ Per i richiami alle modifiche normative cfr. *supra* nt. 24.

⁵² I riferimenti normativi sono indicati *supra* nt. 11 e 12.

⁵³ Cfr. *supra* nt. 34 e 35.

VINCENZO MILITELLO

A me pare che una tale conclusione si fermerebbe ad una mera qualificazione in blocco del materiale normativo, considerato come insieme unitario e compatto, peraltro operata secondo un metodo deduttivo-idealistico, che muove da caratteri attribuiti ad un sistema penale astratto ed ipostatizzato una volta per tutte, astraendo dalla pluralità dei concreti profili dei singoli interventi normativi di un ordinamento effettivo e soprattutto dalla specificità del rispettivo retroterra storico-sociale-economico.

Una tale “attribuzione di paternità” invece si può evitare per numerose ragioni, di cui vorrei qui brevemente richiamarne due, che mi appaiono particolarmente rilevanti.

La prima è per così dire di principio, o se si vuole di legittimità: lo spettacolare *non sequitur* insito nell’idea di *Jakobs* che la giustificazione su cui basare i quattro tasselli del perfetto diritto penale del nemico sia la natura di non persone dei soggetti che violano le norme penali nelle materie sensibili (terrorismo, appunto criminalità organizzata, reati sessuali). L’assunto è radicalmente in contrasto con il riconoscimento di una serie di diritti fondamentali e inviolabili a qualunque persona umana, operato nelle varie carte internazionali adottate dopo la II guerra mondiale, con l’aggiunta già all’art. 2 della nostra Costituzione della relativa garanzia da parte della nostra Repubblica, e alla stessa affermazione di intangibilità della dignità umana ad apertura del *Grundgesetz* tedesco. Che una qualsiasi azione penalmente rilevante possa fare decadere questo nucleo essenziale di valori e diritti nel suo autore è del resto in aperta collisione con i fondamenti stessi della teoria moderna del diritto, almeno a partire da quando *Kant* la sviluppa in relazione a “quel diritto a libertà soggettive uguali e coattivamente configurate, che spettano ad ogni uomo ‘in forza della sua umanità’”⁵⁴.

Del resto, il valore del principio della rieducazione come fine della pena statale non può essere quello di costringere al rispetto della norma penale con qualsiasi mezzo, come conseguirebbe ad una concezione di una pena rieducativa per soggetti non persone. Piuttosto, esso va indivi-

⁵⁴ Così HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1992, p. 130. Per una recente applicazione da parte dello stesso Autore di un tale primario riferimento alla dignità dell’uomo, cfr. il dialogo con il penalista *Günther* in tema di bilanciamento di diritti fondamentali (in *Die Zeit*, 9 maggio 2020 e da noi in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-vale-senza-limiti-di-juergen-habermas-e-klaus-guenther-2>).

duato nell’offerta di opportunità di risocializzazione e di recupero di un comportamento conforme alla tutela dei beni giuridici⁵⁵. Ciò anche lasciando al singolo in ultima analisi la possibilità di scegliere se farlo o subire le conseguenze del reato commesso, almeno in una concezione liberale del sistema penale e dell’ordinamento generale.

La seconda ragione è invece essenzialmente pratica, anche se collegata a quella di legittimità appena richiamata: se come abbiamo ribadito il diritto penale del nemico è in contrasto con i principi costituzionali e i fondamenti teorici del nostro e di consimili ordinamenti, ritenere che l’intero sistema delle norme in materia di contrasto alla criminalità organizzata vada ascritto in blocco a quel modello di diritto penale equivale a dichiararlo illegittimo nel suo complesso e come tale a destituirlo di fondamento in un ordinamento che riconosca i valori inalienabili di ogni persona umana. In questi termini radicali e generali, chi volesse trarre una tale conseguenza dovrebbe assolvere all’onere di specificare delle alternative praticabili di intervento nei confronti del fenomeno, almeno se ritenga di riconoscerne l’esistenza e non lo riduca invece ad una mera costruzione sociale priva di connotati criminologici riconoscibili, al più confinando ad una stagione ormai chiusa le sue manifestazioni più aggressive. In mancanza di non generiche alternative di intervento, e per chi non condivide rinnovati negazionismi di una realtà almeno storicamente comprovata da un cammino di sopraffazione, una conclusione talmente radicale appare foriera di effetti incalcolabili sulla capacità del sistema giuridico di rispondere adeguatamente alla presenza delle organizzazioni criminali nelle società contemporanee e in particolare nella nostra realtà italiana⁵⁶.

795

6. *Il diritto penale sotto il prisma della “lotta” alla criminalità organizzata e alla luce del paradigma punitivista europeo.* — Proprio la consapevolezza dei rischi connessi ad un rifiuto radicale della normativa

⁵⁵ Cfr. già DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, 1979, p. 171 s.; ed anche, se si vuole, MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1982, p. 64.

⁵⁶ Le analisi sull’efficacia della legislazione in materia e sulla sua applicazione hanno evidenziato i significativi risultati nel colpire soggetti appartenenti ai vari livelli delle organizzazioni criminali storiche, tanto da indurre a ritenere che le trasformazioni della mafia siano ormai dovute non più alla sua volontà di dominio e di espansione, ma all’efficacia dell’azione di contrasto: così LA SPINA, *Introduzione*, in LA SPINA-AVITABILE-FRAZZICA-PUNZO-SCAGLIONE, *Mafia sotto pressione*, Franco Angeli, 2013, p. 9 e i contributi di SCAGLIONE e FRAZZICA nello stesso volume, rispettivamente p. 25 s. e 62 s.).

VINCENZO MILITELLO

di contrasto alla criminalità organizzata è verosimilmente alla base di una sua diversa lettura, autorevolmente prospettata nella nostra dottrina. Essa muove dalla critica al diritto penale del nemico, senza tuttavia negare la specialità delle normative oggetto privilegiato della teoria di *Jakobs* rispetto al resto del sistema penale⁵⁷ ed anzi al contempo segnalandone le criticità rispetto a canoni fondamentali, come l'offensività del reato, la legalità e la personalità dell'illecito. Più in generale, si denuncia una tendenza diffusa del sistema penale a distaccarsi dall'originario riferimento del reato ad un fatto singolo e concluso nella sua identità di lesione di un bene giuridico, al quale collegare una pena che inevitabilmente interviene dopo la realizzazione del fatto; d'altra parte, si critica il contestuale spostamento del ricorso alla sanzione penale per colpire ("lottare", "contrastare") in via sempre più anticipata fenomeni, come terrorismo e criminalità organizzata (si potrebbe aggiungere anche corruzione, ma gli esempi potrebbero continuare): tutti presentano una differenza di scala con il reato singolo, in quanto sono la sommatoria di tanti comportamenti non di autori individuali, ma di intere collettività di soggetti. Pur riconoscendosi che questa realtà normativa non vada esorcizzata, se ne rileva la diversità rispetto al modello di diritto penale di stampo garantista e di impianto costituzionale⁵⁸.

A questa critica se ne aggiunge una ulteriore, che si salda con il filone teorico che individua nel diritto di matrice europea in materia penale un pericolo per i fondamenti della scienza penalistica e per la sua stessa identità di coscienza critica rispetto al sistema penale⁵⁹: si individua così

796

⁵⁷ DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 745 s.; cfr. anche, ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in GAMBERINI/ORLANDI (cur.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. nt. 3, p. 19 ss.; e da ultimo ID., *Mafia e terrorismo*, cit. nt. 7, p. 2 s.

⁵⁸ DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione crim.*, n. 2/2007, p. 55 ss. (in particolare, p. 62: dove il diritto penale di lotta è "l'esatto contrario del garantismo" in quanto violerebbe il "suo principio cardine che è quello della legalità").

⁵⁹ Per la tendenza essenzialmente antagonistica rispetto ai processi di europeizzazione dei sistemi penali degli stati membri, giudicati in rotta di collisione con le garanzie dello stato di diritto, cfr. ad es. già P.A. ALBRECHT/BRAUM, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 1998, p. 465 s.; KAIATA/GBANDI, *Bemerkungen zur Entwicklung rechtstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, *ivi* 2001, p. 290 s.; SCHÜNEMANN, *Ein Gespenst geht um in Europa - Brüsseler "Strafrechtspflege" intra muros*, in *GA* 2002, p. 514; ID., *Ein Kampf ums europäische Strafrecht - Rückblick und Ausblick*, in *Festschrift für Swarc, JOERDEN ET AL.* (Hrsg.), Duncker & Humblot, 2009, p. 112 s.; LÜDERSSEN, *Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtssetzung*, in *GA*, 2003, p. 71 s., 78 s., 84; SILVA SÁNCHEZ, *I principi ispiratori delle proposte di un diritto penale*

LA “**LOTTA**” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

nelle fonti internazionali e segnatamente negli interventi dell’Unione Europea la matrice della descritta “mutazione” del diritto penale che realizza obiettivi politico-criminali di contrasto di fenomeni come la criminalità organizzata, etichettando coloro che partecipano ai programmi di ricerca su tali materie in termini di “nuovi intellettuali organici”, forse addirittura inconsapevoli⁶⁰. Così, all’inaccettabile diritto penale del nemico si affianca e sostituisce un diritto penale di lotta, che senza violare apertamente e frontalmente i fondamenti teorici e costituzionali del nostro sistema penale, ne rappresenterebbe però uno snaturamento, risultando quantomeno problematico rispetto ai principi garantistici del diritto penale del fatto di tradizione illuminista: nel modo più chiaro, ci si domanda “se il diritto è visto come un arma, come potrà fungere da garanzia”⁶¹?

7. *Per una riconduzione della ‘lotta’ alla criminalità organizzata alla ‘moralità del conflitto’ insito nel diritto penale.* — A me pare che la sostituzione del diritto penale di lotta a quello del nemico non convinca né sul piano della verifica teorica di alcuni suoi presupposti e sviluppi argomentativi, né quanto all’apporto che esso può fornire alla soluzione pratica della questione cruciale relativa alla normativa in materia di criminalità organizzata, vale a dire il suo mantenimento o piuttosto la sua abolizione o ancora la sua più o meno estesa ristrutturazione.

In primo luogo, l’alternatività (sia pure espressa in termini retorici) posta fra le funzioni del diritto (e penale in particolare), se arma o garanzia, salta a piè pari quell’inevitabile natura di Giano del diritto penale, il cui doppio volto è stato illuminato almeno a partire dalla messa a fuoco del duplice taglio della spada penalistica. E quando tradizionalmente è evocata l’immagine della Giustizia che sorregge tanto la spada quanto la bilancia, il relativo equilibrio non è solo da ricercare rispetto al significato ed al valore nei confronti del singolo fatto illecito e al suo autore, in quanto il grado in cui quei due elementi della figura interagiscono produce effetti nel contesto sociale in cui il fatto concreto e il suo particolare autore si collocano. Attraverso la sanzione penale comminata all’autore del singolo fatto, la società afferma la meritevolezza di tutela

europ. *Un commento critico*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea*, CANESTRARI/FOFFANI (cur.), Giuffrè, 2005, p. 457 s.

⁶⁰ DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit. nt. 58, p. 55.

⁶¹ DONINI, *op. ult. cit.*, p. 55.

VINCENZO MILITELLO

di determinati interessi e ritiene opportuna una loro adeguata protezione, tanto da ricorrere allo strumento più incisivo disponibile.

In una tale logica — che potrebbe sembrare persino ovvia, se non fosse che periodicamente va ricordata ⁶² — si spiega perché il diritto penale non deve essere lasciato solo nell'azione complessiva a tutela di tali interessi, con la connessa richiesta che esso si collochi all'interno di un fascio di interventi da parte delle varie agenzie di controllo sociale e di formazione culturale: la 'lotta' alla criminalità organizzata è comune a tutta la platea di tali soggetti e il diritto penale non è che una parte del sistema complessivo che la società deve mettere in campo per contrastare il fenomeno. Una parte il cui ruolo non va sottovalutato nell'azione complessiva, in quanto marca un terreno che serve agli altri operatori per rivolgere i propri messaggi ai consociati su quale sia l'ambito da non abbandonare. Ma una parte che è pur sempre caratterizzata dalla ricerca dell'equilibrio fra le due componenti simboleggiate della spada e della bilancia, e che dunque deve essere contenuta nei limiti della stretta necessità, senza però celare la natura pur sempre relativa di un tale giudizio, non potendo che formularsi in proporzione al tipo di fenomeno criminale considerato e alle sue manifestazioni storicamente condizionate.

Se poi si ha consapevolezza di tale componente strutturale del diritto penale, almeno nelle forme finora inverte, appare difficile imputare all'Europa la nascita (se non l'esclusività) della legislazione penale di lotta.

Non sarò certo io a negare che la criminalità organizzata (e il suo contrasto) rappresenti uno dei terreni di innesto e dei motori più attivi nel pur breve percorso compiuto dall'unione Europea nell'armonizzazione dei sistemi penali nazionali ⁶³.

⁶² Ad esempio, la ricordava *Giovanni Falcone*, “sembrando(gli) ovvio che non possa non essere qualificata « lotta » l'azione di contrasto delle istituzioni nei confronti delle organizzazioni mafiose; e sembrando(gli), del pari, scontato che la lotta debba essere condotta nel rispetto rigoroso delle rispettive attribuzioni, pena lo stravolgimento dei principi dello stato di diritto” (*Ruolo della magistratura e lotta alla mafia*, in *Id.*, *Interventi e proposte*, cit. nt. 7, p. 105).

⁶³ Mi limito qui a ricordare che sin dal suo documento di politica criminale che traccia le coordinate dell'azione europea in materia (“Piano d'azione contro la criminalità organizzata” in GUCE C 251 del 15.8.1997) si coglie il ruolo di questa problematica rispetto all'intervento in ambito penale nel pur ancora debole terzo pilastro. Ancora, il primo intervento dell'Unione Europea in cui si pongono standard di incriminazione agli stati membri, pur nel limitato quadro offerto dalla versione di *Maastricht* del Trattato, si intesta alla lotta ad una specifica tipologia criminale connessa alla presenza di gruppi organizzati (Azione comune del 1997 per la lotta contro la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale di minori (1997/154/GAI). Nei successivi contesti istituzionali del trattato di *Amsterdam* e poi di *Lisbona* l'orientamento alla lotta si riscontra ad esempio nella Decisione quadro del 2008 sulla lotta alla criminalità

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

È importante tuttavia sottolineare che il collegamento alla criminalità organizzata e alla relativa azione di contrasto non è certo prerogativa esclusiva o comunque originaria dell’Unione Europea, ma riflette una tendenza di politica criminale che taglia trasversalmente i diversi sistemi penali e che per questo — e semmai come conseguenza — coinvolge le organizzazioni internazionali ed europee in particolare. Basti richiamare che la prima normativa dedicata al contrasto al fenomeno non si riscontra né nei documenti dell’Unione Europea della seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, e neanche nel nostro Paese, che pure conosce da tempi più risalenti il problema e l’importanza di un suo contrasto. Sono invece gli Stati Uniti d’America, che dopo un lungo lavoro di studi criminologici, nel 1970 adottano l’*Organized crime control Act*, al cui interno si trova una apposita sezione sul racket delle organizzazioni criminali e sulle forme per privarlo dei suoi proventi illeciti⁶⁴.

Lo stesso intervento dei legislatori nazionali in materia è precedente alle normative dell’Unione Europea: in Italia, sin dai già citati decreti legge reiterati dalla fine del 1990 si incontra il riferimento espresso alla “lotta alla criminalità organizzata”⁶⁵. Anche in Germania la legge apposita in materia si intitola ad analoga espressione, sia pure riferita anche al traffico illecito di stupefacenti del 15.07.1992⁶⁶. In Francia poi il nuovo codice penale del 1992 contrasta la tendenza alla settorialità degli interventi in tema di criminalità organizzata, ricollocando al proprio interno molti dei relativi illeciti, già via via introdotti nell’ordinamento francese da una legislazione ancora una volta emergenziale⁶⁷.

organizzata(2008/841/GAI) (come d’altra parte anche nella successiva Direttiva del 2017 sulla lotta contro il terrorismo: 2017/541/UE). In tema sia consentito rinviare a miei precedenti contributi: *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in MILITELLO/ARNOLD/PAOLI (cur.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Iuscrim-Giuffrè. 2000, p. 6 s.; *Criminalità organizzata: politica criminale europea vs. tutela nazionale dei diritti fondamentali?*, in CANESTRARI/FOFFANI (cur.), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit. nt. 59, p. 255 s.; *Criminalità organizzata transnazionale ed intervento europeo fra contrasto e garanzie*, in RTDPE, 2011, p. 181 s.; *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali all’interno dell’Unione Europea*, cit. nt. 26, p. 2 s. dell’estratto; *La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell’Unione europea: percorsi di armonizzazione*, cit. nt. 17, p. 16 s.

⁶⁴ Il riferimento è al *Racketeer Influenced and Corrupt Act* (“RICO”) come parte dell’*Organized Crime Control Act* (Pub. L. No. 91-452, 84 Stat. 941 (1970)).

⁶⁵ V. *supra* nt. 12.

⁶⁶ V. *supra* nt. 47.

⁶⁷ BERNARDI, *La disciplina prevista dal nuovo codice penale francese in tema di criminalità organizzata*, in questa Rivista 2000, p. 988 s., 994 s.; BONINI, *Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata*, in *Indice pen.*, 2009, p. 260 s.

VINCENZO MILITELLO

Questi pur essenziali riscontri bastano a indicare che le citate prese di posizione dell'Unione Europea, lungi dall'inventare *ex nihilo* la lotta alla criminalità organizzata che poi si propaga a valle negli stati membri, sono una espressione specifica della più generale presa di coscienza da parte dei vari sistemi nazionali della pericolosità connessa alle nuove manifestazioni criminali a carattere organizzato ⁶⁸.

A ben vedere, del resto l'accennata risposta a livello sovranazionale non è certo una scelta isolata o casuale dell'Unione Europea, ma è solo una delle risposte alla rapida crescita di mobilità delle persone e dei beni, anche quelli che interessano in vario modo le organizzazioni criminali: ciò ha determinato un mutamento di scala nella relativa dimensione di azione, passata in pochi decenni da ambiti geograficamente delimitati a traffici ben più ampi, anche transnazionali. La prova dell'esigenza di affrontare non in modo parcellizzato ed a livello tendenzialmente globale la questione del contrasto alla criminalità organizzata transnazionale è la già ricordata Convenzione ONU firmata a Palermo nel dicembre 2000, alla quale la stessa Unione Europea ha aderito, nel solco peraltro di un atteggiamento comune a un numero molto elevato di stati nazionali ⁶⁹.

Ancora, non è forse inopportuno chiarire che gli stessi programmi europei di incentivazione agli studi sulle tipologie di criminalità moderna, che molto spesso vengono poi sviluppati da reti di ricercatori di varia nazionalità, non sono canali mascherati per corrompere la coscienza critica della scienza penalistica, ma piuttosto strumenti e possibili occasioni di riflessione sui nuovi fronti della tutela penale. Le analisi conseguenti possono evidentemente essere condotte criticamente o meno, ma forse è fallace una iscrizione d'ufficio dei relativi autori ad un blocco compatto di "nuovi intellettuali organici", sia perché molti non si riconoscerebbero in tale tesseramento, sia perché l'autonomia di pensiero è un valore che non può essere confinato entro barriere predeterminate e va sempre misurato rispetto al singolo contributo e mai secondo posizioni di fondo a favore o contro una certa posizione. Per di più, stimolando lo scambio fra studiosi di diversa origine nazionale e spesso di non identica specializzazione, quei programmi sono una occasione unica per evitare una autoreferenzialità di una scienza penalistica solo rivolta a coltivare il proprio giardino interno, ed è anche per questo che

⁶⁸ Cfr. ad es. MARINUCCI/DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in questa Rivista 1999, p. 802 s., 814.

⁶⁹ Riferimenti *supra* nt. 26.

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

essi opportunamente sempre più caratterizzano lo statuto contemporaneo del penalista chiamato a rispondere alle trasformazioni in senso multilivello dell'ordinamento nazionale ⁷⁰.

Ma il rilievo più centrale è connesso al dato che la teorizzazione di un diritto penale di lotta non risolve la questione se materie come le norme di contrasto alla criminalità organizzata siano legittime o meno o anche solo da modificare in qualche specifico aspetto. E ciò non solo perché risulta difficile distinguere con chiarezza le note caratterizzanti il diritto penale di lotta rispetto a quello del nemico, con la conseguenza che il giudizio di scarsa compatibilità con il sistema penale di impianto costituzionale, che affligge quest'ultimo, finisce per allungare la sua ombra problematica anche sul diritto penale di lotta.

Probabilmente il dubbio più difficile da sciogliere si annida nell'idea stessa che esista un diritto penale di lotta di interi fenomeni criminali, radicalmente diverso dal diritto penale che reprime invece singole lesioni: una tale dicotomia finisce per fare affiorare una tendenza latente di ogni norma penale, trasformandola però in una tensione finalistica solo di un gruppo di esse, quelle appunto rivolte al contrasto di fenomeni criminali. Forse però una rigida separazione fra due blocchi normativi così individuati trascura che le norme penali nel reprimere le condotte di volta in volta descritte, intendono sempre realizzare lo scopo di prevenire ulteriori offese future. Il dato che le norme penali rivolte a colpire i singoli delitti non si intitolino al contrasto ai fenomeni in cui ciascuno di questi delitti si inserisce, non deve far dimenticare che, una volta superate le concezioni retributive del diritto penale, quelle stesse norme attraverso la punizione del singolo reato sono rivolte pur sempre a contrastare la diffusione di offese dello stesso tipo, e dunque del fenomeno che esse rappresentano per la società in cui si inseriscono.

Si tratta di non trascurare cioè la costante funzione delle norme penali di orientare le condotte dei consociati e — attraverso questo effetto — contribuire a contrastare i fenomeni criminali di volta in volta connessi. Se lotta è, essa non è certo una novità riferita a questa o quella forma di criminalità cresciuta nel periodo più recente, ma è la stessa lotta per il diritto, di cui oltre un secolo fa parlava già *Rudolf von Jhering* alla

⁷⁰ Per una più ampia illustrazione di tali profili, cfr. se si vuole MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *questa Rivista*, 2014, p. 106 s., 114 s.; una esigenza del resto sottolineata anche da DONINI, da ultimo in *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in corso di pubblicazione, p. 12 s. (del datt.).

VINCENZO MILITELLO

associazione giuridica viennese⁷¹. Dimenticare la duplice funzione dello strumento penale rischia di essere fallace tanto se si trascuri l'esigenza di garanzia dei consociati contro il suo impiego, quanto se non si consideri l'obiettivo di contrasto delle offese compiute.

Occorre allora mantenere un rapporto dialettico fra le due prospettive indicate e avere cura di verificarlo non secondo formule generali e modelli astratti di diritto penale, ma sulla base di un'analitica disamina se il singolo reato o il singolo strumento sanzionatorio, processuale o penitenziario realizzi o meno un adeguato temperamento delle opposte esigenze in gioco. L'esigenza rilevata in generale si avverte particolarmente in un settore così delicato per la tenuta dell'ordinamento come quello delle organizzazioni criminali, ed anche qui la relativa valutazione deve ricevere un apporto determinante da una costante sensibilità ai valori costituzionali.

L'attenzione ad una costante rivisitazione del punto di equilibrio raggiunto trova conferma nei più recenti sviluppi della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale⁷²: esse, per segnalare l'illegittimità di specifici norme sul trattamento penitenziario per reati gravi e di criminalità organizzate, non hanno utilizzato le categorizzazioni generali del diritto penale del nemico o di lotta, ma si sono riferite a specifiche e circoscritte previsioni di diritti fondamentali da cui hanno ricavato precisi limiti di garanzia, dimostrando tra l'altro che la fonte europea non è per forza il *moloch* punitivista che viene talvolta rappresentato, ma può invece fungere da argine alla compressione dei diritti del singolo.

Sullo sfondo peraltro non si può trascurare che il cammino percorso dal sistema italiano di contrasto alla criminalità organizzata è il frutto faticoso — e talvolta anche tragico — di una interazione fra vari fattori: sacrifici umani, scelte politiche, soluzioni normative, sviluppi giurisprudenziali, comportamenti della società civile. Nello stesso panorama internazionale dei molteplici attori che a vari livelli e in diversi contesti si occupano di contrasto al crimine organizzato, la posizione italiana si caratterizza non solo per alcune soluzioni normative antesignane, ma anche per un'azione diffusa nella società civile, di cittadini, gruppi ed associazioni, rivolti a stimolare e a diffondere comportamenti incompatibili con il controllo delle organizzazioni criminali sul territorio.

⁷¹ Richiama tale autorevole precursore PAGLIARO, "Diritto penale del nemico", cit. nt. 45, p. 2469.

⁷² Riferimenti *supra*. in nt. 34.

LA “LOTTA” ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Un’azione che riceve un rafforzamento importante dal collocarsi in un contesto ordinamentale in cui le varie componenti condividono un obiettivo tanto impegnativo, pur nel rispetto delle rispettive specificità e dei limiti inerenti a ciascun settore di intervento.

Pur sulla base di una tale consapevolezza, la normativa penale in tema di criminalità organizzata deve sempre essere analiticamente filtrata per garantire che una arma tanto affilata non colpisca indebitamente. Si tratta però di un conflitto che ha una sua ‘moralità’⁷³, essendo radicato nella storia del diritto penale ben al di là del terreno specifico del contrasto ai nuovi fenomeni criminali e segnatamente alla criminalità organizzata; un conflitto che non può essere risolto sulla base di generiche etichette liquidatorie, come quelle del diritto penale del nemico, dell’autore, di lotta, o moderno; un conflitto che solo dalla collocazione in una dimensione aperta a vari livelli normativi, anche sovranazionali, evita di essere affrontato in modo inadeguato rispetto alla portata attuale dei problemi criminali e al quadro di garanzie che devono accompagnare la relativa azione di contrasto.

⁷³ Per tale formula BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreements and the law*, Hart, 2005.