

LICIA SIRACUSA

## IL DIRITTO PENALE E LE INFILTRAZIONI MAFIOSE NELL'ECONOMIA: TRA CERTEZZA ED AMBIGUITÀ

Diversamente dalla morale, il diritto deve colmare il disvello fra norma e realtà normativamente, nel corso della legislazione.

Jürgen Habermas, *Verità e giustificazione*.

### 1. Premessa

Nell'ambito di un progetto di studio sulla quantificazione dei costi economici del crimine organizzato nel territorio siciliano il giurista, chiamato a dare un inquadramento dogmatico e politico-criminale ai dati empirici raccolti, avverte un certo disagio.

L'approccio metodologico di tipo razionalistico che è tipico dell'analisi tecnico-giuridica sembra mostrarsi subito inadeguato per l'osservazione e la descrizione di fenomeni sociali e criminali ad alta complessità ed in continua evoluzione.

Le forme di manifestazione e di condizionamento del crimine organizzato nel settore economico appaiono, infatti, talmente variegata e differenziabili in base alle diverse aree territoriali siciliane da disvelare un limite intrinseco dell'indagine giuridica: la sostanziale inconciliabilità tra ragionamento dogmatico e «liquidità» della realtà empirica<sup>1</sup>.

Ciò, se, da un lato, rivela le difficoltà di mettere insieme valutazioni sociologiche ed economiche con valutazioni penalistiche in senso stretto, dall'altro lato, mostra i vantaggi

<sup>1</sup> Il termine è preso in prestito da Z. Bauman [2006; 2007], che lo impiega per descrivere la complessità mutevole della società post-moderna.

di un approccio di indagine multidisciplinare. Dal dialogo tra le scienze, dallo scambio circolare di informazioni e di osservazioni scaturisce un prezioso arricchimento anche del punto di vista di osservazione proprio della scienza penale<sup>2</sup>. Tale *quid pluris* consiste nella possibilità per il giurista di utilizzare la descrizione sociale e criminologica di un dato fenomeno o di più fenomeni per ricostruire (o, meglio, per tentare di costruire) *tipologie generalizzate e generalizzabili* di comportamenti antiggiuridici e penalmente rilevanti, avendo sempre presenti le garanzie e le funzioni general-preventive del diritto penale.

In sostanza, l'intersezione tra osservazione sociologica ed osservazione penalistica può servire per una ragionevole ponderazione delle ragioni politico-criminali che fondano la meritevolezza di pena di talune condotte e per tentare una razionalizzazione in senso normativo delle multiformi sfaccettature del rapporto mafia-economia<sup>3</sup>.

## 2. La griglia di partenza

### a) Una breve ricognizione sul metodo di indagine seguito

L'incontro tra le diverse culture dei ricercatori coinvolti nel progetto ha reso necessario stabilire, sin dall'inizio, un percorso di ricerca comune, di modo che l'apporto dei vari metodi di lettura dei dati raccolti avesse un nucleo stabile, condiviso tra le varie aree scientifiche. In primo luogo, si è definito l'oggetto dell'indagine, che ha riguardato i

<sup>2</sup> L'opzione culturale di guardare al fenomeno del crimine organizzato con un approccio esclusivamente «dogmatico» o penalistico potrebbe rivelarsi fallimentare, perché proporrebbe quella logica di «specializzazione» dei saperi e delle scienze che è considerata generatrice di un potenziale enorme di rischi sociali. Sulla settorializzazione del sapere come fonte e linfa del senso di insicurezza che caratterizza le società moderne [Beck 2005, 249 e ss.].

<sup>3</sup> Come è noto, il dialogo tra dogmatica penale e politica criminale costituisce il nucleo centrale dell'insegnamento di Roxin [1986].

rapporti tra crimine organizzato ed economia in Sicilia con particolare riferimento al fenomeno delle estorsioni e delle condotte di deviazione degli appalti. In secondo luogo, per la raccolta dei dati si è scelto di impiegare essenzialmente fonti di tipo giudiziario.

Su questo solco, si sono delineati due canali di recepimento delle informazioni:

1) interviste con i magistrati;

2) lettura degli atti giudiziari e delle risultanze processuali fornite dai magistrati stessi. Ciò ha consentito di verificare come il fenomeno oggetto di indagine appare agli occhi di coloro che sono chiamati a fronteggiarlo sul fronte repressivo e di osservare la varietà di tipologie di condotte che emerge nella prassi giudiziaria.

Il dialogo con la magistratura ha reso più agevole la lettura del dato giudiziario nella misura in cui ha permesso di dare *contenuto concreto* ai modelli di comportamento che si delineavano in base alle risultanze processuali ed agli atti investigativi ed ha dissipato sin dall'inizio possibili fraintendimenti nella comprensione del fenomeno.

Questo metodo di recepimento delle informazioni ha da subito mostrato punti di forza e limiti intrinseci. I punti di forza sono consistiti, come detto, nella possibilità di disporre del punto di vista di chi si trova costretto a penetrare il fenomeno per combatterlo, ricostruendone direttamente le modalità di manifestazione.

I limiti, invece, com'è ovvio, hanno riguardato l'impossibilità di quantificare la c.d. *cifra oscura* del fenomeno stesso, ossia di stabilire con ragionevole plausibilità l'ampiezza di quell'area di impresa connivente con la mafia o forzatamente soggiacente al suo potere che è rimasta ignota agli organi inquirenti. Questo limite, tuttavia, a mio giudizio, non fa venir meno l'importanza del contributo del giurista.

Esso, infatti, non inficia considerevolmente l'attendibilità e la significatività dei dati raccolti ai fini di un'analisi tecnico-giuridica, in quanto concerne più direttamente il profilo delle dimensioni *quantitative* del fenomeno, e non già quello delle caratteristiche *qualitative* dello stesso, soprattutto ove agli atti investigativi a disposizione si sono

aggiunti provvedimenti giudiziari definitivi e sentenze passate in giudicato, cioè atti vincolanti, costituenti «verità processuali».

In sostanza, nonostante la natura intrinsecamente *punitiforme* dell'attività inquirente, il materiale raccolto sembra comunque aver fornito un quadro complessivamente significativo delle costanti modalità di realizzazione del rapporto tra crimine organizzato ed impresa nel territorio siciliano.

I dati ottenuti sono stati suddivisi per aree territoriali, Sicilia occidentale e Sicilia orientale, e per tipologia dei centri urbani sui quali incidono i fatti illeciti, città capoluogo e provincia.

Si è poi effettuata una ricognizione *trasversale* delle tipologie di comportamento illecito emergenti dal materiale a disposizione. In specie, una volta identificata una data tipologia di condotta o di manifestazione del fenomeno, si è verificato quale fosse il suo livello di diffusione nelle aree territoriali scelte, allo scopo di valutare le caratteristiche qualificative del fenomeno più ricorrenti per ciascuna delle aree. Ciò ha reso possibile una comparazione qualitativa del fenomeno tra i diversi ambiti territoriali e tra capoluoghi e province.

#### *b) Una breve ricognizione dei dati empirici ottenuti*

La prima fase dell'indagine, che possiamo definire *fase ricostruttiva o ricognitiva*, ha condotto all'individuazione delle costanti modalità di manifestazione del fenomeno delle estorsioni e della diffusione delle stesse nelle diverse aree territoriali esaminate.

Non essendo compito del giurista enucleare analiticamente e nel dettaglio gli aspetti criminologici e sociologici del rapporto tra mafia ed economia, per questi profili rinvio al report proposto dai ricercatori di scienze sociali e mi limito a riprendere soltanto alcuni punti significativi, più suscettibili di analisi giuridica.

In particolare, non vi è dubbio che sia obiettivo fondamentale del crimine organizzato penetrare e condizionare

il tessuto dell'economia siciliana. Gli strumenti utilizzati a tale scopo sono molteplici e tra questi un ruolo centrale è rivestito dalle estorsioni, le quali consentono, da un lato, di ottenere ingenti proventi illeciti da reinvestire nel circuito illegale, dall'altro lato, di rafforzare e rendere costante il controllo del territorio. Il pagamento del «pizzo» costituisce un mezzo di affermazione del potere mafioso nel tessuto sociale, finalizzato non solo a conseguire profitto, ma anche a infondere e consolidare nella società civile la sensazione che l'«affidamento» alla mafia, o semplicemente l'omettere di ostacolarne le attività, sia fonte di sicurezza e di protezione.

In tale contesto, la rete delle estorsioni diventa al contempo espressione del gioco intimidatorio ed occasione per la proliferazione di dubbie forme di collaborazione o di semplice connivenza tra attori della vita economica ed associazione a delinquere di stampo mafioso.

Se questa è, in linea generale, la radice sociale del fenomeno estorsivo, nello specifico, esso risulta atteggiarsi in modo diverso a seconda del livello di controllo del territorio esercitato dall'organizzazione nelle varie aree, della tipologia dei destinatari delle richieste e della differente *personalità* che contrassegna l'organizzazione a seconda del luogo in cui agisce, della sua storia, dell'evoluzione che ha subito, delle eventuali commistioni con altri gruppi criminali alle quali si è aperta, nonché degli esiti di scontri per il potere che essa ha ingaggiato con forze criminali antagoniste.

Le forme di manifestazione del fenomeno delle estorsioni in effetti sembrano rispecchiare la suddetta differenza di *personalità* delle organizzazioni mafiose nelle varie aree territoriali della Sicilia e tra i grossi centri urbani e le province. Dai dati raccolti emerge che mentre in alcune aree della Sicilia l'estorsione colpisce *a tappeto* quasi tutti gli esercizi commerciali e le imprese private, anche di piccole dimensioni (si veda, per esempio, la realtà della città di Palermo), in altre zone dell'isola il fenomeno si rivolge soltanto contro le imprese e gli esercizi commerciali di dimensioni medie o grandi (si veda la realtà della città di Agrigento o di Trapani).

Questo elemento differenziale, inoltre, non è sempre condizionato dal livello di controllo del territorio esercitato dall'organizzazione. Non si riscontra una costante relazione biunivoca tra controllo del territorio ed estorsione a tappeto. Talvolta, anche in aree caratterizzate da un livello elevato di dominio e di diffusione della criminalità organizzata di stampo mafioso nel territorio, questa sembra preferire un metodo di riscossione del «pizzo» che colpisce soltanto le imprese di medie o di grandi dimensioni e non quelle di piccole dimensioni.

È il caso dei territori di Agrigento e Trapani nei quali, nonostante si possa ritenere «capillare» il controllo del territorio da parte della mafia, tuttavia, le estorsioni non presentano una dimensione altrettanto capillare.

In queste aree l'estorsione a tappeto cede il passo ad una forma più tradizionale di estorsione, definibile appunto *estorsione tradizionale* che rinuncia alla vessazione delle piccole imprese e si rivolge esclusivamente ai soggetti economici più forti.

In altre aree territoriali, invece, l'estorsione assume carattere *predatorio*, in quanto colpisce saltuariamente, soltanto alcune attività commerciali ed imprenditoriali.

Questo tipo di modalità estorsiva, a sua volta, si può manifestare in duplice forma:

1) a volte, essa consiste in una richiesta periodica di danaro merci o altre utilità, anche sproporzionata rispetto alle capacità economiche della vittima e si realizza tramite condotte violente (danneggiamenti, incendi ecc.);

2) altre volte, essa assume il carattere di una vera e propria «rapina indiretta», in quanto si realizza tramite la richiesta occasionale e sporadica.

In sintesi, volendo schematizzare, si può dire che l'estorsione *predatoria* del primo tipo può non essere *pulviscolare*, può cioè assumere le dimensioni di un fenomeno abbastanza diffuso sul territorio e non meramente saltuario (è il caso del territorio di Gela). Tuttavia, questa modalità di estorsione rimane distinta dall'estorsione a tappeto sopra menzionata perché non costituisce espressione di organizzazioni criminali gerarchicamente organizzate e

profondamente radicate nel territorio come «Cosa nostra», bensì è opera di organizzazioni criminali di stampo mafioso «emergenti», diverse dall'associazione mafiosa di stampo corleonese e caratterizzate da una fortissima conflittualità interna ed esterna (la c.d. «Stidda»).

L'estorsione *predatoria* del secondo tipo, invece, assume carattere *pulviscolare*, in quanto non appare né eccessivamente estesa territorialmente, né costante; per la sua natura saltuaria e disorganizzata essa è, piuttosto, assimilabile alla rapina.

Si può ipotizzare, o semplicemente immaginare, che quest'ultima modalità di manifestazione del fenomeno riguardi aree nelle quali non sussiste un totale e penetrante controllo del territorio da parte delle organizzazioni criminali. Va detto, però, che tale considerazione rimane una semplice presunzione non dimostrata, considerato che, come detto in precedenza, non si riscontra sempre una relazione diretta tra livello di dominio del territorio da parte delle associazioni criminali di stampo mafioso e forme di manifestazione del fenomeno. La scelta di ricorrere ad un tipo di estorsione piuttosto che ad un altro può dipendere da una pluralità di fattori non necessariamente legati alla «debolezza» dell'organizzazione ma, per esempio, connessi a valutazioni strategiche più generali sulla tipologia di fonti di approvvigionamento alle quali ricorrere. In una data area, cioè, non è da escludere che l'organizzazione decida di concentrare il proprio interesse su forme di compenetrazione e di gestione del tessuto economico diverse dalle estorsioni o di ricavare la gran parte dei propri profitti da altre attività illecite, tra le quali, per esempio, il traffico di droga.

Infine, dai dati raccolti emerge un'ultima tipologia di estorsione, definibile *estorsione-tangente*, che viene chiesta in occasione dell'avvio di una data attività commerciale o imprenditoriale e che consiste nel pagamento di danaro o nello scambio di «favori» finalizzato o ad assicurare il libero ed indisturbato svolgimento dell'attività stessa (una sorta di *lascia passare*), o la protezione da parte dell'organizzazione criminale. In questi casi, il «pizzo» diventa

il corrispettivo per una controprestazione che, talvolta è forzatamente imposto, talaltra viene addirittura volontariamente corrisposto dall'imprenditore in cambio di protezione.

Di certo, ai fini della qualificazione penalistica è proprio quest'ultima tipologia di condotta a suscitare maggiore interesse. Mentre con riferimento alle altre modalità di manifestazione del fenomeno estorsivo non vi è dubbio che ricorrano tutti i requisiti costitutivi del reato di cui all'art. 629 c.p., nell'ultima delle ipotesi menzionate le condotte poste in essere dagli imprenditori estorti possono rivelare connotati differenziali tali da, eventualmente, far escludere l'applicazione del reato di cui all'art. 629 c.p. e da giustificare la possibile sanzionabilità del comportamento assunto dalle presunte vittime.

In sostanza, nell'*estorsione-tangente* i contrassegni della condotta dell'imprenditore estorto diventano più sfumati e, talvolta, sembrano concretizzare vere e proprie forme di connivenza o di contiguità con le organizzazioni criminali. Spesso in questi casi l'imprenditore non si limita ad attendere che l'organizzazione si renda visibile con le sue richieste, bensì, già al momento dell'avvio della propria attività, cerca il contatto con il gruppo locale per manifestare una certa disponibilità al pagamento. Si può dire che la consapevolezza del controllo sul territorio esercitato dall'organizzazione criminale, dunque, induca l'imprenditore a mostrarsi da subito soggiacente per evitare mali futuri o per conseguire vantaggi indiretti.

Dal punto di vista penalistico, occorre allora domandarsi se tali tipologie di condotte manifestino una certa meritevolezza di pena, tenuto conto delle esigenze di frammentarietà e di *extrema ratio* proprie del diritto penale, se esse possano venire sanzionate per il tramite delle fattispecie incriminatrici attualmente vigenti o se sia più o meno doveroso immaginare per esse il conio di nuove fattispecie di reato alla luce delle funzioni generalpreventive e delle garanzie costituzionali del diritto penale.

Si tratta, com'è evidente, di questioni complesse, l'interesse per le quali costituisce probabilmente per un penalista l'esito più proficuo di un'indagine a carattere

multidisciplinare: l'emersione e l'osservazione di nuove dinamiche comportamentali come spunto per una più generale riflessione di politica criminale sugli strumenti a disposizione del diritto penale per l'incriminazione di forme sfumate di collusione tra crimine organizzato e attività economica.

### 3. L'«estorsione tangente» come linea di confine tra intimidazione e contiguità

Nel panorama delle tipologie di realizzazione della rete delle estorsioni è emersa la peculiarità di una forma di *estorsione tangente* versata dall'imprenditore come corrispettivo per l'ottenimento di un *lascia passare* da parte delle organizzazioni criminali o per l'assicurazione di un'adeguata protezione.

È stato detto che in queste ipotesi, *prima facie*, potrebbe non risultare adeguato un inquadramento del fatto nello schema tipico della fattispecie incriminatrice di estorsione.

Ove, infatti, l'imprenditore non si limiti ad adempiere alle richieste estorsive delle organizzazioni criminali, ma decida di assecondarle per conseguire in cambio un qualche vantaggio o per prevenire un male futuro sembrerebbe che i requisiti costitutivi del reato di cui all'art. 629 c.p. vengano meno e che si profili, almeno in apparenza, una modalità di condotta che si colloca a metà strada tra la coartazione intimidatoria e la vera e propria contiguità all'organizzazione.

Questa connotazione sfumata del fatto dell'imprenditore che accetti di subire il prezzo imposto o che, addirittura, al momento dell'avvio della propria attività si adoperi per rendersi visibile all'organizzazione del luogo al fine di manifestare sin dall'inizio la propria disponibilità al versamento del corrispettivo, pone considerevoli difficoltà di inquadramento dogmatico.

a) in primo luogo, ci si chiede se la peculiarità del comportamento in tal caso assunto dall'imprenditore faccia venir meno i requisiti della violenza e minaccia e della

coazione della vittima;

b) in secondo luogo, ove si dimostri che ciò avvenga, occorre verificare se la condotta sia meritevole di sanzione a titolo di «concorso esterno» nell'organizzazione e se ne ricorrono i requisiti.

Una volta affrontate queste due questioni problematiche, più in generale, rimane la necessità di riflettere sull'opportunità politico-criminale di sanzionare penalmente condotte di tal fatta.

Non vi è dubbio, infatti, che, anche se le tipologie di comportamento in oggetto possono non rientrare pienamente nello schema tipico dell'estorsione (l'imprenditore in sostanza risulterebbe non essere una «vittima» in senso pieno), ciò non significa che sia insostenibile l'opzione di lasciarle impunte, qualificandole come forme di connivenza imposta o forzata e come tale non sanzionabile.

### 3.1. I rapporti tra «estorsione tangente» ed estorsione in senso stretto

In merito alla prima questione, va detto che il nodo cruciale da sciogliere nelle ipotesi considerate riguarda la configurabilità dei contrassegni tipici del reato di estorsione.

L'imprenditore coinvolto nella forma di estorsione da noi definita *estorsione tangente* è vittima o complice dell'organizzazione criminale?

Come è stato osservato da recente dottrina, se si esamina il panorama giurisprudenziale in materia ci si accorge che questa distinzione penalmente rilevante tra soggetto che subisce l'estorsione e soggetto che sfrutta l'estorsione per ottenere in cambio un qualche vantaggio o un male minore varia a seconda delle caratteristiche concrete del fatto di volta in volta oggetto di giudizio<sup>4</sup>.

In sostanza, le posizioni assunte dai giudici sul punto risultano condizionate dalle vicende giudicate e dal modo

<sup>4</sup> Sulla varietà di significati che può assumere il comportamento degli

di leggere il problema dei rapporti tra mafia ed impresa e variano a seconda del punto di vista privilegiato, strettamente tecnico-giuridico o più aperto a sfumature di carattere sociologico<sup>5</sup>.

Altrettanto incerte si mostrano le soluzioni fornite dalla dottrina, la quale appare spesso imbrigliata nella difficoltà di dare sistematicità razionale ai complessi fenomeni criminali che emergono nella prassi e che mostrano una duttilità di cambiamento a tratti inconciliabile con l'astrattezza e l'apparente fissità della norma incriminatrice.

Volendo fornire un breve quadro ricognitivo delle opinioni dottrinali sul tema, si può dire che si contendono il campo tre posizioni diverse.

La posizione *dogmatica classica*, applicando lo schema tradizionale dei reati a realizzazione plurisoggettiva, ritiene che la differenza tra vittima e complice dipenda dal fine per il quale è posta in essere la condotta di pagamento del corrispettivo.

Ove questo è dato per evitare un male minacciato, si è in presenza di un'estorsione in senso stretto, secondo il principio per cui nei reati a concorso necessario se una condotta si esprime in direzione opposta all'altra, è punita solo la condotta dell'aggressore e non del soggetto che la subisce.

Nel caso opposto, invece, si sarebbe in presenza di un condotta di concorso esterno nel reato associativo<sup>6</sup>.

La dottrina che ha contestato tale impostazione rileva che essa non sarebbe agevolmente utilizzabile per tutti i

imprenditori rispetto al rapporto con l'organizzazione mafiosa si veda Visconti [2003, 327 e ss.] e Morosini [2000, 273 e ss.].

<sup>5</sup> Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali si rinvia a C. Visconti [2003, 354 e ss.].

<sup>6</sup> S. Ardizzone [1998, 758]; si veda anche Mantovani [2007, 538], il quale evidenzia che in questa tipologia di reati la non punibilità di uno dei concorrenti dipende dal fatto che essi sono «vittime» dell'illecito, cioè soggetti passivi del reato, pertanto non tecnicamente qualificabili come «concorrenti necessari». L'estorsione non sarebbe dunque inquadrabile nella categoria dei reati necessariamente plurisoggettivi (i quali richiedono una pluralità di soggetti attivi), perché l'estorto sarebbe soggetto passivo e non soggetto attivo del reato.

tipi di reato a concorso necessario ed, in particolare, che essa non darebbe alcun esito se applicata all'associazione per delinquere di stampo mafioso, dato che l'art. 416 *bis* c.p. non descrive tassativamente le condotte delle vittime del reato e si limita a delineare il modo di operare dell'organizzazione, di tipo intimidatorio, senza specificare i connotati del comportamento dei soggetti obbligati a subire quel metodo [Visconti 2003, 355].

Nonostante la critica, il criterio del significato antitetico della condotta della vittima rispetto a quella dell'autore punibile è estendibile *per relationem* anche alla fattispecie associativa. Questa, infatti, fa riferimento ad un *metus* che la vittima subisce per effetto di un'intimidazione dei soggetti attivi operata non *uti singuli* ma come collettività.

Il suddetto criterio, dunque, serve a distinguere le fattispecie di estorsione da quelle di concorso esterno; esso, semmai, non torna utile quando si tratta di ricondurre all'una o all'altra fattispecie condotte *ibride* nelle quali il comportamento della presunta vittima non è radicalmente contrapposto a quello dell'autore, ma neanche converge verso l'associazione nel suo complesso.

La seconda soluzione dogmatica fornita dalla dottrina sul tema in oggetto, invece, si pronuncia a favore del concorso esterno per tutti i casi in cui l'imprenditore, anche temendo il peggio, abbia accettato la protezione della mafia e fornito ad essa taluni servizi [Grosso 1993, 1185]. In tali ipotesi, sussisterebbero sia il dolo, sia l'elemento oggettivo del concorso esterno, a meno che in giudizio non si fornisca la prova che il comportamento dell'imprenditore apparentemente estorto fosse «inesigibile» a causa del sistema di costrizione e di intimidazione in cui esso è costretto ad agire.

Al fine di agevolare nel percorso di accertamento della suddetta condizione di inesigibilità, questa dottrina segnala due canoni interpretativi. Il primo canone fa riferimento alle dimensioni delle imprese e tendenzialmente esclude che per imprese di grandi dimensioni sia possibile rintracciare elementi in grado di dimostrare la sussistenza di profili psicologici che rendono inesigibile il comportamento

assunto. Il secondo canone, invece, atterrebbe al contesto ambientale in cui si inserisce il comportamento estorsivo e condurrebbe ad escludere l'art. 629 c.p. e ad ammettere il concorso esterno in tutti i casi in cui la richiesta estorsiva finisca con l'assumere i connotati di un condizionamento ambientale.

Anche queste considerazioni sono state oggetto di critica da parte di recente dottrina, la quale ha evidenziato, in primo luogo, che il profilo attinente alle dimensioni dell'impresa non sempre condurrebbe ad escludere l'esimente dell'inesigibilità, in quanto il metodo intimidatorio della mafia ben potrebbe esplicarsi nei confronti delle persone fisiche chiamate a dirigere le grandi imprese nel territorio siciliano [Visconti 2003, 358].

In secondo luogo, il canone che fa riferimento al «condizionamento ambientale» apparirebbe eccessivamente indeterminato nella misura in cui non specifica attraverso quali modalità di condotta ed a quali condizioni il controllo mafioso del tessuto sociale cessa di costituire una semplice forma di intimidazione forzata, esercitata dall'esterno e diventa un vero e proprio costume, una forma di condizionamento dalla quale scaturisce la connivenza punibile [*ibidem*, 359].

In sostanza, alla tesi da ultimo enucleata si obietta che essa finirebbe con il trasformare surrettiziamente in concorrente esterno l'imprenditore il quale non abbia subito concrete minacce e non sia stato vittima in concreto di atti di violenza, ma abbia semplicemente patito una forma di condizionamento ambientale che lo ha indotto a scegliere la strada della contiguità o semplicemente della non ribellione.

Se si considera che l'organizzazione di stampo mafioso esplica il suo potere di intimidazione anche, e a volte soprattutto, attraverso forme di condizionamento ambientale indiretto piuttosto che attraverso atti manifesti di violenza, principalmente in tutti i casi in cui si trova chiamata ad interagire con l'attività di impresa, si comprende come il c.d. «condizionamento ambientale» finisca con il costituire il più potente ed efficace metodo di coartazione psicologica

nei confronti della vittima dell'estorsione<sup>7</sup>.

In altre parole, sarebbe proprio il condizionamento ambientale a determinare una condizione di «inesigibilità» di condotte diverse a carico dell'imprenditore e, di conseguenza, a far optare per una soluzione negativa in ordine alla configurabilità del concorso esterno.

Infine, una terza impostazione dogmatica propone di valutare il fenomeno dell'*estorsione-tangente* alla stregua di criteri oggettivi. Si sarebbe in presenza di un fatto di estorsione in tutti i casi in cui l'intimidazione mafiosa, anche realizzata indirettamente attraverso forme di condizionamento ambientale, abbia costretto l'imprenditore a corrispondere quanto richiesto per ottenere un semplice *lascia passare* per il normale esercizio dell'attività. In questi casi, il corrispettivo versato, sebbene vantaggioso per l'associazione, sarebbe il riflesso di un «costo innaturale» subito dall'impresa<sup>8</sup>.

Viceversa, ove si dimostri in giudizio che la disponibilità dell'imprenditore a fronte delle richieste estorsive si è tradotta nel conseguimento di un *beneficio innaturale*, ossia di un vantaggio anomalo a favore dell'imprenditore, si sarebbe di fronte ad un'ipotesi di contiguità punibile a

<sup>7</sup> Si veda alla prassi della mafia di utilizzare la figura dello «scarica», un soggetto che non pone in essere alcuna minaccia diretta, ma – consapevole delle minacce che da altri sono state realizzate – è pronto ad intervenire su richiesta dello stesso commerciante taglieggiato, in quanto persona nota nel quartiere come *vicina* all'ambiente mafioso, e che spesso materialmente incassa il denaro dell'estorsione per conto dell'organizzazione. Talune volte il suo ruolo è, in apparenza, addirittura svolto in favore della vittima, attraverso una attività simulata di mediazione in ordine all'entità del *pizzo*. Accade infatti che l'esercente minacciato non riceva direttamente l'ordine di pagare ad una persona definita, ma venga sollecitato ad attivarsi per individuare la persona «giusta» alla quale rivolgersi. Questa si presenta con il volto amico di chi fa ridurre, anche considerevolmente, le pretese dell'organizzazione, inizialmente sempre molto elevate. E ciò comporta, evidentemente, l'innestarsi di un perverso meccanismo, in virtù del quale il commerciante non solo finanzia l'organizzazione criminale ma è costretto, in qualche modo, ad essere grato alla stessa che, con il suo «volto amico», lo ha trattato con apparente comprensione.

<sup>8</sup> Il riferimento è alla tesi di Visconti [2003, 381 e ss.], il quale fa propria la distinzione tra «costi naturali» e «costi innaturali» e tra «benefici

titolo di concorso esterno [Visconti 2003, 383]. In tal caso, infatti, verrebbero meno i requisiti costitutivi del reato di estorsione, vale a dire la minaccia e la violenza coercitive che conducono ad un giusto profitto con l'altrui danno, in quanto non si potrebbe ragionevolmente sostenere che il pagamento del corrispettivo o le prestazioni di servizi abbiano prodotto un danno patrimoniale a carico dell'imprenditore.

### 3.2. Alcune riflessioni a margine

La teoria da ultimo esaminata presenta senza dubbio profili interessanti. Essa ha il pregio di privilegiare un'impostazione di tipo oggettivistico nella delineazione del rapporto tra forme di contiguità con l'organizzazione criminale e forme di estorsione in senso stretto.

Significativa è la proposta di districare il complesso nodo interpretativo delle condotte riconducibili all'estorsione *ivi* definita *estorsione-tangente* attraverso il criterio dell'ingiusto vantaggio, il quale, non solo richiama i risultati di recenti studi sociologici sul tema [La Spina 2005], ma, in più, svincola l'interpretazione da valutazioni ed accertamenti processuali di profili meramente soggettivi.

È noto, infatti, che la verifica in sede giudiziale della sussistenza di eventuali cause non codificate di esclusione della colpevolezza del fatto è operazione complessa e dagli esiti incerti.

Il ricorso a criteri di tipo soggettivistico al fine di un corretto inquadramento dogmatico di condotte a metà strada tra il concorrere ed il subire dà inevitabilmente ingresso a valutazioni mutevoli e finisce con il fallire l'obiettivo di costituire un canone interpretativo razionale per la soluzione dei casi concreti.

naturali» e «benefici innaturali» utilizzata da La Spina [2000, 456] per distinguere la posizione dell'imprenditore estorto da quella dell'imprenditore acquiescente.

A ciò, si aggiunge il dato che la scelta di un criterio di tipo oggettivistico si mostra in linea con la tendenza invalsa anche nel settore dei reati contro la Pubblica Amministrazione di impiegare il criterio del danno/vantaggio nei rapporti tra concussione e corruzione.

Non va, inoltre, sottaciuto che l'equiparazione del «condizionamento ambientale» all'intimidazione estorsiva, tale per cui la «persuasione più o meno forzata» è assimilabile alla costrizione di cui all'art. 629 c.p., costituisce un'acquisizione culturale della giurisprudenza, ricavata dall'esperienza di *tangentopoli*, la quale ha fatto emergere forme di corruzione/concussione di sistema molto simili a vere e proprie forme estorsive.

Sennonché, la tesi enucleata presenta anch'essa alcuni punti deboli, soprattutto se vagliata sulla scorta dei risultati empirici dell'indagine condotta nell'ambito di questo studio. In primo luogo, il criterio oggettivistico del *beneficio innaturale* non sempre può servire a rendere intelligibili le condotte che si realizzano in concreto.

Se, infatti, in alcuni casi è possibile identificare con certezza l'ingiusto vantaggio che l'imprenditore trae dalla sua condotta di accettazione della richiesta estorsiva, altre volte tale accertamento non risulta egualmente agevole.

Così, ove si dimostri che durante tutto il periodo in cui l'imprenditore ha versato le somme dovute o fornito i servizi richiesti ha ottenuto in cambio dall'organizzazione l'assegnazione di altri appalti, o la fornitura di materie prime a basso costo, o la disponibilità di mano d'opera a buon prezzo, non vi è dubbio che il beneficio conseguito sia innaturale e che il «pizzo» non costituisca semplicemente il riflesso di un costo altrettanto innaturale.

Ma, a parte le difficoltà probatorie in ordine al concreto conseguimento di questi benefici, il profilo del vantaggio ingiusto ha anch'esso un contenuto sfumato. Come può qualificarsi il fatto dell'imprenditore che, avendo adempiuto alle richieste anche implicite dell'organizzazione criminale, si sia assicurato in cambio un vantaggio di carattere non patrimoniale in senso stretto?

Il criterio del beneficio innaturale probabilmente non

consente di risolvere i casi in cui il profitto conseguito dall'imprenditore non è valutabile da un punto di vista strettamente economico.

Per esempio, nell'ipotesi in cui l'imprenditore scegliesse di pagare il corrispettivo per garantirsi la protezione a fronte di richieste estorsive provenienti da gruppi criminali antagonisti il criterio del vantaggio porterebbe a qualificare il fatto in termini di concorso esterno o di contiguità, nonostante la richiesta di protezione costituisca la controprestazione di una condizione di intimidazione e di una sensazione di minaccia proveniente da un'organizzazione diversa da quella che impone l'estorsione<sup>9</sup>.

In sostanza, a seconda delle possibili molteplici forme di manifestazione del fenomeno anche il criterio oggettivo del vantaggio può condurre a risultati fuorvianti.

Ove, infatti, la contropartita che l'imprenditore intenda ottenere consistesse nella garanzia di protezione verso le richieste estorsive di gruppi criminali diversi e antagonisti rispetto a quello al quale si corrisponde il dovuto, anche se la garanzia rimanesse un semplice affidamento di carattere psicologico, alla negazione della configurabilità del concorso esterno si potrebbe comunque pervenire soltanto impiegando un criterio di tipo soggettivo, consistente nel ravvisare l'inesigibilità di una condotta diversa, ossia l'assenza di dolo; il medesimo risultato, invece, non sarebbe assicurato dal ricorso al criterio del danno o vantaggio, dato che la protezione fornita dall'organizzazione contro aggressioni da parte di organizzazioni terze costituisce senza dubbio un beneficio innaturale, o illecito.

Un'altra ipotesi problematica potrebbe essere quella dell'imprenditore che in cambio della propria disponibilità a soddisfare le richieste estorsive intendesse ottenere una

<sup>9</sup> Sul tema si legga P. Morosini [2000, 282], il quale sottolinea che la tendenza della giurisprudenza ad escludere la responsabilità penale dell'imprenditore, il quale, in cambio di protezione, realizza condotte collaborative nei confronti della mafia è da attribuire alla difficoltà di far rientrare l'imprenditore stesso nello «stereotipo del criminale».

posizione dominante nel mercato e la riduzione, o addirittura l'eliminazione, di possibili concorrenti. In questo caso, sebbene il vantaggio al quale si miri costituisca di certo un beneficio innaturale, risulterebbe complesso dimostrare in giudizio il nesso causale tra la condotta dell'imprenditore ed un evento tanto sfumato come quello della manipolazione delle condizioni di libera concorrenza in quel dato mercato.

Del resto, nel settore della tutela penale dei mercati e della concorrenza proprio questa constatazione ha indotto il legislatore a prediligere il ricorso a fattispecie incriminatrici di pericolo piuttosto che di danno.

Il criterio del vantaggio, inoltre, crea difficoltà probatorie in ordine all'elemento del tempo che può intercorrere tra la consumazione dei fatti di estorsione ed il momento in cui l'imprenditore percepisce i dovuti «benefici innaturali» ed in ordine alla dimostrazione dell'effettivo conseguimento di tali benefici.

Dalle risultanze processuali emerge che nella maggior parte dei casi i vantaggi che un imprenditore consegue o può conseguire per aver mostrato una particolare disponibilità nel pagamento della «tangente» spesso si realizzano dopo che è intercorso un certo lasso di tempo dalla consumazione delle prime estorsioni. In sostanza, il beneficio di carattere economico è sovente diluito nel tempo, sicché non v'è certezza che esso sia stato ottenuto già al momento in cui i fatti penalmente rilevanti giungono al vaglio degli organi inquirenti.

In questi casi, in cui, essendo già stata avviata l'azione penale, l'aspettativa dell'imprenditore estorto non si è ancora realizzata, il criterio del vantaggio non riesce a risolvere la questione dell'eventuale rilevanza penale della condotta del privato.

Inoltre, se il vantaggio, come detto, consistesse nell'acquisizione di una posizione dominante nel mercato, in assenza di specifici accadimenti indizianti (quali, per esempio, mancata assegnazione di gare di appalto a imprese diverse o nuove, successivi attentati con conseguente chiusura di esercizi commerciali dello stesso tipo, nati nella stessa area

di mercato dell'imprenditore considerato ecc.) sarebbe comunque alquanto complesso fornire in giudizio la prova del nesso causale tra la condotta di messa a disposizione dell'imprenditore ed il vantaggio innaturale ottenuto.

Delle due l'una: per un corretto inquadramento sistematico delle condotte in esame o si ammette che il criterio del vantaggio/beneficio debba cedere il passo (o debba venire integrato) a valutazioni soggettive sul *fine* in concreto perseguito dall'imprenditore, o si deve rinunciare alla volontà di dare contenuto penale a questa tipologia di condotte intermedie e, di conseguenza, escludere in radice la possibilità di punirle a titolo di concorso eventuale. In sostanza, dalla rinuncia all'impiego di un criterio misto di tipo oggettivo/soggettivo deriverebbe la resa del diritto penale di fronte all'ambiguità delle relazioni tra economia e crimine organizzato.

Una tale opzione, va precisato, potrebbe non risultare irragionevole se rapportata alla realtà politico-criminale dell'economia in Sicilia. Qui, infatti, il livello di penetrazione e di condizionamento del sistema economico da parte del sistema criminale è spesso tanto consistente da non lasciare all'imprenditore alcun margine di scelta per la piena esplicazione della propria libertà di iniziativa economica. La rinuncia all'incriminazione dell'imprenditore coinvolto nell'*estorsione-tangente* rappresenterebbe allora un «costo sociale» che lo Stato accetta di pagare in un'ottica di bilanciamento tra costi e benefici. Nei casi incerti, infatti, l'ingresso di criteri soggettivi per loro natura sfumati e di difficile accertamento in sede probatoria estenderebbe l'area di rilevanza penale delle condotte del tipo in esame e produrrebbe un *trend* repressivo dei cui esiti positivi nel contrasto al crimine organizzato è dato di dubitare.

Se a causa dell'intimidazione mafiosa si registra un'oggettiva difficoltà per gli imprenditori di collaborare con l'autorità giudiziaria già nei casi di estorsione in senso stretto, ossia nei casi in cui non vi è il rischio per l'imprenditore di vedersi imputato alcun reato, a maggior ragione i margini di tale possibile collaborazione si ridurrebbero enormemente ove invece l'imprenditore corresse anche il

rischio di subire un'incriminazione.

Probabilmente, l'effetto general-preventivo di un *trend* repressivo sarebbe nullo o quasi nullo ed il prezzo sociale che lo Stato pagherebbe risulterebbe più elevato in termini di efficacia dell'azione di contrasto e di indebolimento del senso di comune affidamento nelle Istituzioni di quello che gli deriverebbe dalla scelta di optare per la non punibilità dei casi dubbi di *estorsione-tangente*.

### 3.3. L'«estorsione tangente» ed il concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso

Le difficoltà di coniugare razionalità normativa e realtà empirica nel settore dei rapporti mafia-impresa si manifestano non solo, come visto, laddove ci si trovi costretti a distinguere i casi di estorsione classica dai casi in cui dietro l'estorsione si celi un presunto patto illecito tra l'imprenditore e l'organizzazione criminale, ma anche laddove, una volta scelta l'incriminazione per concorso esterno a carico dell'imprenditore, si è costretti a fare i conti con questa poliedrica ed indefinita forma di partecipazione dall'esterno al reato associativo.

Non indugiamo in un'analisi dettagliata delle questioni problematiche del concorso esterno in associazione mafiosa, ma ci limitiamo ad evidenziare che i problemi non vengono meno neanche ove dall'applicazione dei criteri ermeneutici sopra segnalati consegua un'incriminazione dell'imprenditore estorto/corruptore a titolo di concorso eventuale.

È noto, infatti, che la fattispecie di concorso eventuale in associazione a delinquere di stampo mafioso sconta un *deficit* di indeterminatezza che ha generato nel tempo interpretazioni discordanti in sede giurisprudenziale e tentativi di razionalizzazione in dottrina<sup>10</sup>.

Di recente, le Sezioni Unite hanno tentato di ordinare il

<sup>10</sup> Per questi temi si rinvia al contributo di Visconti [2003, 87 e ss.]

caos interpretativo del diritto vivente proponendo l'impiego di un criterio causale come metodo per la tipizzazione del concorso eventuale<sup>11</sup>. I giudici di legittimità hanno innovato non già nel richiedere ai fini della configurabilità del concorso esterno la prova del nesso causale tra la condotta dell'*extraneus* e l'evento di rafforzamento o conservazione dell'associazione, ma nel fatto di intendere questa prova ragionevolmente fondata solo nei casi in cui si sia verificata *ex post* l'efficienza causale del sostegno fornito. Il paradigma proposto, in sostanza, esclude che il suddetto nesso possa ritenersi provato allorché si sia accertata, *ex ante*, la semplice idoneità della condotta a favorire la realizzazione dell'evento, ossia a rafforzare o conservare l'associazione.

Lo sforzo di dare contenuto concreto alla fattispecie si è risolto, dunque, in un'applicazione rigorosa del criterio causale nella verifica dei vantaggi conseguiti dall'associazione per effetto dell'apporto del concorrente esterno<sup>12</sup>.

Senonché, la dottrina non ha mancato di evidenziare che l'evento rispetto al quale dovrebbe avere luogo detto accertamento del nesso causale è un evento dai contorni sfumati (il mantenimento in vita o il rafforzamento dell'associazione), determinato da circostanze prive di connotati materiali [Fiandaca e Visconti 2006, 90 e ss.].

Ciò renderebbe di fatto impossibile una concreta verifica empirica della realizzazione del risultato lesivo e in ogni caso lascerebbe aperta la strada a valutazioni discrezionali di tipo sociologico, potenzialmente discordanti. La certezza del paradigma causale si infrangerebbe di fronte all'indeterminatezza dell'evento preso in considerazione.

Orbene, da queste premesse si desume come, una

nonché a Fiandaca [1996, 129 e ss.] ed a Militello [2006, 488 e ss.].

<sup>11</sup> SU 20.9.2005, n. 33748, in «Diritto penale e processo», 2006, 585 e ss., con nota di Morosini, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del «concorso esterno» in associazione*.

<sup>12</sup> La posizione assunta dalla Corte di Cassazione è riconducibile a quell'indirizzo interpretativo che considera irrinunciabile il requisito condizionalistico nella delineazione delle condotte di concorso esterno.

volta che, per talune ipotesi, si sia sciolto il nodo dell'inquadramento dogmatico dell'*estorsione-tangente* a favore del concorso eventuale, resta lo stesso la difficoltà per i giudici di dimostrare il nesso causale tra la condotta dell'imprenditore e l'evento di rafforzamento o conservazione dell'organizzazione criminale.

Alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali, il fatto dell'imprenditore coinvolto nella c.d. *estorsione-tangente*, infatti, può qualificarsi come forma di contiguità alla mafia soltanto nella misura in cui abbia prodotto un vantaggio per l'organizzazione.

Nei casi in esame, pertanto, i giudici si imbatterebbero in due ordini di problemi. In primo luogo, dovrebbero dimostrare che l'imprenditore estorto ha conseguito un beneficio innaturale – e questa prova, come detto, non sempre è agevole – in secondo luogo, dovrebbero accertare che la condotta dell'imprenditore ha in concreto favorito il mantenimento in vita o il rafforzamento dell'associazione.

È ovvio che, se si vuole evitare che tale ultima prova si desuma automaticamente dalla semplice corresponsione materiale del «pizzo», di fatto la suddetta verifica può condurre ad una *probatio diabolica*.

Si dovrebbe, infatti, di volta in volta dimostrare che la corresponsione del dovuto da parte di un singolo imprenditore abbia cagionato un macro-evento come quello del consolidamento o della conservazione in vita dell'associazione. Ma tale prova, a mio giudizio, non potrebbe dirsi raggiunta in tutti i casi in cui le somme versate non fossero ingenti, perché vi sarebbe un'eccessiva sproporzione tra la condotta che si assume condizione necessaria e sufficiente dell'evento e le dimensioni dell'evento stesso.

A conferma di tale considerazione soccorre il dato empirico emerso dagli atti raccolti nell'ambito del presente studio.

Le risultanze giudiziarie attestano che in effetti le richieste estorsive difficilmente risultano eccessivamente esose. La mafia sceglie sovente di non imporre prezzi troppo elevati e altrettanto di sovente ad una prima richiesta sproporzionata fa seguire un «ribasso», in modo

da «ammorbidire» l'eventuale resistenza dell'imprenditore o dell'esercente. La logica del «pagare poco, ma pagare tutti» appare molto diffusa.

Dal punto di vista penalistico, un tale contesto empirico richiama da vicino lo schema della c.d. *causalità seriale o cumulativa*, con la quale si fa riferimento a quei contesti di azione in cui la singola condotta dell'agente non è mai da sola causa sufficiente e necessaria dell'evento ma lo diventa soltanto se congiunta ad altre condotte umane analoghe contestuali o successive.

In questi settori a causalità seriale non è possibile dimostrare il nesso causale tra l'evento lesivo e il singolo fatto umano né attraverso il procedimento logico di eliminazione mentale, né attraverso i vari correttivi alla teoria causale condizionalistica.

Allo stesso modo, nel settore delle estorsioni mafiose non è possibile provare che l'evento del mantenimento in vita e del sostentamento dell'organizzazione criminale verrebbe meno senza l'apporto materiale del singolo imprenditore estorto; ma si può dire che solo l'insieme congiunto delle somme riscosse conduce all'evento *de quo*. In sostanza, nessuna estorsione è al contempo causa del mantenimento in vita dell'associazione sia se considerata singolarmente, sia se considerata congiuntamente (secondo lo schema logico del correttivo della *causalità addizionale*). Mentre, infatti, la seconda condizione è certa (l'insieme delle somme versate dai singoli è causa di rafforzamento), la prima condizione, secondo la quale senza il singolo pagamento l'evento-rafforzamento o mantenimento in vita verrebbe meno, non è dimostrabile.

La questione si fa ancora più complessa ove si passi ad esaminare il profilo soggettivo della condotta dell'*extraneus*. Le Sezioni Unite richiedono infatti che il dolo del concorrente esterno abbracci sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione ed al rafforzamento dell'organizzazione, escludendo che si possa dare rilevanza a forme di dolo eventuale.

Stando così le cose, si può ragionevolmente ritenere che

sussista il dolo dell'evento lesivo nel caso dell'imprenditore il quale sfrutti l'estorsione per ottenere in cambio un qualche vantaggio – in una situazione di condizionamento ambientale che probabilmente lo obbligherebbe egualmente al pagamento? La situazione psicologica dell'imprenditore estorto, anche nell'ambito del contesto di relazioni tipico di quella da noi definita *estorsione-tangente*, può considerarsi equivalente a quella dell'*extraneus* che si mette volontariamente a disposizione dell'organizzazione?

Il caso dell'imprenditore che accetti la richiesta estorsiva con l'intento di ricavarne un qualche eventuale vantaggio futuro, o semplicemente con l'intento di ridurre le conseguenze negative del giogo imposto sembra esprimere un *minus* di colpevolezza rispetto al fatto tipico del concorrente esterno.

Ancora una volta dunque si è costretti a scontrarsi con la difficoltà di conciliare i dogmi garantistici del diritto penale con la fluidità di una realtà criminale nella quale i tratti distintivi tra il volere ed il subire, tra lo scegliere e l'essere costretti, tra l'intimidazione e la libera iniziativa spesso diventano impercettibili.

### 3.4. *L'estorsione ed il favoreggiamento*

Sul versante della repressione delle estorsioni un altro aspetto problematico riguarda la possibilità di incriminare la vittima per favoreggiamento, allorché essa renda dichiarazioni contrastanti sui fatti oggetto di accertamento.

Mi occupo solo marginalmente di questo specifico profilo della questione, e per questo mi limito a fornire alcuni *input* di riflessione.

Nei confronti dell'imprenditore che, ascoltato dall'autorità giudiziaria, neghi di aver subito l'estorsione o ritratti precedenti dichiarazioni ammissive si ammette in genere la contestabilità del reato di favoreggiamento personale.

Ciò in quanto secondo giurisprudenza largamente maggioritaria la condotta di favoreggiamento può consistere in qualunque forma di aiuto per eludere le investigazioni

o sottrarre alle ricerche, che si realizzi anche attraverso la reticenza, il silenzio, il rifiuto di fornire notizie utili o le mendaci dichiarazioni rese agli organi inquirenti (Cass. pen., 14.3.1983, Cass. pen., 8.6.1982, Cass. pen., 8.4.1986).

Un certo orientamento giurisprudenziale ha ritenuto pertanto punibile a titolo di favoreggiamento l'estorto che ha negato di aver subito il reato o che ha reso dichiarazioni contrastanti sul fatto oggetto di accertamento (tra le altre decisioni, si veda Cass. pen., 27.1.1992).

Questo orientamento giurisprudenziale si espone però all'obiezione secondo la quale, ai sensi dell'art. 63 c.p.p., non è utilizzabile la dichiarazione resa da persona che sin dall'inizio avrebbe dovuto essere ascoltata come imputato o indagato. Il privilegio contro l'autoincriminazione impedirebbe di utilizzare contro l'estorto le affermazioni che esso ha fatto dinnanzi agli organi inquirenti. La qualità di indagato si assume, infatti, al momento dell'iscrizione nel registro degli indagati, sicché la persona offesa che rende alla polizia versioni contrastanti sui fatti non può essere per ciò solo considerata indagata di favoreggiamento personale.

Tale soluzione appare la più convincente, sebbene si obietti ad essa che le dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63 c.p.p. sono solo quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata sui fatti che riveli circostanze da cui emerga una sua responsabilità penale e non quelle attraverso le quali il medesimo soggetto realizza il fatto tipico di una determinata figura di reato quel il favoreggiamento personale, la calunnia o la falsa testimonianza. Il criterio del «*nemo tenetur se detegere*» tutelerebbe infatti solo la persona che ha già commesso un reato e non quella che il reato debba ancora commettere (Cass. pen., 31.3.2004).

In ogni caso, pur ritenendo applicabile la fattispecie di favoreggiamento, la punibilità andrebbe esclusa, ai sensi dell'art. 384 c.p. o, più in generale, dell'art. 54 c.p., ove si accertasse che l'estorto è stato costretto a dichiarare il falso, a negare o a ritrattare a causa di concrete minacce perpetrate dall'estorsore nei suoi confronti o nei confronti dei suoi prossimi congiunti. Ma in questo caso, l'esito

assolutorio sarebbe assicurato soltanto dalla prova di una concreta situazione di pericolo. Esso non sarebbe altrettanto certo ove risultasse che la mancata collaborazione sia stata la conseguenza di una condizione generale di intimidazione e di paura, non generata da minacce esteriori o da concreti atti di violenza.

È indubbio che vada auspicata l'adozione di una delle soluzioni indicate per evitare una condanna a titolo di favoreggiamento a carico dell'estorto. Le difficoltà investigative e di accertamento del fenomeno estorsivo, infatti, non possono giustificare prassi giudiziarie che indeboliscono oltre misura la posizione già di per sé vacillante delle vittime delle estorsioni. Nel bilanciamento tra l'interesse alla repressione del fenomeno criminale e l'interesse alla tutela della vittima una tendenza alla criminalizzazione dell'estorto sarebbe non soltanto irragionevole, ma forse anche inefficace ai fini del conseguimento del risultato di agevolare le indagini. In effetti, non vi è alcuna certezza circa il fatto che la minaccia di pena si traduca per la vittima in un concreto incentivo alla collaborazione.

In quest'ottica di protezione dell'estorto vittima del reato, apprezzabile appare pertanto l'escamotage escogitato dalla prassi giudiziaria di evitare l'incriminazione a titolo di favoreggiamento a carico dell'estorto, scegliendo di ascoltarlo soltanto dopo che l'estorsore è già stato sottoposto a misura cautelare<sup>13</sup>.

In tal modo, il rischio dell'incriminazione sarebbe escluso dal venir meno dell'elemento costitutivo del reato di favoreggiamento, vale a dire l'idoneità della condotta ad aiutare taluno ad eludere le investigazioni o le ricerche.

<sup>13</sup> Sul punto, *Relazione per la Decima Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura «Criminalità organizzata ed economia illegale»*, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, Direzione Distrettuale Antimafia, 2001, pp. 54 e 55.

#### 4. Una possibile prospettiva di riforma

Da quanto sin qui detto, si ricava che talune tipologie di condotte emergenti nella prassi giudiziaria rimangono di difficile lettura, nonostante gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza di ordinarle su basi normative razionali.

Nel magma in movimento delle relazioni di condizionamento tra mafia ed economia sembra essere vano il tentativo di tipizzare ogni tipo di comportamento concreto, soprattutto laddove si tratta di definire il confine tra estorsione in senso stretto e concorso esterno.

Senza dubbio è interessante la proposta di recente dottrina di qualificare come «vittima» anche l'imprenditore che scenda a patti con la mafia al solo scopo di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave nocumento alla persona ovvero di evitare un danno patrimoniale talmente rilevante da compromettere l'esercizio della propria impresa o della propria professione, in presenza di concrete minacce o del pericolo concreto di violenze da parte dell'associazione [Visconti 2003, 494 e ss.].

Come evidenzia lo stesso autore della proposta, questa clausola di non punibilità di forme di apparente contiguità alla mafia appare ancorata a presupposti applicativi stringenti che riducono il rischio di un'eccessiva espansione dell'area del penalmente irrilevante [Visconti 2003, 501].

Senonché – ed anche questo profilo è sottolineato dall'autore [Visconti 2003, 501] – essa non copre tutti i casi dubbi, destinati per ciò stesso a rimanere impuniti.

Convincente appare anche la proposta di punire a titolo di concorrente eventuale chi, strumentalizzando il proprio ruolo di pubblico ufficiale o di professionista o di imprenditore, si adoperi per avvantaggiare l'associazione.

In questa prospettiva di riforma, alcune tipologie comportamentali comprese nell'estorsione *ivi* definita *estorsione tangente*, però, rimarrebbero fuori dallo spettro applicativo, sia della fattispecie di contiguità alla mafia, sia della clausola di non punibilità ipotizzata. Si tratta dei casi in cui l'imprenditore accetti di corrispondere utilità

alla mafia non per avvantaggiarla, ma, in parte per evitare un danno a sé, ai propri congiunti o alla propria attività, in parte per ottenere in cambio un qualche vantaggio personale di tipo economico patrimoniale, in assenza di un condizionamento generato da «concrete» minacce di danno a persone o cose, o da concrete violenze.

Mutuando una terminologia propria dell'analisi economica del crimine, si può dire che nel caso di quella che si è definita *estorsione tangente* le spinte motivazionali dell'imprenditore verso l'agire illecito consistono nella ricerca della massimizzazione del profitto ricavabile dal costo imposto dall'organizzazione criminale. In questa ottica, il «pizzo» non è più un semplice costo improduttivo, ma viene percepito soggettivamente come un possibile investimento<sup>14</sup>.

Per questa tipologia di comportamento non sarebbe irragionevole immaginare un'autonoma fattispecie incriminatrice che punisca meno severamente del concorrente esterno l'imprenditore il quale, in una situazione di estorsione ambientale, in assenza di concrete minacce o di concrete violenze, agisca inequivocabilmente allo scopo prevalente o esclusivo di trarre un vantaggio patrimoniale o economico dalle prestazioni imposte dall'associazione.

La norma dovrebbe essere preceduta da una clausola di riserva del tipo «fuori dai casi di concorso nell'associazione per delinquere di stampo mafioso» e dovrebbe prevedere un aumento di pena per i casi in cui fosse dimostrato l'avvenuto conseguimento del profitto. Una norma incriminatrice di questo tipo potrebbe resistere alla critica di eccesso di criminalizzazione nella misura in cui i limiti edittali di pena per essa previsti fossero notevolmente inferiori a quelli previsti in generale per le ipotesi di contiguità. La proporzionalità tra gravità del fatto ed entità della sanzione assicurerebbe un giusto equilibrio

tra esigenze repressive ed esigenze preventive, mettendo al riparo da eccessi punitivi. La clausola di *prevalenza o esclusività* dello scopo di profitto, inoltre, imporrebbe al giudice di effettuare di volta in volta un concreto giudizio di bilanciamento tra forza dell'intimidazione/costrizione e volontà colpevole, evitando il rischio di punizione di fatti scusati da una situazione di inesigibilità e adeguando la valutazione giudiziale ai contrassegni empirici del fatto oggetto di accertamento. Infine, lo scopo di avvantaggiare la propria attività di impresa farebbe entrare in gioco la norma soltanto nei casi in cui risulti certo che l'imprenditore ha agito solo per fini personali, e non anche per favorire l'organizzazione nel suo complesso.

Per chiarire meglio l'opportunità di prevedere tale fattispecie occorre valutare il costo sociale che essa comporta e rapportarlo al costo connesso al controllo dell'economia da parte del crimine organizzato. Dal punto di vista della prevenzione, la rinuncia all'intervento punitivo costituirebbe una scelta obbligata laddove sussistessero altre opzioni in grado di contrastare il fenomeno in oggetto e di promuovere alternative lecite. Una di queste opzioni, come indicano i teorici della *giuseconomia*, sarebbe da rintracciare in forme di autoregolamentazione e di vigilanza, in grado di applicare sanzioni a carico dei soggetti che violano le regole interne al mercato [Montani 2006, 926]. Tale opzione, però, non sembra praticabile in un sistema economico come quello siciliano nel quale il livello di distorsione dell'economia generato dal controllo mafioso finisce talvolta con l'elidere la stessa economia di mercato, creando condizioni di oligopolio o di vero e proprio monopolio. Il compito di correggere condotte scorrette, in sostanza, non può essere delegato al mercato, laddove non esistano vere e proprie condizioni di libero mercato.

In un'economia segnata dal controllo del crimine organizzato non è conveniente neanche ipotizzare che il sistema *lato sensu* punitivo debba cedere il passo a rimedi incentrati sul recupero dell'etica individuale. Tale opzione è di certo fortemente ostacolata dal peso dell'intimidazione e,

<sup>14</sup> Sulla rilevanza soggettiva dell'analisi costi-benefici del crimine valutata dal punto di vista del soggetto chiamato a scegliere tra lecito ed illecito Raciti [2005, 692 e ss.]; Montani [2006, 919 e ss.].

in ogni caso, richiede tempi di maturazione troppo lunghi ed è condizionata dalle dinamiche sociali<sup>15</sup>. Tra queste un ruolo preminente è svolto dalla progressiva affermazione di una cultura dei diritti e delle libertà individuali, nonché, più in generale, da un sentimento di fiducia e di sicurezza sociali<sup>16</sup>.

Tali presupposti culturali, basilari per lo sviluppo di un'economia legale<sup>17</sup>, necessitano di lunghi periodi per germinare. In assenza di essi, pertanto, non va esclusa la possibilità che il diritto penale costituisca uno degli strumenti da utilizzare per la promozione della coscienza dei diritti e di condizioni di trasparenza nelle relazioni sociali ed economiche.

In sostanza, usando le parole di Darhendorf, in quest'ottica il diritto penale, se non abusato, può svolgere una funzione di stabilizzazione delle *rule of law*, delle regole della legalità necessarie alla fondazione di una società meno incerta e più libera [Darhendorf 2005, 89].

Tornando alla dimensione più strettamente penalistica del discorso e nello specifico alla proposta di riforma formulata, va detto che essa si espone ad alcune immediate obiezioni. Tra queste, la prima concerne l'utilizzo di contrassegni prevalentemente soggettivistici per la tipizzazione del fatto; la seconda, il mantenimento di una certa area di indeterminatezza nella descrizione del profilo materiale della condotta, il quale si esaurirebbe nella *univocità dell'agire* verso lo scopo di profitto. Infine, resta incerta la natura del bene giuridico tutelato, dalla quale dipende – come è ovvio – la futura collocazione sistematica della norma incriminatrice. Si tratta di una fattispecie a protezione

<sup>15</sup> Esprime perplessità rispetto alla soluzione di rinunciare allo strumento penale nel settore della criminalità economica a favore di un recupero dell'etica individuale, Alessandri [2005, 570-571].

<sup>16</sup> L'opinione secondo la quale i presupposti istituzionali per la crescita economica e per lo sviluppo sono da rintracciare nella consapevolezza delle libertà individuali, nella fiducia nei rapporti contrattuali e nell'azione di governi stabili e non corrotti è di Darhendorf [2005, 13]. Sul punto anche Maggioni [2007, 191-193].

<sup>17</sup> In tal senso, tra gli altri, Forti [2003, 1152-1153].

dell'ordine pubblico o di beni diversi quali la trasparenza e la lealtà delle relazioni di mercato?

In relazione a tali questioni ancora aperte, mi limito qui ad abbozzare alcune possibili soluzioni.

Un rimedio contro il vizio di indeterminatezza potrebbe ricavarsi da un'interpretazione rigorosa del contrassegno dell'*inequivocabilità*, il quale andrebbe letto come caratteristica oggettiva della direzione intenzionale impressa alla condotta, come *trait d'union* tra elemento soggettivo ed oggettivo del fatto tipico, analogamente a quanto previsto in materia di tentativo. Il che, ovviamente, consentirebbe anche di evitare un eccessivo sbilanciamento a favore dei criteri soggettivistici, dato che la finalizzazione della condotta verso il vantaggio dovrebbe riverberarsi sui connotati oggettivi del comportamento, attribuendo ad esso un significato univoco.

In merito al tema della tipologia di bene giuridico tutelato, infine, la prospettiva di considerare la suddetta norma incriminatrice come protettiva di un interesse diverso da quello tutelato dal reato di associazione per delinquere di tipo mafioso (tale interesse potrebbe essere individuato, per esempio, nella correttezza e trasparenza delle relazioni economiche) avrebbe l'indubbio vantaggio di evitare la stigmatizzazione sociale dell'imprenditore, inevitabile invece nel caso si scegliesse di collegare la fattispecie *de qua* ai reati associativi<sup>18</sup>.

D'altro canto, però, la collocazione della norma nella rubrica dei reati contro l'ordine pubblico contribuirebbe a delinearne meglio il precipuo contesto criminale, che è contrassegnato dalla stretta interrelazione tra mafia ed impresa. In ogni caso, andrebbe valutata l'opportunità di restringere l'ambito applicativo della futura norma soltanto all'estorsione/tangente intercorsa tra mafia ed imprenditore o piuttosto di estenderne la portata anche

<sup>18</sup> Sulle diverse interpretazioni del concetto di ordine pubblico in relazione alle fattispecie di tipo associativo, si legga Ardizzone [2000, 186 e ss.]; con specifico riferimento all'associazione per delinquere di stampo mafioso, *ibidem*, 204.

all'estorsione-tangente realizzatasi tra imprenditore ed altre organizzazioni criminali.

Si tratta di questioni ancora aperte. Esse, tuttavia, non sono tali da delegittimare da sole il ricorso a questo tipo di fattispecie, perché non va esclusa la possibilità di configurare il reato come reato plurioffensivo, in modo che la selezione del bene da tutelare in via primaria abbia soltanto la funzione di rendere certa la collocazione sistematica della fattispecie<sup>19</sup>.

#### 4.1. *L'inevitabile residuo di una «cifra oscura»*

Sin qui si è parlato dell'opportunità di una scelta di penalizzazione di alcune condotte riconducibili allo schema empirico dell'estorsione-tangente. In un'ottica più generale però non va trascurato il dato che, per quanto si tenti di adeguare il diritto penale alle sfumature dei rapporti tra crimine organizzato ed attività di impresa, nondimeno è impossibile dare un corretto inquadramento normativo a tutte le forme di manifestazione del fenomeno.

Ove ciò accada, bisogna ammettere che la rinuncia all'intervento del diritto penale sia non solo opportuna ma anche necessaria, per diverse ragioni. Il costo sociale di tale rinuncia non è tanto il frutto di una deprecabile abdicazione delle Istituzioni di fronte al dilagare dell'illegalità, quanto il prezzo dell'insicurezza generata dal livello di diffusione e di penetrazione del fenomeno mafioso nel tessuto sociale. All'aumentare della sensazione di

<sup>19</sup> Ritiene che la stessa fattispecie di associazione per delinquere di tipo mafioso abbia una dimensione offensiva ampia, rivolta verso una pluralità di beni V. Militello [2006, 484]. L'autore pone al centro della pluralità di beni offesi dall'art. 416 *bis* la libertà morale dei consociati, intimiditi dall'organizzazione e dai metodi da essa impiegati ed evidenza come gli ulteriori pregiudizi alla libertà di iniziativa economica, alla libertà di concorrenza, ai diritti politici individuali e collettivi, allo stesso monopolio della forza pubblica costituiscano momenti finalistici della condotta illecita del gruppo criminale, tipizzati nella disposizione incriminatrice in termini di dolo specifico.

insicurezza diminuiscono le *chances* per gli imprenditori di compiere scelte libere e non condizionate e di seguire precise direttrici di azione.

In questi contesti, in altri termini, può accadere che la colpevolezza come percezione del disvalore penale del fatto tenda a sfumare considerevolmente per effetto di una sorta di indifferenza dell'agire, che è fenomeno tipico delle società segnate da instabilità ed insicurezza<sup>20</sup>.

Per talune tipologie di condotte, pertanto, la *dubbia contiguità* può diventare non rimproverabile perché non pienamente ascrivibile alla sfera di volontà consapevole del soggetto agente. Non vi è dubbio che la riduzione della libertà di scegliere tra l'agire in modo pienamente lecito e l'agire in modo totalmente illecito sia un costo pagato dalla collettività siciliana a causa della presenza del fenomeno mafioso. Si tratta di un costo al quale non si può porre rimedio abusando dello strumento penale, ossia trasferendone per intero le conseguenze sull'imprenditore che si trovi in concreto costretto a fare i conti con le oppressive restrizioni della propria libertà di agire e con un contesto culturale, sociale e territoriale che tende a desoggettivizzare il singolo per farne strumento di una fitta rete di controllo da altri illecitamente governata.

Per evitare fraintendimenti, va tuttavia chiarito che gli avvertimenti circa i rischi connessi ad un'eccessiva espansione dell'area di intervento penale non legittimano una prospettiva di reale indifferenza del diritto penale di fronte al dilagare di fenomeni di contiguità tra mafia ed impresa. Al contrario, essi intendono richiamare l'attenzione sull'esigenza di ponderare vantaggi e punti deboli di un'eventuale riforma del sistema che vada verso l'introduzione di nuove incriminazioni delle condotte di collusione tra impresa ed associazione mafiosa.

<sup>20</sup> Stimolanti sul punto le considerazioni di Darhendorf [2005, 36 e ss.], il quale vede nell'indifferenza dell'agire come assenza di direzione e di orientamento, la c.d. «anomia», un contrassegno precipuo delle società caratterizzate da instabilità istituzionale ed insicurezza sociale.

Non va enfatizzato oltre misura né un approccio politico-criminale eccessivamente repressivo, né, tanto meno, un approccio troppo garantista che neghi il disvalore sociale e penale di talune condotte di «collegamento» tra il mondo dell'impresa e l'associazione mafiosa<sup>21</sup>.

Una presa di posizione favorevole all'inserimento di nuove fattispecie di reato incriminatrici di specifiche condotte di contiguità senza dubbio è motivata dall'esigenza di superare le attuali lacune normative e le disfunzioni applicative.

È noto, infatti, che nella prassi la fattispecie di associazione per delinquere di stampo mafioso tende a fagocitare nella forma della partecipazione o del concorso esterno le ipotesi di contiguità alla mafia non tassativamente punite dal legislatore, eppure sentite come portatrici di un certo disvalore penale.

La ragione di tale forza attrattiva va attribuita in parte alla natura elastica delle fattispecie di reato associativo e dell'istituto del concorso di persone, in parte alla mancanza di specifiche norme incriminatrici di fatti di contiguità alla mafia.

La difficoltà di cogliere la significatività del tipo di condotte qui descritte è dovuta dunque sul piano tecnico-giuridico, alla sostanziale inconciliabilità tra il loro multiforme modo di manifestarsi ed i requisiti tipici del concorso eventuale e della partecipazione, così come delineati da dottrina e giurisprudenza, sul piano socio/culturale, alla ritrosia di equiparare l'imprenditore alla figura di colui che agevola e sostiene la mafia nel perseguimento dei suoi scopi, traendone al contempo vantaggi personali.

Un tale ostacolo può essere superato, soltanto colmando l'attuale vuoto legislativo attraverso la predisposizione di norme incriminatrici che puniscano alcune forme di collusione tra mafia e impresa e che graduino la risposta sanzionatoria in senso decrescente dalle forme più gravi di concorso esterno alle forme meno gravi di

<sup>21</sup> Sostanzialmente concorde sul punto, Morosini [2000, 284-285].

«collusione»<sup>22</sup>.

In questa prospettiva di riforma, peraltro, una preventiva tipizzazione del concorso esterno dovrebbe costituire la base di partenza per la tipizzazione di fattispecie di reato a contenuto differenziato, da applicare in via sussidiaria per il controllo penale delle infiltrazioni mafiose nella gestione degli appalti pubblici, nel mondo degli affari e nel mondo politico/istituzionale.

Del resto, almeno con riferimento ai modelli di comportamento annoverabili in quella ivi definita «estorsione-tangente», la tipizzazione di una specifica fattispecie di reato potrebbe recare buoni frutti sotto diversi punti di vista. In primo luogo, fornendo uno strumentario di norme tassative da applicare ai casi ambigui di contiguità, sgraverebbe i giudici dalla fatica di forzare l'ambito applicativo della fattispecie di concorso esterno per ricondurvi fatti che si avvertono come meritevoli di sanzione penale ma che non sono punibili in base al diritto vigente.

Ciò eviterebbe il rischio di una costante riapertura di dispute circa la soglia minima di punibilità del concorso eventuale in associazione mafiosa ed arginerebbe la tendenza, invalsa a causa dell'immobilismo del legislatore, di delegare ai giudici il compito di trovare impegnative soluzioni di politica criminale.

In secondo luogo, dal punto di vista strettamente politico-criminale, a fronte dell'intervento della sanzione penale, la scelta degli imprenditori di sfruttare a proprio vantaggio il collegamento con l'associazione mafiosa cesserebbe di apparire come una scelta conveniente ed astuta e per converso legittimerebbe come ragionevole la scelta opposta di chi decide di non utilizzare interessatamente il sistema mafioso di controllo dell'economia.

L'obiettivo di neutralizzare la tentacolarità del fenomeno mafioso e le distorsioni dell'economia da esso provocate dunque va conseguito agendo su più fronti.

<sup>22</sup> Favorevole alla tipizzazione espressa di una o più autonome fattispecie incriminatrici delle forme di sostegno o di contiguità alla mafia, Fiandaca [2000, 264].

Da un lato, sono irrinunciabili la previsione di misure non penali di carattere premiale e l'apprestamento di un efficace programma di protezione a favore dell'imprenditore che, denunciando il sistema, si esponga al rischio di ritorsioni.

Dall'altro lato, non va sottovalutata la necessità di reprimere con lo strumento penale le condotte di contiguità che si traducono da parte dell'imprenditore in uno sfruttamento a proprio vantaggio del controllo mafioso dell'economia.

In quest'ottica, l'intervento del diritto penale va calibrato in modo da trovare un punto di equilibrio tra repressione e garanzia, tenuto conto che «il miglior diritto penale possibile... non è un sistema repressivo perfetto, ma è un insieme di norme in grado di conciliare un efficiente controllo sociale con il massimo grado di libertà individuale dei cittadini»<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Todorov [2006, 116]; la citazione è tratta da G. Losappio [2007, 54].

## LE IMPRESE E IL MOVIMENTO ANTIRACKET

Libero è morto per difendere le proprie idee e per i valori nel rispetto dei quali ha vissuto e lottato. Libero ha pagato con la vita il prezzo di un biglietto di sola andata da un inferno di viltà – non suo, ma di buona parte di un popolo come quello siciliano che da troppo tempo subisce il ricatto mafioso – al paradiso che si vuole arrida agli eroi. E come eroe civile egli è stato celebrato, da morto. Ma vile rischia di apparire, suo malgrado, tutto un popolo che deve celebrare come eroe, e solo dopo che è stato ucciso, chi ha semplicemente uniformato la propria condotta ai doveri di cittadino probo e ai dettami della propria coscienza di uomo libero, come il nome che portava, trovando peraltro nella dignità del proprio lavoro la forza e la rabbia per ribellarsi alla prepotenza mafiosa.

Stralcio della Sentenza emessa nel processo Agate + 45.

### 1. *Racket ed etica d'impresa*

La recente attenzione verso l'etica nell'impresa, ovvero l'ancoraggio dell'azione economica a principi etici, nel senso della necessaria conformazione dei comportamenti alle regole di correttezza, lealtà, trasparenza e compatibilità con gli interessi di quanti possano essere incisi dall'esercizio dell'impresa, ha portato non solo alla proliferazione di codici etici, ma anche alla configurazione della stessa impresa quale veicolo di crescita, di sviluppo o progresso della comunità sociale e di servizio all'utilità collettiva; sono state così coniate locuzioni quali «impresa etica» ed «impresa sociale», rappresentative di una modalità di esercizio dell'impresa conforme alla correttezza della competizione ed alla considerazione anche dell'interesse dei cosiddetti *stakeholder*.

In un contesto caratterizzato dall'ingerenza della cri-