

provided by Archivio Istituzionale della ricerca

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretta da
GIUSEPPE ZUCCALÀ

A. ALESSANDRI, P. BERNASCONI *Lugano*, C. BERTEL *Innsbruck*,
G. CA... LI, I. CARACCIOLI, P. CONTE *Bordeaux*, M. DELMAS-MARTY *Parigi*, A. FIORELLA,
G.M. ... G. FLORA, F. HÖPFEL, A. LANZI, V. MILITELLO, C.E. PALIERO, A. PAGLIARO,
FRONO, S. PROSDOCIMI, G. SCHIAVANO, K. TIEDEMANN *Friburgo I. Br.*

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Sped. in abb. post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

tion and similar papers at core.ac.uk

CEDAM

A T T U A L I T À

L'OBBLIGO DI DENUNCIA A CARICO DELL'IMPRENDITORE ESTORTO FRA VECCHI E NUOVI PARADIGMI SANZIONATORI (*)

1. Considerazioni introduttive

All'interno della congerie di innovazioni introdotte dal più recente «pacchetto sicurezza» (legge 15 luglio 2009, n. 94) ⁽¹⁾ uno spazio di rilievo è rivestito da una serie di disposizioni penali, civili e amministrative riconducibili alla pur ampia materia del contrasto alla criminalità organizzata. Si tratta di una molteplicità di misure normative di eterogenea natura, destinate a rafforzare i sistemi di prevenzione e di «lotta» al fenomeno mafioso.

Ad uno sguardo d'insieme, l'iniziativa legislativa costituisce segno di una meritoria continuità rispetto all'impegno profuso dal legislatore nel contenimento del crimine organizzato e si pone come momento evolutivo di un «*approccio integrato*» ⁽²⁾ al problema oggetto nell'ultimo mezzo secolo della legislazione italiana antimafia ⁽³⁾.

Le nuove disposizioni arricchiscono infatti la gamma degli strumenti normativi previsti dall'ordinamento per la tutela della collettività dal crimine organizzato, a conferma di come presso il legislatore sia ormai consolidata l'idea che un efficace contrasto al fenomeno delle mafie possa attuarsi soltanto attraverso l'interconnessione di misure operanti sui diversi fronti dell'ordinamento giuridico (penale, civile ed amministrativo) e mediante il coinvolgimento non soltanto di soggetti istituzionali, ma anche della società civile e della collettività nel suo complesso.

(*) Contributo alla ricerca della «*Fondazione Rocco Chinnici*» dedicata a «*I costi dell'illegalità. Camorra ed estorsioni in Campania*» (a cura di G. di Gennaro e A. La Spina, Bologna, 2010). Il lavoro è frutto di un meditato confronto di opinioni tra gli autori e di riflessioni comuni. In particolare, i paragrafi 1 e 6 sono stati redatti dal Prof. Vincenzo Militello; i paragrafi 2, 3, 4, 5 dalla Dott. Licia Siracusa.

⁽¹⁾ In proposito, cfr. CORBETTA, DELLA BELLA, GATTA, *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Milano, 2009; MAZZA, VIGANÒ (cur.), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Torino, 2009; TOVANI, TRINCI (cur.), *Il pacchetto sicurezza*, Milano, 2010; GIUNTA, MARZADURI (cur.), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, 2010.

⁽²⁾ Sulla necessità di ricorrere anche a strumenti alternativi al diritto penale nell'attività di contrasto al crimine organizzato, si leggano tra gli altri, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003, 336; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 33 s.

⁽³⁾ In questa sede sarebbe fuor d'opera un'elencazione esaustiva della «galassia normativa» rappresentata da tutti i provvedimenti legislativi emanati in materia di contrasto al crimine organizzato di stampo «mafioso» o «camorristico». Ci si limita pertanto a ricordare che la prima legge antimafia fu approvata nel 1965 (legge 31 maggio 1965, n. 575) e riguardò l'introduzione delle misure di prevenzione per gli indiziati di mafia. Su di essa si sono via via innestate successive riforme, sino ai più recenti provvedimenti legislativi in materia di confisca (legge 24 luglio 2008, n. 125).

Sennonché, il pur lodevole sforzo compiuto con l'adozione dell'ultimo pacchetto «sicurezza» non può sottrarsi ad una verifica critico/ricostruttiva che sia finalizzata a verificare la «tenuta» degli istituti di nuova introduzione o delle modifiche apportate a istituti preesistenti, alla luce dei principi garantistici e dei fondamenti teorici del diritto penale.

Un'analisi che si limitasse a constatare il rilievo «politico» dell'azione legislativa rischia di trascurare l'importanza di una valutazione della coerenza logico/sistemica di ogni iniziativa che incida sul diritto vigente, bilanciando le ineludibili urgenze di politica criminale sottese a determinate innovazioni normative con le altrettanto irrinunciabili esigenze di razionalità e coerenza delle soluzioni adottate con il quadro dei principi di fondo del sistema penale e costituzionale.

Dal punto di vista poi degli «effetti» o, se si vuole, dell'«impatto» della legislazione sul sistema giuridico e sociale di riferimento, un'indagine attenta solo a valorizzare il significato simbolico/culturale di ogni atto di riforma rischia di essere fuorviante, con riguardo alla concreta efficacia degli strumenti normativi approntati, ma altresì inadeguata a cogliere tanto le innumerevoli interrelazioni rinvenibili tra le varie disposizioni dell'ordinamento giuridico e tra i diversi settori di questo, quanto le autentiche «rivoluzioni» che ogni modifica legislativa – seppure miminale o specifica – può innescare nel sistema giuridico nel suo complesso ed in quello penale in particolare. Qui, la rilevanza degli interessi in gioco e il saldo ancoraggio al dato costituzionale senza dubbio impongono un vincolo di razionalità particolarmente pregnante ed un dovere di adeguata ponderazione delle scelte sia a carico del legislatore, in sede di conio delle fattispecie, sia nei confronti dell'interprete, tenuto a valutare la reale portata di qualunque opzione legislativa in base ai principi fondamentali del diritto penale.

L'importanza di tale approccio è ben esemplificata dalla verifica di una importante novità introdotta dalla legge 2009 n. 94, che sembra destinata a produrre significative ripercussioni sugli stessi fondamenti di garanzia del diritto penale, benché formalmente inquadrata nella discutibile classificazione di «*norme di carattere extrapenale*».

Il riferimento è alla introduzione di una causa di esclusione dalla partecipazione a gare d'appalto a carico degli imprenditori che non abbiano denunciato reati di estorsione e di concussione aggravata commessi a loro danno da terzi (prevista dall'art. 2, comma 19, legge 15 luglio 2009, n. 94, che ha modificato l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici).

La norma peraltro non spunta dal nulla: non è difficile scorgervi una sorta di trasposizione sul terreno dell'ordinamento statale di misure sperimentate con coraggio innovatore da associazioni private presenti in territori ad alta densità criminale, decise negli anni recenti ad espellere dall'organismo di categoria quegli associati non disposti a collaborare con gli organi statuali in casi analoghi a quelli descritti dalla nuova previsione sanzionatoria ⁽⁴⁾. Inoltre, clausole

⁽⁴⁾ È facile cogliere il riferimento alla scelta di *Confindustria Sicilia*, fortemente voluta dal

di decadenza contrattuale da appalti di enti locali in presenza di analoghi presupposti erano state messe a punto da associazioni antiracket ed inserite in protocolli con enti locali⁽⁵⁾. Il passaggio ad una diretta rilevanza per l'ordinamento statale di simili comportamenti, con l'adozione di sanzioni penali o amministrative ad hoc, rispondeva del resto a sollecitazioni scaturite da qualificati operatori impegnati sul fronte del contrasto alla criminalità organizzata⁽⁶⁾.

Se si guarda alla formulazione definitiva della disposizione adottata con l. 2009/94, una lettura strettamente formalistica sembra orientare verso una sua estraneità al diritto penale sostanziale, in quanto essa non introduce una nuova «pena» in senso tecnico (come è noto, seguendo un criterio formale di tale nozione, sono tali quelle elencate nel codice penale agli art. 17 e 19 rispettivamente per le pene principali e per quelle accessorie); piuttosto, si tratta di una condizione di incompatibilità o comunque di una misura interdittiva di natura amministrativa.

Tuttavia, la sottolineatura della qualifica spiccatamente extrapenale della sanzione in esame rischia di far cadere l'interprete nella rete della c.d. «truffa delle etichette»⁽⁷⁾, ossia di imbrigliarlo entro i ristretti schemi di una concezione solo formalistica del diritto che tende a sopravvalutare gli aspetti testuali e

suo presidente Ivan Lo Bello sin dal 2007 e che ha avuto largo eco mediatica e nel dibattito pubblico.

⁽⁵⁾ Per riferimenti al contenuto di tali «clausole antiracket» cfr. CARADONNA, *Le imprese e il movimento antiracket*, in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, Bologna, 2008, 289, s., 310 s.

⁽⁶⁾ Particolarmente chiaro in proposito GRASSO, *Le imprese tra sicurezza e legalità*, in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità*, cit., 335 s.: «...è mia convinta opinione che l'introduzione nel nostro ordinamento di una apposita fattispecie penale o amministrativa, che punisca la violazione di un più ampio e generalizzato dovere di denuncia di fatti in ipotesi riconducibili al paradigma dell'art. 629 c.p., potrebbe costituire un efficace deterrente contro atteggiamenti omertosi, anche del ceto imprenditoriale, soprattutto se potrà ricorrere a sanzioni come l'interdizione, per un congruo periodo di tempo, dai pubblici appalti...».

⁽⁷⁾ Immagine a cui ha fatto ampiamente ricorso la dottrina all'indomani dell'entrata in vigore del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 300 in materia di responsabilità da reato degli enti collettivi, per evidenziare la sostanziale natura «penale» di tale forma di responsabilità, formalmente definita come «amministrativa» dal legislatore. Sul tema, si leggano tra gli altri, DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 322; MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico - dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 443 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, 2006, 146; MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001: una «una truffa delle etichette» davvero innocua?*, in questa *Rivista*, 2002, 879 ss.; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 201, n. 231: d'ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 657.

Tra coloro che invece considerano la responsabilità delle persone giuridiche dipendente da reato come un «tertium genus» di responsabilità, a metà strada tra la responsabilità penale e la responsabilità amministrativa, PULITANÒ, *La responsabilità «da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415; ID., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, vol. VI aggiorn., Milano, 2002, 417; GROSSO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 955; PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in questa *Rivista*, 2002, 186.

definitori, senza tenere nel dovuto conto né i profili contenutistici, né tanto meno la dimensione funzionale e teleologica delle norme ⁽⁸⁾.

Osservata dalla prospettiva di una valorizzazione dei requisiti sostanziali – e dunque non contro, ma oltre i confini del mero dato nominalistico –, la misura in questione svela una pluralità di indizi comuni alle sanzioni tipiche del diritto penale, rendendola «problematicamente» interessante all'occhio del penalista.

In altri termini, come talora accade nel mondo del diritto dove la relazione fra forma e sostanza è determinante per la risposta alle questioni in gioco, una corretta ricognizione delle funzioni, dei contenuti e degli elementi strutturali della sanzione in esame fa rinvenire profili di ambiguità sul piano della qualificazione giuridica e rende palese i costi dell'operazione: dietro la scelta nominalistica del ricorso allo strumento extrapenale si celano in realtà collegamenti finalistici tipicamente propri dello strumento penale, con conseguenti significative ricadute in tema di restrizione della sfera di garanzie e creazione di una fattispecie «meticciasca» ⁽⁹⁾. La scelta appare non certo causale: le riserve che l'istituto avrebbe sollevato, ove qualificato come penale in termini espressi, hanno con ogni probabilità indotto a ripiegare su un più neutrale terreno, come deve essere apparso quello della qualificazione amministrativa. Ma, come ci si accinge ad evidenziare, il trapianto sul piano nominalistico non riesce a cancellare i dubbi e le aporie connessi alla nuova sanzione, almeno se collegata ai presupposti applicativi ed al contenuto afflittivo previsti dalla vigente normativa.

2. *Gli indizi sulla natura «sostanzialmente» penale dell'illecito di omessa denuncia*

Sono senza dubbio molteplici gli indizi che inducono a sospettare della mascherata dimensione penale dell'illecito di omessa denuncia a carico dell'imprenditore estorto, tipizzato invece come illecito amministrativo dal legislatore del 2009.

Si tratta di elementi qualificanti di tipo sostanziale che mettono in luce la particolare pregnanza della condotta sanzionata e degli interessi in gioco e che

⁽⁸⁾ Come insegna PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, ora in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956 - 2008, vol. I, Milano, 2009, 175 e 176.

⁽⁹⁾ Si tratta di un tema ben noto alla dottrina penalistica che se ne è occupata in occasione dell'entrata in vigore di leggi sulla depenalizzazione degli illeciti penali minori, evidenziando come molte delle sanzioni amministrative «accessorie» previste nel testo avessero un contenuto afflittivo particolarmente pregnante, tale da renderle in tutto equiparabili alle pene accessorie. Con riferimento all'ultimo di tali provvedimenti legislativi in ordine di tempo (d. lgs. n. 507 del 1999), DI GIOVINE, *La nuova legge delega per la depenalizzazione dei reati minori, tra istanze deflative e sperimentazioni di nuovi modelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1412 ss.; PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1396 e ss. Più in generale sul fenomeno della depenalizzazione, BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, 732 ss.

riguardano: da un lato, la natura dei beni offesi dall'illecito, dall'altro lato, il particolare contenuto afflittivo della sanzione prevista.

1) *l'interesse protetto* – Quanto al primo punto, concernente la significatività dell'interesse leso dalla condotta, è evidente come l'illecito in questione presenti un contenuto affine a quello dei delitti di omessa denuncia di reato, annoverati dal codice penale tra i reati contro l'amministrazione della giustizia.

Sebbene collocata nell'ambito del «corpus» normativo extrapenale del codice dei pubblici contratti, la nuova disposizione sembra infatti posta a presidio dell'interesse dello Stato al buon funzionamento della giustizia, garantito tra l'altro dalla celerità e dall'efficienza nell'attività di raccolta delle *notitiae criminis*⁽¹⁰⁾.

La conclusione è suffragata tanto da considerazioni di carattere sistematico, quanto da valutazioni di politica criminale collegate alla *ratio* della norma.

Dal punto di vista sistemico, l'istituto si rivolge a proteggere l'interesse dello Stato ad un corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia, pur nello specifico terreno del contrasto alla criminalità di stampo mafioso. Una finalità affidata alla repressione di chi si distacca da un ideale modello collaborativo tra privati cittadini (in tal caso, imprenditori) ed organi inquirenti nell'attività di acquisizione delle notizie di reati di stampo mafioso e di ricerca delle prove. Significativo è per altro verso il dato che del tutto assente risulta la tutela della regolarità delle procedure di aggiudicazione e di assegnazione degli appalti pubblici, che è invece il profilo implicitamente richiamato dalla collocazione topografica della nuova previsione sanzionatoria.

In effetti, il fatto dell'imprenditore vittima di estorsione mafiosa che ometta di sporgere denuncia di per sé non costituisce condotta denotativa di una posizione necessaria di collusione e di contiguità con le organizzazioni mafiose; ciò in quanto, come è ovvio, le motivazioni soggettive che possono indurre ad un siffatto comportamento non implicano obbligatoriamente un patto di solidarietà tra l'operatore economico e l'associazione mafiosa. Al contrario, esse possono risultare – e sovente di fatto lo sono – dal timore ingenerato dal metodo dell'intimidazione, piuttosto che costituire il risultato di un accordo collaborativo tra vittima ed autore del reato.

Parrebbe quasi che la recente acquisizione, anche alla luce di ormai numerose vicende processuali anche già concluse, della complessità del fenomeno estorsivo – in particolare, la diffusa presenza di una c.d. estorsione-tangente, fondata su uno scambio di favori/utilità fra i soggetti coinvolti, accanto ed al di là delle varie forme tradizionali di realizzazione del reato (a tappeto, pulviscolare, predatoria), nelle quali lo schema autore-vittima è rispettato – abbia suscita-

⁽¹⁰⁾ Sui reati di omessa denuncia, PAGLIARO, *Sui delitti di omessa denuncia*, in *Studi Pisapia*, Milano, 2000, 781 (ora in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956 - 2008, vol. IV, cit., 299 s.); COPPI, *Omessa denuncia di reato da parte del cittadino*, in COPPI (cur.), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, 51 s.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*. parte speciale, vol. I, Bologna, 2008, 336 s.

to un tale interesse politico-criminale da fare assumere la tipologia di più recente individuazione come l'unica presente o comunque come il nuovo paradigma di riferimento, al quale ricondurre la risposta dell'ordinamento nei confronti di un problema criminale fra i più avvertiti ⁽¹¹⁾.

Su questo sfondo, il mancato riferimento nella norma qui specificamente esaminata ai profili soggettivi della condotta sanzionata – i quali soltanto potrebbero essere utili a rivelare le reali intenzioni dell'imprenditore ed il conseguente disvalore penale della sua condotta in termini di favoreggiamento o di sostegno all'organizzazione criminale – impedisce di concludere che la misura punitiva sia destinata opportunamente a colpire solo i soggetti imprenditoriali che abbiano sfruttato ambigue posizioni di collusione; piuttosto, si profila il rischio che essa quantomeno finisca per colpire anche tutti i soggetti che siano autentiche vittime dell'organizzazione stessa ⁽¹²⁾.

L'interesse protetto in via primaria dalla disposizione è dunque il buon funzionamento della giustizia, nella forma del rafforzamento dell'attività di repressione dei reati; ed eventuali altre finalità preventive, ove rintracciabili, giocano un ruolo senz'altro subordinato, del tutto secondario, e per certi versi giuridicamente irrilevante.

Quanto detto risulta del resto confermato dalle ragioni di ordine politico-criminale che hanno motivato all'introduzione della norma.

⁽¹¹⁾ Per l'individuazione delle differenziate tipologie di estorsione, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, ai contributi di MESSINEO e di SIRACUSA pubblicati nella prima fase della presente ricerca (in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, cit., 217 s., e rispettivamente 258 s.).

⁽¹²⁾ Per evitare il rischio che la norma in commento venga applicata indifferentemente all'imprenditore fiancheggiatore dell'organizzazione criminale ed all'imprenditore che sia invece autentica vittima dell'intimidazione, si propone di dare un'interpretazione restrittiva del reato di favoreggiamento di cui all'art. 378 c.p., escludendo dal suo ambito di applicazione l'omessa denuncia di estorsione o di concussione; di modo che la sanzione penale venga riservata soltanto ai casi più gravi, in cui l'imprenditore non si sia limitato a tacere ma abbia altresì assunto comportamenti attivi destinati a consentire ai colpevoli di eludere le investigazioni. La sanzione amministrativa dovrebbe invece riguardare soltanto gli imprenditori che non abbiano avuto il coraggio di denunciare gli estorsori, senza aver posto in essere alcun ulteriore atto di agevolazione a favore dell'organizzazione criminale o di membri della stessa, CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in MAZZA, VIGANÒ (cur.), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, cit., 350.

Tale lettura, se pure si sforza opportunamente di assicurare una coerente degradazione dalla sanzione penale alla sanzione amministrativa a fronte di un differente disvalore di condotta, non risolve tuttavia il problema della ricaduta nella portata della nuova sanzione anche dei casi di omessa denuncia da parte delle autentiche vittime, che è questione distinta da quella della possibilità di applicarla anche alle ipotesi di omissione realizzata per fini di favoreggiamento o di agevolazione dell'organizzazione criminale. Solo queste ultime condotte non subiscono una irragionevole duplicazione di valutazioni sanzionatorie se si segue il ricordo prospettato fra l'art. 378 e la nuova sanzione; nulla invece si ricava dal rapporto così prospettato verso l'alto (appunto i più gravi comportamenti di favoreggiamento personale) rispetto alla portata della nuova norma per così dire verso il basso, vale a dire alla sua applicabilità anche a chi non denunci per una situazione di intimidazione diffusa.

A fondamento di questa, come di altre misure contemplate nello stesso provvedimento, vi è l'idea che un'efficace attività di contrasto del crimine organizzato necessiti non soltanto di severi meccanismi repressivi di carattere penale, ma anche – e forse soprattutto – della promozione di una cultura dei valori e della legalità che veicoli modelli di collaborazione tra la società civile e gli organi giudiziari per l'emersione di quei fenomeni criminali in cui principalmente si esplica il programma delle associazioni di stampo mafioso o camorristico⁽¹³⁾.

La finalità precipua della norma è favorire paradigmi culturali innovativi, ispirati all'ideale di una solidarietà condivisa tra istituzioni e privati nella lotta alle organizzazioni criminali. In tale ottica, trova conseguente legittimazione la prospettiva che l'imprenditore-vittima possa venire in rilievo non più soltanto come soggetto debole meritevole di protezione, ma anche come fattivo protagonista della fase di impulso dell'iter investigativo e come emblema di comportamenti virtuosi, funzionali ad agevolare la progressiva rimozione delle condizioni sociali di contesto che permettono alle associazioni mafiose di proliferare⁽¹⁴⁾.

Ciò avvalorava la sensazione che sullo sfondo delle misure antimafia previste nella legge, si delinei un'ulteriore sfaccettatura delle già molteplici accezioni che il termine «sicurezza» ha via via assunto nei sistemi penali occidentali⁽¹⁵⁾. In siffatto ambito, sembra profilarsi una nozione di sicurezza intesa come scopo o valore ideale dinamico e «partecipato», da promuovere anche attraverso la previsione di meccanismi grazie ai quali le funzioni di controllo e di prevenzione tradizionalmente proprie dello Stato sono in parte delegate alla società civile, benché in un tale trasferimento dalla sfera pubblica alla sfera privata possano venire coinvolti anche «soggetti deboli» rispetto alle forme di illegalità che si tende a contrastare. L'aspirazione di sicurezza diviene così «partecipata» o condivisa non più esclusivamente sul piano della tensione ideale e dei movimenti di opinione, ma anche come obiettivo normativo concreto, in quanto la sua realizzazione risulta affidata in parte all'istituzione statale, in parte al sostegno attivo dei protagonisti della vita economica e sociale.

2) *la natura afflittiva della sanzione* – Rilievo non secondario assume il dato che la sanzione amministrativa in oggetto realizzi una forma di incapacitazione

⁽¹³⁾ Come evidenziato da CORVI, *op. ult. cit.*, 346 e 347. Per una sottolineatura dell'importanza di questi fattori nell'attività di contrasto al fenomeno della criminalità organizzata, e segnatamente sul ruolo dell'associazionismo imprenditoriale anti-racket sin dagli anni '80 del secolo scorso, già LA SPINA, *Le reazioni della società civile e la prevenzione degli enti locali in Italia*, in MILITELLO, PAOLI, ARNOLD (cur.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2000, 437 s., 448 s.

⁽¹⁴⁾ Si tratta di una strategia in linea con quanto auspicato nell'ambito della fase precedente di questa ricerca dall'autorevole presa di posizione di GRASSO, *Le imprese tra sicurezza e legalità*, in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità*, cit., 333 s.

⁽¹⁵⁾ Sui diversi significati assunti dal concetto di «sicurezza» alla luce delle più recenti iniziative legislative e delle tendenze di politica/criminale attualmente dominanti, PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547 s.; nonché DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 s.

giuridica del soggetto, consistente nella privazione della libertà di partecipare alle procedure di assegnazione ed aggiudicazione degli appalti pubblici.

Si tratta – come è evidente – della restrizione di una delle facoltà in cui si esplica la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost.

La sanzione incide su un diritto fondamentale di rilievo costituzionale e mostra evidenti analogie di contenuto con altre misure punitive contemplate dall'ordinamento, della cui natura penale nessuno può dubitare. Il riferimento è alle pene accessorie di tipo interdittivo, che si affiancano alla pene principali allo scopo di rafforzare la funzione di prevenzione generale e speciale propria della pena ⁽¹⁶⁾ e che consistono nella limitazione di capacità, attività o funzioni nel cui ambito possono commettersi illeciti ⁽¹⁷⁾.

Tale rapporto di similitudine non desta di per sé alcuno stupore, sol che si consideri come profili di stringente affinità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative vengano ormai pacificamente rinvenuti dalla dottrina penalistica, che – anche sulla scorta di un'impostazione inaugurata a livello sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – è giunta ad individuare una sostanziale omogeneità tra le due tipologie di sanzioni (penale/amministrativa) sotto il profilo della natura afflittiva e degli scopi di prevenzione ⁽¹⁸⁾.

Come è noto infatti, le più avanzate riflessioni teoriche in materia di illecito punitivo statale ⁽¹⁹⁾ hanno sostanzialmente fatto proprio l'orientamento interpretativo dominante in ambito europeo, secondo il quale la distinzione tra illecito amministrativo ed illecito penale andrebbe ricercata non tanto nelle defini-

⁽¹⁶⁾ Sulla prevenzione generale e speciale con riguardo alle pene accessorie, si legga PAGLIARO, *Sanzione: II) sanzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1991, 1 s. (ora in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956 - 2008, vol. III, cit., 1020 s.).

⁽¹⁷⁾ Per la letteratura in materia di pene accessorie, DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano, 1988; LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986; CERQUETTI, *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 819; FROSALI, *Pena accessoria*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, 836.

⁽¹⁸⁾ PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, cit., 1387; PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 413; ID., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Milano, 1988, 113; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 594.

Si tratta di un più moderno approccio al tema della distinzione tra illecito penale ed illecito amministrativo, incentrato sulla valorizzazione dei profili sostanziali riguardanti gli interessi oggetto di tutela e le tecniche sanzionatorie, piuttosto che sull'impiego di criteri di ordine formale, attinenti alla soggettività giuridica dell'autorità che irroga la sanzione o alla denominazione formale utilizzata dal legislatore. Sul punto, PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, 37 s.

Per la concezione più risalente, che rinveniva una profonda eterogeneità di natura tra sanzione penale e sanzione amministrativa e che ricorreva a criteri distintivi di carattere prevalentemente formale, ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 38 s.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 s.

⁽¹⁹⁾ Detto anche «*illecito di diritto pubblico*», secondo la definizione a suo tempo coniata da SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 129 s.

zioni formali di volta in volta fornite dal legislatore, quanto nella sintesi teleologica propria dalla sanzione presa in considerazione, la cui natura «punitiva» – *lato sensu* penale – dipenderebbe dal rinvenimento di una finalità preventiva, correlata alla gravità della sanzione stessa ed alla sua capacità afflittiva ⁽²⁰⁾; cosicché, nonostante la differente qualificazione nominalistica, tutte le misure punitive statali dovrebbero rispettare analoghi principi di garanzia in modo da evitare che la scelta di una o piuttosto dell'altra qualificazione possa rappresentare una scorciatoia per abbassare o aggirare il presidio garantistico a favore dei cittadini che ne sono destinatari.

Impostati così i rapporti tra le tipologie di strumenti punitivi contemplate nell'ordinamento, e considerata anche l'analogia di funzioni e di contenuto tra la sanzione in commento e le pene accessorie, non entra automaticamente in crisi la scelta del legislatore di qualificare come amministrativo l'illecito di omessa denuncia di reato da parte dell'imprenditore vittima di estorsione mafiosa: al contrario, tale soluzione si configura come non soltanto legittima ma anche praticamente irrilevante, ai fini della conformità alle garanzie da offrire al soggetto della conseguenza giuridica dell'illecito.

La dimensione «parapenale» della condotta sanzionata non rileva allora tanto sotto il profilo di una sua eventuale erronea qualificazione formale in chiave extrapenale, atteso che in numerosi settori dell'ordinamento si fa ampio ricorso a sanzioni amministrative interdittive a contenuto afflittivo ⁽²¹⁾. Semmai, si pone l'esigenza di una più approfondita riflessione sull'effettiva meritevolezza della sanzione (sia essa penale o amministrativa) per la tipologia di comportamenti puniti e sulla reale efficacia preventiva della misura punitiva prevista, tenuto conto che essa si applica soltanto ad una pur sempre limitata categoria di imprenditori – quelli che partecipano agli appalti pubblici – e non invece a tutti gli imprenditori che omettano di sporgere denuncia per le estorsioni subite.

Benché nelle realtà del Paese più afflitte dalla presenza della criminalità organizzata di stampo mafioso il ricorso alle commesse pubbliche sia vitale per la maggior parte delle imprese economiche, la limitazione della sanzione in esame ad un tale bacino induce a verificare l'aspetto «sostanziale» della necessità di

⁽²⁰⁾ Per una descrizione degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sugli indicatori sostanziali della natura dell'illecito e per la descrizione dell'influenza che tale giurisprudenza ha avuto sulla dottrina italiana, CONSULICH, «*Materia penale*» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in questa *Rivista*, 2006, 72 s.; BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1992, 87 s.

Il medesimo approccio si rinviene anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, almeno a partire dalla ormai celebre sentenza sul «mais greco», BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1996, 119 s.; ID., «*Europeizzazione*» del diritto penale commerciale?, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1996, 153 s.

⁽²¹⁾ Si guardi per esempio alle sanzioni consistenti nel ritiro della patente di guida di veicoli o natanti in caso di eccesso di velocità, SEVERINI, *Sanzioni amministrative interdittive e giurisdizionali*, in *For. amm.*, 2007, 436 s.

punire (almeno una parte del)le condotte in questione, in una prospettiva di prevenzione speciale e di prevenzione generale allargata ⁽²²⁾.

Nell'ottica di una lettura che valorizzi i profili funzionali dell'istituto, assunto di conseguenza rilievo centrale le questioni riguardanti la conformità della sanzione interdittiva specifica ai principi di proporzione, di sussidiarietà e di meritevolezza di pena, che, ove riferiti alla potestà punitiva dello Stato considerata nel suo complesso, interessano sia l'illecito penale, sia l'illecito amministrativo. Quest'ultimo infatti, allorché interviene a sanzionare condotte analoghe per disvalore ad altri illeciti qualificati come penali dal legislatore, condivide con essi i criteri orientativi di selezione dei comportamenti punibili, in una logica di degradazione dalla sanzione penale alla sanzione amministrativa. Un giudizio del genere non sempre dipende peraltro dalla differente gravità o significatività dei fatti sanzionati, ben potendo rilevare soltanto la diversa efficacia del tipo di sanzione da impiegare a parità di disvalore, ed in particolare la possibile maggiore capacità di deterrenza della sanzione amministrativa rispetto alla sanzione criminale in particolari contesti operativi ⁽²³⁾.

Riaffiorano così le ragioni a fondamento del metodo di indagine qui tratteggiato in premessa: la constatazione della portata «penalistica» dell'interesse protetto ed il carattere punitivo della sanzione incapacitante costituiscono utili indizi per avviare una verifica più approfondita, che deve essere finalizzata a vagliare se, alla luce delle affinità rinvenibili tra l'illecito *de quo* ed altre condotte cui l'ordinamento attribuisce sicuro rilievo penale, l'opzione di punire la condotta dell'imprenditore che non abbia reso nota all'autorità giudiziaria l'estorsione sofferta possa dirsi ragionevole vuoi sul versante dei principi di proporzione e di sussidiarietà, vuoi dal punto di vista degli effetti di politica criminale che si intendono conseguire.

3. *La posizione di garanzia attribuita all'imprenditore vittima, nel confronto con i reati di omessa denuncia: una scelta controversa*

Come anticipato, l'indagine circa la conformità dell'illecito in esame con i principi di proporzione e di sussidiarietà, da un lato, va effettuata alla stregua della natura dell'interesse protetto e della significatività offensiva della condotta; dall'altro lato, deve arricchirsi di considerazioni di ordine politico-criminale collegate alle esigenze di prevenzione generale che la norma persegue.

⁽²²⁾ Sulla prevenzione generale c.d. «allargata», cfr. per tutti PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 677 ss.; ID., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, 219 (ora in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956 - 2008, vol. III, cit., 961 s.); ID., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 1189 s. (ora in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956 - 2008, vol. III, cit., 927 s.); ID., *Prospettive di riforma*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 145 (ora in *Il diritto penale fra norma e società*. Scritti 1956 - 2008, vol. III, cit., 900 s.), nonché MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 79 s.

⁽²³⁾ In tal senso, PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, cit., 45.

Sul piano teorico, l'illecito in commento presenta una stretta analogia strutturale con i reati di omessa denuncia; l'unica differenza è che nel caso dell'art. 2, comma 19 l. 2009/94 l'obbligo di denuncia non grava su soggetti «qualificati», detentori di una particolare posizione di garanzia nei confronti dello Stato in ordine al corretto funzionamento della giustizia, ma riguarda cittadini comuni, il cui dovere di denuncia sorge a seguito del verificarsi di una situazione di offesa ai loro danni.

Ragionando in termini di dogmatica penale, l'omissione sanzionata si configura negli stessi termini dei «reati propri a struttura inversa», in quanto la rilevanza della condotta omissiva scaturisce non dal possesso di una particolare qualifica attribuita dall'ordinamento, ma da una situazione di fatto che rende operativo il dovere di attivarsi⁽²⁴⁾.

Inoltre, rispetto a quanto accade nei delitti di omessa denuncia previsti nel codice penale, il presupposto per l'applicazione della norma punitiva è qui più specifico, in quanto è costituito non dall'aver omesso di rendere nota all'autorità giudiziaria una notizia di reato di cui si è venuti a conoscenza in vario modo⁽²⁵⁾, ma nel fatto di non aver denunciato un illecito penale (estorsione - concussione) di cui si sia stati vittime.

Tale tratto distintivo possiede un indubbio rilievo primario ai fini della tenuta «garantista» della disposizione.

In generale, non sussiste alcun ostacolo teorico alla configurazione di illeciti di omessa denuncia a carico di cittadini comuni che non svolgano una pubblica funzione. In effetti, per questa tipologia di condotte potrebbero a prima vista valere le medesime considerazioni svolte da taluna dottrina a proposito del delitto di omessa denuncia da parte del cittadino di un reato contro la personalità dello Stato: l'obbligo di denuncia sarebbe in questi casi non tanto l'espressione di uno Stato autoritario ed accentratore che impone il dovere della delazione, quanto la manifestazione di un generale dovere di fedeltà verso lo Stato stesso, o di un obbligo di solidarietà nei confronti delle istituzioni che, mediante l'esercizio delle funzioni giudiziarie, garantiscono le condizioni di un pacifica convivenza comune⁽²⁶⁾.

Tuttavia, tali riflessioni concernono incriminazioni in cui il cittadino comune tenuto alla denuncia non è al contempo soggetto passivo dei reati oggetto della posizione di garanzia. Differente è invece il caso di illeciti che affidino alla stessa vittima del reato il dovere di darne notizia agli inquirenti. Qui in effetti, l'obbligo di fedeltà o di solidarietà nei confronti dello Stato finisce per sopravvivere alle insopprimibili esigenze di tutela della vittima/soggetto passivo, con un rischio di confusione rispetto al ruolo che tale figura gioca nell'ambito della teoria generale del reato.

⁽²⁴⁾ Sui reati propri a struttura inversa, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 167.

⁽²⁵⁾ PAGLIARO, *Sui delitti di omessa denuncia*, cit., 304 s.

⁽²⁶⁾ Il riferimento è ancora una volta a PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 301 e 302.

È noto che in diritto penale dall'idea che gli interessi meritevoli di tutela debbano essere protetti in modo impersonale discende la qualificazione della vittima del reato in termini di soggetto titolare del bene offeso, la cui identità o «soggettività» rimane del tutto indifferente ai fini della reazione penale che l'ordinamento deve apprestare contro l'autore dell'offesa antiggiuridica⁽²⁷⁾.

In altre parole, per il diritto penale (o punitivo/statale) la vittima di un illecito rimane tale, qualunque sia il comportamento che essa ha assunto al momento della realizzazione del reato; per esempio, inducendo il reo alla commissione del fatto (provocazione), o rendendone più agevole il conseguimento del fine illecito (es. casi di truffa a danno di vittime che per le particolari condizioni sociali, personali e culturali si prestano a cadere più facilmente nella rete dell'inganno del truffatore)⁽²⁸⁾.

In tale prospettiva, appare minata da una contraddizione di valutazione l'idea che l'ordinamento, da una parte, tuteli i soggetti vittime dei reati, attraverso l'incriminazione della rispettiva offesa ed il riconoscimento del diritto al giusto ristoro del danno subito e, dall'altra parte, intervenga a punire quegli stessi soggetti, per il fatto di non aver sporto denuncia del reato subito, nonostante la loro condizione di «debolezza» rispetto alle posizioni di coloro che non si trovano a subire una tale offesa. Si trascura così che la persona offesa da un comportamento antiggiuridico è il soggetto su cui ricade la conseguenza negativa diretta del fallimento dello Stato nell'attività di prevenzione di reati. Il punto di rottura creato dal fatto criminale è un momento di crisi del sistema, che l'organizzazione statale deve tendere a prevenire e ad evitare, senza delegare alle vittime la posizione di garanzia o di difesa dall'illecito che al contrario deve gravare sulle istituzioni a vantaggio della collettività.

Se ne conclude che sul piano della dogmatica, la vittima in quanto tale non può essere al contempo investita del ruolo di garante del più generale interesse dello Stato al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia ed alla conoscenza delle *notitiae criminis*. Nella prospettiva della vittima, tale interesse può semmai costituire l'oggetto di una legittima aspettativa nei confronti dello Stato.

Sin qui, le considerazioni teoriche di coerenza con i compiti di un ordinamento statale che si fonda su un rapporto con i propri cittadini di garanzia e non invece strumentale. Rimane da verificare però l'istituto in questione in una prospettiva teleologica attenta alle finalità di politica criminale sottese alla sua introduzione.

⁽²⁷⁾ Da ultimo, sul ruolo della vittima in diritto penale, cfr. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 e ss.; cfr. anche PIEMONTESE, VENAFRO (cur.), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005.

⁽²⁸⁾ PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 44 s.

4. Una «parziale» rivalutazione dell'istituto alla luce delle esigenze di politica criminale

Sul versante delle ragioni sostanziali che hanno sorretto la scelta del legislatore a prevedere un obbligo di denuncia a carico dell'imprenditore estorto, non possono trascurarsi le esigenze correlate ad un incremento di efficacia nel contrasto al crimine organizzato e alla diffusione di una cultura della legalità. Tali obiettivi, se non cancellano riserve motivate da valutazioni di carattere teorico, non devono essere a loro volta trascurati, offrendo piuttosto lo spunto per indirizzare le riflessioni verso un ambito diverso da quello della teoria generale del reato; in particolare, il fuoco dell'analisi deve spostarsi sul piano dell'efficacia della misura prevista, da esaminare nell'ottica della prevenzione generale, intesa come promozione di modelli comportamentali positivi di adesione e di condivisione nei confronti di taluni ideali o valori.

L'art. 2, comma 19 della legge 15 luglio 2009, n. 94 ha senza dubbio una funzione di prevenzione generale negativa e positiva.

Sul versante della prevenzione generale negativa, esso mira ad evitare il proliferare di comportamenti che pur non avendo ancora rilievo penale, tuttavia contribuiscono a creare le condizioni per la diffusione ed il rafforzamento di stati di assoggettamento alle organizzazioni criminali, idonei ad avvantaggiare queste ultime e ad accrescerne la potenza intimidatrice ⁽²⁹⁾.

Attraverso la compressione della libertà di iniziativa economica a danno degli imprenditori omettosi, si intendono infatti innescare spinte motivazionali verso l'astensione dal comportamento punito, in modo da ridurre significativamente il potere di controllo sull'economia realizzato dalle associazioni mafiose per il tramite di atteggiamenti di soggezione o di «dubbia» contiguità da parte degli operatori economici, vittime del metodo intimidatorio.

È evidente come in tale ottica la sanzione appaia finalizzata a produrre essenzialmente effetti di «deterrenza»: la prospettazione del male che consegue al comportamento sanzionato dovrebbe servire da stimolo non soltanto per contenere l'eventuale reiterazione futura del fatto, ma anche per indurre i consociati ad astenersi dal porre in essere analoghe condotte ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, cit., 350 e 351.

⁽³⁰⁾ Con il termine «deterrenza» si fa riferimento ad uno degli elementi concettuali che compongono la prevenzione generale negativa, in tal caso intesa come omissione di una certa azione determinata dalla paura del soggetto per le conseguenze negative che potrebbero derivare dall'azione stessa.

La «deterrenza» costituisce dunque il risultato della forza di intimidazione della pena, in quanto distoglimento dal comportamento punito, prodotto dal timore ingenerato dalla rappresentazione anticipata delle conseguenze negative, PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., 927 e 928. Si tratta del nucleo ristretto della prevenzione generale, intesa nella forma classica (Beccaria) di astensione dai comportamenti antiggiuridici determinata dal collegamento di un'utilità negativa come conseguenza del compimento degli stessi,

Sennonché, come è noto, alla prevenzione generale si attribuisce generalmente anche una funzione positiva, di orientamento culturale.

La funzione di ciascuna risposta punitiva non si esaurisce infatti nella mera deterrenza, ma comprende altresì la tendenza a creare nei consociati la convinzione morale che sia necessario, e non soltanto utile, decidere di non compiere determinate azioni. Sicché, tanto la previsione legislativa della pena, quanto la prontezza e la certezza della sua applicazione fungerebbero da stimolo per la promozione di modelli comportamentali positivi, rispettosi dei valori e degli interessi protetti dal diritto⁽³¹⁾.

In base a tale impostazione – prevenzione generale c.d. «*allargata*» –, il diritto punitivo sarebbe finalizzato non soltanto a distogliere dall'illecito, bensì anche ad attivare fenomeni di condivisione partecipata dei valori tutelati dalle norme punitive.

Osservata dall'angolazione della prevenzione generale positiva, la sanzione in commento sembra rivolta ad esercitare una contropinta etica verso l'incremento di condotte collaborative con la giustizia; tale diffusione sarebbe a sua volta generata dalla progressiva presa di coscienza della necessità morale di agevolare il contrasto alla criminalizzata organizzata e di impedire le pericolose infiltrazioni della stessa nel tessuto economico.

L'obiettivo finale della norma consiste pertanto nel dar luogo ad un processo di «*interiorizzazione*»⁽³²⁾ del significato sociale e morale proprio delle condotte di denuncia da parte degli estorti, al fine di orientare la collettività – ed in particolare gli operatori economici – verso il modello culturale della «legalità antimafiosa».

Sulla rilevanza sociale e politico/criminale di tale fine non si possono di certo nutrire riserve.

È senz'altro indubbio che lo sviluppo e la diffusione di paradigmi comportamentali idonei ad impedire che si realizzino condizioni culturali di contesto favorevoli alla proliferazione delle associazioni criminali di stampo mafioso rientrino tra le strategie prioritarie dello Stato nell'attività di contrasto al crimine organizzato, in aggiunta ai tradizionali strumenti della repressione penale e della preservazione dell'ordine pubblico.

Come si è avuto modo di segnalare in un precedente contributo, in sistemi economici segnati dal controllo del potere mafioso non è conveniente affidare esclusivamente al coraggio dei singoli ed all'etica individuale la correzione di

PAGLIARO, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, cit., 961-965.

⁽³¹⁾ PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, cit., 900 e 901; ID., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, cit., 962-965; MARI NUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *JUS*, 1974, 483; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit. 82 s.

⁽³²⁾ Il termine è utilizzato da MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit. 83 con riferimento al ruolo che l'adesione morale ai valori tutelati dal diritto penale produce sulla percentuale di commissione dei reati e sull'efficacia preventiva della pena.

condotte scorrette o la predisposizione di mezzi difensivi e di resistenza contro l'infiltrazione della criminalità nel mondo degli affari. Tale opzione rischia infatti di essere fortemente ostacolata dal peso dell'intimidazione ed in ogni caso richiede tempi troppo lunghi di maturazione ⁽³³⁾.

Cosicché, appare ragionevole l'ipotesi che ammette un intervento dell'ordinamento giuridico sulle dinamiche sociali, al fine di accelerare i fenomeni di moralizzazione legale che ove non adeguatamente incentivati, maturano con estrema lentezza. Il ricorso al diritto, se opportunamente calibrato, può in effetti incoraggiare la graduale affermazione di una cultura della legalità e delle libertà individuali, nonché, più in generale, di un sentimento condiviso di fiducia e di sicurezza ⁽³⁴⁾.

Per queste ragioni, valutata in relazione ai fini di formazione culturale che ne hanno determinato l'introduzione, la misura punitiva *de qua* si mostra logicamente coerente con gli obiettivi di politica criminale – o meglio di «politica sociale» – che ne stanno a fondamento.

Non di meno, malgrado la funzioni di prevenzione generale – positiva e negativa – che essa è destinata ad esplicare ne consentano una parziale rivalutazione, ed anche a tralasciare in questa fase dell'analisi i dubbi sollevati sul versante della conformità ai principi di garanzia propri del sistema punitivo attuale (penale e parapenale), non ci si può esimere da un'ulteriore considerazione circa l'autentica efficacia di tale strumento, tenuto conto che le ragioni funzionali che lo giustificano di per sé non sono sufficienti ad assicurare il conseguimento degli obiettivi prefissati.

L'astratta attitudine del mezzo a realizzare il fine per cui è stato pensato è un elemento che da solo non fornisce alcuna garanzia sulle sue concrete *chances* di riuscita. E, sebbene un'indagine su tale specifico profilo richiederebbe anche un'analisi empirica *ex post* di certo ancora prematura, rimane compito del giurista valutare in termini generali e prognostici strade alternative, suggerendo di percorrerle, ove a parità di obiettivi, è probabile che aumentino le *chances* di ottenere gli esiti sperati.

5. Considerazioni critiche sull'efficacia della misura

Con riguardo alla reale efficacia di deterrenza e di orientamento culturale della sanzione in commento possono invero nutrirsi talune riserve, essenzialmente motivate dal sospetto che la previsione di meccanismi punitivi a carico degli imprenditori omertosi che siano al contempo vittime del gogo mafioso non costituisca l'unico mezzo a disposizione del legislatore per favorire un'in-

⁽³³⁾ SIRACUSA, *Il diritto penale e le infiltrazioni mafiose nell'economia: tra certezze e ambiguità*, in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, cit., 281 e 282.

⁽³⁴⁾ Eccessivamente drastico il giudizio di chi considera la misura un escamotage per trasformare l'imprenditore in poliziotto, BISORI, PROFITI, *Contrasto alla criminalità organizzata e nuova disciplina delle misure di prevenzione*, in GIUNTA, MARZADURI (cur.), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, cit., 273.

versione di tendenza nel rapporto tra le istituzioni che amministrano la giustizia e gli operatori economici che subiscono il peso oppressivo delle estorsioni.

Alla base di tale cauto scetticismo, da un lato, vi sono ragioni connesse alla frammentarietà della sanzione; dall'altro lato, insistono considerazioni più generali in merito alla probabile maggiore incidenza che può esercitare sulle scelte individuali la rappresentazione anticipata dei vantaggi conseguibili mediante l'assunzione di un comportamento approvato dall'ordinamento, rispetto alla prefigurazione del male che si subirebbe nel caso di condotta contraria alle valutazioni dell'ordinamento.

a) In primo luogo, è di tutta evidenza come a ridurre l'efficacia della sanzione contribuisca il fatto che essa colpisca esclusivamente gli imprenditori che partecipano alle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, lasciando invece esenti altre categorie di operatori economici, le quali pure sono normalmente vittime delle estorsioni mafiose (esercenti commerciali, liberi professionisti, imprese fornitrici di servizi etc.).

Con buona probabilità, ai fini generalpreventivi, sarebbe apparsa più coerente l'introduzione di un obbligo di denuncia generalizzato, a carico di tutte le tipologie di imprenditori estorti⁽³⁵⁾.

La selettività della misura diminuisce infatti sensibilmente gli effetti di intimidazione e di orientamento culturale, scalfendo l'idoneità della stessa a conseguire gli obiettivi di politica criminale prefissati. Senza contare che l'estensione dell'ambito applicativo della disposizione ad una più vasta gamma di soggetti generalmente coinvolti nella rete delle condotte estorsive di stampo mafioso obbligherebbe in modo simmetrico all'impiego di diverse tipologie di sanzioni, a seconda del settore di azione dell'operatore di volta in volta interessato, con conseguente rafforzamento dell'efficacia preventiva.

In altri termini, a fronte delle plurime sfaccettature del fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'economia più opportuno sarebbe stato sia prevedere un altrettanto variegato ventaglio di misure punitive a carico delle vittime omertose, sia coinvolgere plurime categorie sociali nell'attività di contrasto al crimine organizzato.

b) In secondo luogo, della concreta efficacia della disposizione in oggetto si può dubitare non soltanto in ragione della sua specificità, ma più in generale, valutando se in contesti leciti, come quelli dell'imprenditore che sia caduto vittima dell'estorsione mafiosa senza trarne alcun vantaggio, misure punitive afflittive siano effettivamente capaci di attivare spinte motivazionali verso l'astensione dal comportamento di omessa denuncia, e in direzione di una progressiva presa di coscienza dei valori di etica pubblica che la sanzione intende promuovere.

⁽³⁵⁾ Come evidenziato da CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, cit., 352 e 353 che a tal proposito rammenta come un emendamento presentato al Senato ed in seguito non approvato avesse previsto un obbligo di denuncia del reato di estorsione per tutti gli operatori economici.

Per sviluppare un'indagine di questo tipo, occorrerebbe uno studio integrato da competenze di tipo sociologico e psicologico, che si aggiungano al bagaglio culturale tipico del penalista. Pur in mancanza allo stato attuale di una ricerca integrata del genere, alcuni spunti interessanti possono provenire dagli esiti più avanzati degli studi sociologici sul tema del rapporto mafia-economia, sia pure opportunamente adattati alle categorie concettuali proprie della scienza giuridica.

Il riferimento è qui ai contributi che hanno utilizzato i criteri del «costo naturale/costo innaturale» e del «beneficio naturale/beneficio innaturale» per la distinzione tra il comportamento dell'imprenditore vittima e la condotta dell'imprenditore acquiescente ⁽³⁶⁾.

In estrema sintesi, va ricordato come in base a tali indagini l'imprenditore-vittima delle organizzazioni mafiose viene individuato in colui che subisce un *costo innaturale* – costituito dal corrispettivo versato agli estorsori –, e che al contempo non ottiene in cambio alcun concreto vantaggio economico o di altro genere; si sarebbe invece in presenza di un imprenditore-acquiescente in tutti i casi in cui il costo innaturale dell'estorsione si traduca in un *beneficio innaturale* a favore dell'imprenditore, ossia in un vantaggio anomalo di vario tipo che egli non avrebbe conseguito, se non avesse goduto della protezione dei membri dell'associazione di stampo mafioso, ottenuta tramite l'accettazione incondizionata delle loro richieste.

Orbene, trasferito in ambito giuridico, un siffatto schema logico può servire a ricostruire le dinamiche psicologiche e motivazionali che stanno alla base del comportamento dell'imprenditore estorto e che possono significativamente condizionarne la scelta di non denunciare i propri aguzzini.

La condotta dell'imprenditore-vittima che non abbia segnalato il reato subito agli organi inquirenti è infatti generalmente determinata dal timore ingenerato dal peso dell'intimidazione, nella forma della paura per l'incolumità propria e dei propri affetti o per le ritorsioni a danno dei mezzi materiali dell'impresa. Così come può risultare motivata da una sensazione di sostanziale sfiducia nei confronti dell'efficienza della risposta penale contro i denunciati. È difficile provare che il soggetto che abbia versato il corrispettivo senza trarne alcun concreto beneficio agisce in maniera omertosa al fine di proteggere gli autori del reato o di ottenere il sostegno dell'organizzazione.

Sono invece diametralmente opposte le ragioni che sorreggono l'imprenditore-acquiescente. Questi infatti in genere omette la denuncia per coprire l'organizzazione, in modo da assicurarsene la perdurante protezione e da prolungare i benefici innaturali ricavati.

La diversità di condizioni soggettive alla base dell'omessa denuncia implica una non identità degli effetti di un'eventuale sanzione del comportamento, con

⁽³⁶⁾ Soprattutto, LA SPINA, *Le reazioni della società civile e la prevenzione degli enti locali*, cit., 456; ID., *Mafia legalità debole e sviluppo del Mezzogiorno*, Bologna, 2005.

conseguente sfasatura delle funzioni di prevenzione generale, quanto meno nella forma c.d. «negativa» della deterrenza.

La prospettazione del danno conseguente alla sanzione in caso di omessa denuncia si mostra in effetti idonea ad incidere positivamente sui processi decisionali dell'imprenditore-vittima, il quale, avendo già subito il costo innaturale dell'estorsione, avrebbe tutto l'interesse ad evitare ulteriori costi, compresa l'incapacitazione della propria libertà di iniziativa economica cagionata dalla misura punitiva; ciò, ovviamente, a condizione che egli creda nella prontezza e nella celerità dell'applicazione della sanzione, giacché, laddove invece ritenga che l'amministrazione competente non sia celere nel contestare e punire l'illecito, la speranza di sfuggire al controllo potrebbe fare buon gioco alla paura delle ritorsioni conseguenti ad un'eventuale denuncia.

Viceversa, l'imprenditore-acquiescente tenderà a comparare il costo della sanzione con il beneficio innaturale dovuto al sostegno dell'organizzazione. A seconda dell'entità dei vantaggi conseguiti per il proprio atteggiamento arrendevole, egli potrebbe decidere di omettere la denuncia e di correre in ogni caso il rischio di venire sanzionato; il che probabilmente accadrebbe, ove i benefici conseguiti o i benefici che egli potrebbe conseguire in futuro superassero di gran lunga il male rappresentato dalla misura punitiva.

Di conseguenza, la sanzione introdotta dall'art. 2 comma 19 l. 2009/94 appare nel complesso prigioniera di un paradosso: efficace – ma ingiusta – ove riferita agli imprenditori onesti vittime dei comportamenti criminali; giusta – ma di dubbia efficacia – nei confronti degli imprenditori collusi, o degli imprenditori, che pur non avendo assunto una posizione di piena contiguità con l'associazione criminale, tuttavia accettino di instaurare con essa un «patto implicito» di convenienza reciproca.

Né a superare l'impasse appare sufficiente l'idea, da taluni suggerita, che la disposizione *de qua* sia destinata a colpire esclusivamente le omissioni degli operatori economici in posizione di debolezza, i quali abbiano agito motivati da ragioni socialmente scusabili; agli imprenditori che abbiano deliberatamente rinunciato alla denuncia per il fine di favorire l'organizzazione mafiosa o alcuni dei suoi membri dovrebbe invece riservarsi il trattamento penale del reato di favoreggiamento⁽³⁷⁾.

Senonché, tale interpretazione si mostra in contrasto sia con la lettera della norma – che non fa alcun riferimento alla diversa condizione soggettiva del soggetto obbligato –, sia con il retroterra culturale che ne ha determinato l'approvazione.

Quanto al primo aspetto, non soltanto l'illecito non restringe la sfera dei soggetti attivi esclusivamente agli imprenditori autentiche vittime⁽³⁸⁾, ma per

⁽³⁷⁾ CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, cit., 350.

⁽³⁸⁾ Si rinvia a quanto osservato *supra* a nota 12 per segnalare l'inadeguatezza della tesi in esame a risolvere la problematica della portata soggettiva della sanzione.

di più fa salve le sole ipotesi in cui ricorrono i casi previsti dall'art. 4 comma 1 legge n. 689/1981, vale a dire esclude la punibilità quando l'agente abbia commesso il fatto nell'adempimento di un dovere, nell'esercizio di una facoltà legittima, in stato di necessità o di legittima difesa. Tra queste situazioni scriminanti, soltanto lo stato di necessità può avere concreto rilievo per escludere l'applicabilità della sanzione, in quanto, come è ovvio, si presta ad essere invocato in tutti i casi in cui l'estorto abbia omissa la denuncia per la necessità di evitare le pesanti ritorsioni minacciate dall'estorsore⁽³⁹⁾.

Ciò accade, quando il contesto intimidatorio generato dall'agire mafioso crea situazioni di soccombenza della vittima esattamente corrispondenti allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.⁽⁴⁰⁾. Quando invece la forza coercitiva dell'organizzazione criminale prescinde dal compimento di concreti atti di violenza o minaccia, la scriminante non può essere invocata, nonostante il *metus* suscitato nei terzi.

La causa di giustificazione opera dunque come limite per l'illecito soltanto per la prima situazione, ma non per la seconda, né tanto meno – come è giusto – per le ipotesi di omissa denuncia dovuta a posizioni di collusione o di discutibile «vicinanza» tra il reo ed il soggetto passivo. Ne consegue che la condotta ordinata dalla norma punitiva – vale a dire il dovere di denuncia – è destinata a riguardare *de residuo* le situazioni non protette dallo scudo dello stato di necessità, e cioè: i casi di omissa denuncia determinata da una posizione di acquiescenza verso l'organizzazione; le ipotesi in cui, malgrado il pericolo attuale di un danno grave alla persona, il comportamento dell'operatore economico appaia sproporzionato rispetto alle minacce degli autori del reato; o ancora le situazioni di assoggettamento provocate dal metodo dell'intimidazione, ma non riconducibili allo stato di necessità scriminante, in quanto prive dei requisiti costitutivi tipici dello stesso.

Tralasciando di considerare i profili di criticità e di complessità concernenti i soggetti cui la legge riserva la competenza ad accertare lo stato di necessità rilevante ai fini della disposizione⁽⁴¹⁾, qui preme rilevare come la possibilità di invocare la scriminante dimostri che la sanzione in commento è rivolta ad entrambe le tipologie di vittime delle estorsioni sopra indicate, a meno di non volerle ammettere la sostanziale inutilità.

Sicché, nei confronti dell'imprenditore che non si sia limitato a tacere, ma che abbia anche assunto condotte tipiche rispetto al reato di favoreggiamento, si applicheranno in forma cumulativa tanto la sanzione penale, quanto la sanzione amministrativa.

⁽³⁹⁾ Come segnalato da CISTERNA, *Il restyling della prevenzione antimafia e l'obbligo di denuncia delle estorsioni mafiose*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1075.

⁽⁴⁰⁾ Per un'applicazione giurisprudenziale della scriminante *de qua* al reato di favoreggiamento commesso dalla vittima delle estorsioni, si legga VIGANÒ, *Mafia ed imprenditori: una decisione coraggiosa in tema di stato di necessità* (nota a Trib. Palermo, 18.3.2004), in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1251 s.

⁽⁴¹⁾ Sul tema CORVI, *op. ult. cit.*, 352.

Una conferma di siffatte argomentazioni, si rinviene altresì nelle ragioni politico-criminali che hanno spinto all'introduzione della disposizione.

Tra queste vi è senza dubbio l'esigenza di assicurare una risposta punitiva a carico degli imprenditori le cui condotte omertose abbiano finito con l'agevolare – in senso lato – l'associazione di stampo mafioso.

Nella prassi giudiziaria, non sono infatti mancati casi di vittime delle estorsioni mafiose incriminate a titolo di favoreggiamento aggravato per aver taciuto i nomi dei propri aguzzini ed in seguito assolte vuoi per il riconoscimento dello stato di necessità scusante, vuoi per insussistenza del fatto tipico, tenuto conto che il delitto contestato avrebbe richiesto elementi costitutivi ulteriori, oltre al semplice rifiuto di indicare i colpevoli o alla mancata denuncia degli stessi.

Tenendo da parte le obiezioni sollevate da tale approccio giurisprudenziale sul piano della conformità alle garanzie penalistiche ⁽⁴²⁾, è l'oggettiva difficoltà di far rientrare il fatto della semplice omissione di denuncia nello spettro operativo del reato di cui all'art. 378 c.p. a segnalare la necessità di impiegare in via sussidiaria un altro strumento punitivo, meno afflittivo, in grado di colpire ogni comportamento di silenzio o di reticenza della vittima che non possieda ancora il disvalore penale tipico delle condotte di favoreggiamento.

Il retroterra culturale della norma in oggetto denota dunque l'intento di colmare la lacuna normativa e di tutela che si determina nelle ipotesi in cui non risulti possibile dimostrare che il comportamento ambiguo della vittima integri un fatto penalmente illecito, nella forma del favoreggiamento o delle dichiarazioni false o reticenti.

L'illecito amministrativo in esame, in quanto destinato a colpire due categorie di soggetti passivi, sembra dunque soffrire di una sorta di sovraesposizione nella portata operativa, che finisce per sfuocare l'efficacia. Da un lato, esso penalizza le vittime dell'estorsione mafiosa indotte al comportamento omertoso dallo stato di timore cagionato dal metodo intimidatorio, quando le minacce subite non danno luogo ad una situazione di pericolo attuale di danno grave alla persona, analoga a quella dello stato di necessità.

Dall'altro lato, la norma è funzionale a svolgere un ruolo vicario nei riguardi dello strumento penale con riferimento alle condotte di omessa denuncia degli imprenditori-acquiescenti, ove non sussistano sufficienti prove a loro carico per un'eventuale condanna a titolo di favoreggiamento.

In altri termini, quando l'unico dato a disposizione delle autorità è l'assenza della denuncia, l'impossibilità del buon esito di un'azione penale viene controbilanciata dall'intervento sostitutivo della sanzione amministrativa.

Il sospetto che dietro la misura interdittiva vi siano anche legittime valutazioni di opportunità e di convenienza strategica, in aggiunta a più ampie esigenze di prevenzione generale positiva, induce a riflettere sul peso specifico da

⁽⁴²⁾ Obiezioni formulate nella prima fase di questa ricerca, SIRACUSA, *Il diritto penale e le infiltrazioni mafiose nell'economia: tra certezze e ambiguità*, in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, cit., 276-278. In termini adesivi, CORVI, *op. ult. cit.*, 349.

assegnare ad ognuna di tali componenti, in un'ottica di bilanciamento di interessi contrapposti. Ove emerga come prioritario il fine di favorire la diffusione di nuovi modelli comportamentali ispirati all'etica del mercato e al rispetto delle regole, con buona probabilità diviene opportuno pensare a soluzioni differenti, che meglio si prestino ad innescare spinte motivazionali in direzione di atteggiamenti collaborativi tra mondo economico e potere giudiziario.

È infatti evidente che se tra gli scopi della disposizione vi è altresì quello di assicurare una risposta sanzionatoria a carico dell'imprenditore che abbia agito al fine di favorire l'organizzazione o alcuni dei suoi membri, o di trarre comunque profitto dalla condotta omertosa, ove non sussistano altri mezzi per pervenire ad una sua condanna per favoreggiamento o per concorso esterno, a fare le spese del vantaggio strategico che si intende in tal modo conseguire sono soprattutto gli imprenditori-vittime, la cui libertà di autodeterminazione sia stata pesantemente condizionata dall'attività di intimidazione dell'organizzazione criminale⁽⁴³⁾, ma non sino al punto da rendere inesigibile una condotta contraria, ai sensi dell'art. 54 c.p.

In effetti, il rinvio allo stato di necessità scriminante consente di restringere la sfera applicativa della disposizione esclusivamente a favore di una limitata cerchia di soggetti passivi delle estorsioni mafiose, lasciando privi di tutela non soltanto, come è giusto, gli imprenditori acquiescenti, ma soprattutto gli imprenditori-vittime che malgrado abbiano agito spinti dal giogo dell'intimidazione, tuttavia non si siano imbattuti in una situazione di costrizione esattamente corrispondente a quella della causa di giustificazione richiamata.

L'applicazione della scriminante è infatti subordinata alla presenza di tutti i requisiti costitutivi dello stato di necessità. Non è pertanto sufficiente né il semplice pericolo di un danno patrimoniale o di natura esclusivamente economica, rilevando soltanto il pericolo di danno grave alla persona, né tanto meno la necessità di evitare un pericolo futuro ed incerto, quale è quello significativamente collegato a situazioni di intimidazione diffusa in contesti a forte presenza mafiosa. Inoltre, occorre di volta in volta accertare che la condizione di pericolo non sia altrimenti evitabile, per esempio attraverso un tempestivo intervento delle forze dell'ordine; senza contare le difficoltà di accertamento della proporzione tra i beni in gioco, dovute al fatto che il bene della vita o dell'incolumità

⁽⁴³⁾ Il metodo mafioso è infatti una modalità di azione, non tassativamente tipizzata dalla norma incriminatrice che può assumere forme disparate, tutte accomunate dall'identità dell'effetto di indurre una situazione di soggezione psicologica e di timore. Sul tema si veda, TUMMINNELLO, *La mafia come metodo e come fine: la circostanza aggravante dell'art. 7 D.L. 152/1991, convertito nella legge 203/1991*, in questa *Rivista*, 2008, 906 e ss. il quale acutamente osserva come in taluni tessuti sociali anche la semplice allusione a metodiche mafiose può avere un effetto intimidatorio particolarmente efficace in termini di sfruttamento delle condizioni di assoggettamento e di omertà.

Per questa ragione, taluna dottrina individua proprio nella libertà morale dei consociati il bene primariamente leso dalla fattispecie di cui all'art. 416 bis, MILITELLO, *Associazione di stampo mafioso*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 484 e 485.

personale, ove posto in pericolo dall'azione mafiosa, verrebbe sempre a contrapporsi ad interessi di sicuro rilievo primario, come l'interesse dello Stato alla repressione dei reati e gli altri interessi individuali e collettivi offesi dall'organizzazione criminale⁽⁴⁴⁾.

Per tali ragioni, appaiono in concreto esigue le possibilità per l'imprenditore di avvalersi della causa di giustificazione, considerato che questa non può essergli riconosciuta, quando la sua condotta sia il risultato di una condizione generale di paura, non generata da minacce esteriori o da precisi atti di violenza nei suoi confronti o nei confronti dei suoi affetti. In contesti sociali pesantemente condizionati dalla presenza mafiosa, siffatte situazioni di timore indeterminato costituiscono una presenza non certo eccezionale. Esse rappresentano anzi il retroterra criminologico che ha portato alla tipizzazione autonoma del reato di cui all'art. 416 *bis*, incentrato proprio su un «metodo mafioso»; questo come è noto può esplicarsi in una pluralità di comportamenti eterogenei – accomunati dall'identità del risultato intimidatorio perseguito – e può quindi assumere *anche* la forma di minacce velate, dai contorni sfumati non ancora idonee ad integrare un pericolo di danno grave alla persona, eppure particolarmente efficaci quanto a capacità di coartazione psicologica proprio per il carattere sistemico in cui ogni singolo atto si inserisce in un contesto di significati.

Sicché, proprio il rinvio alla causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p. mette in luce i profili di irrazionalità della norma in commento rispetto alla funzione tradizionalmente assegnata alla vittima nella dogmatica del reato.

A favore dell'estorto, si prevede infatti un meccanismo di protezione non sufficientemente adeguato, destinato ad operare per un numero ristretto di casi. Il carico afflittivo della disposizione finisce così con l'incombere sull'ampia gamma di soggetti deboli che abbiano agito sotto l'effetto dell'intimidazione, ma in assenza di uno stato di necessità *in senso proprio*. A questi ultimi, in palese contraddizione con i principi garantistici del diritto penale, lo Stato delega di fatto il compito di difendersi dall'illecito di cui sono stati vittime e un più generale dovere di prevenzione nei riguardi degli effetti dannosi generati dal sodalizio criminoso, privandoli di ogni legittima aspettativa di protezione ed al contempo gravandoli della funzione di garanzia, *a monte* elusa a loro svantaggio dalla stessa istituzione statutale.

6. Una possibile alternativa: dalla sanzione punitiva agli incentivi premiali

Nel tirare le fila dell'indagine, si possono abbozzare alcune embrionali proposte, alla luce di quanto sin qui osservato.

Un punto di partenza assolutamente condivisibile è il ruolo prioritario che

⁽⁴⁴⁾ Sulla necessità che la scriminante dello stato di necessità venga applicata in modo rigoroso, in conformità all'art. 54 c.p., anche nel settore degli illeciti amministrativi, di recente Cass. civ., sez. II, 19.6.2009, n. 14515.

la nuova sanzione in esame assegna all'incentivare un habitat di vita e di lavoro che porti a maturazione una più consapevole cultura dei diritti e delle libertà. La fiducia nei rapporti intersoggettivi e nelle stesse istituzioni, la certezza delle regole economiche e l'efficacia degli strumenti di protezione contro comportamenti illeciti costituiscono presupposti sociali ed istituzionali indispensabili per la crescita dell'economia e per il progresso civile, in contrapposizione all'arretratezza dei rapporti di potere, all'inefficienza economica ed al senso di insicurezza individuale che si accompagnano al fenomeno mafioso.

Da valutare con favore – come sin dall'inizio segnalato – è dunque l'obiettivo di stimolare positivamente un'azione di orientamento culturale volta a contrastare le organizzazioni criminali mafiose; il che è sicuramente nel fuoco delle intenzioni politico-criminali a sostegno dell'introduzione della sanzione punitiva volta a spezzare il comportamento acquiescente delle vittime ed a favorire comportamenti collaborativi con lo Stato.

Si è tuttavia qui evidenziato che la sanzione esaminata sembra destinata ad un'applicazione non sufficientemente selettiva rispetto ai diversi comportamenti degli operatori economici: essa rischia così di trascurare il contesto concreto in cui il metodo mafioso alligna, finendo per rappresentare in certe situazioni una duplicazione dello svantaggio di operare economicamente nelle zone a maggiore densità mafiosa.

La segnalata sovraesposizione sanzionatoria finisce per nuocere al senso di giustizia percepito e dunque presenta controindicazioni sul piano della stessa prevenzione generale positiva o allargata.

In un'ottica che privilegi proprio la funzione di prevenzione generale, correttamente intesa in termini non di mera intimidazione, ma di capacità di tutelare valori fondanti per l'ordinamento, l'ordinamento deve riuscire a distinguere le reali posizioni che stanno dietro le – o a monte delle – condotte di omessa denuncia da parte degli imprenditori vittima delle estorsioni.

Quando a venire in gioco sono imprenditori corrotti o collusi, che hanno taciuto per mero calcolo egoistico, la posizione di vittima è solo uno schermo fittizio e superabile; di conseguenza, non sussistono ragioni che giustificano la previsione ulteriore di una sanzione amministrativa di tipo interdittivo a carico di tali soggetti, tenuto conto che in materia il diritto penale dispone già di norme incriminatrici adeguate ed efficaci, oltre che della previsione dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione come pena accessoria specifica in caso di condanna per una serie di reati in vario modo connessi all'agire mafioso (art. 32 *ter* e 32 *quater* c.p.). In altri termini, nei confronti dell'imprenditore che ometta di denunciare l'estorsione, al fine di trarre vantaggio dal «contatto» con l'organizzazione criminale o allo scopo di agevolarla, l'ordinamento risponde con il peso dello stigma penale del suo tradizionale arsenale di sanzioni più afflittive. Sicché, eventuali altri strumenti punitivi di carattere amministrativo non riescono che ad aggravare il peso afflittivo di una reazione sanzionatoria di per sé severa, senza tuttavia potere assicurare l'effetto dissuasivo rispetto alle condotte riprovate: l'imprenditore colluso può infatti confidare che il meccanismo sanzionatorio extrapenale non arrivi ad innescarsi o che comunque

possano attenuarsene gli effetti, continuando ad operare su mercati estranei alle commesse pubbliche.

In ipotesi del genere, nell'ambito della valutazione costi/benefici che può influenzare l'incidenza della pena sulle scelte d'azione, il rischio di incorrere nella sanzione penale, ossia nell'incapacitazione materiale determinata dalla perdita della libertà personale, tendenzialmente produce effetti di deterrenza maggiori di quelli generati da una sanzione amministrativa.

Al contrario, le misure punitive di tipo parapenale potrebbero risultare più efficaci, nei confronti di soggetti che agiscono in contesti leciti e che siano autentiche vittime del giogo mafioso. Ciò poiché nel caso degli imprenditori estorti che omettano di denunciare per timore di vedere realizzate le intimidazioni minacciate, la rappresentazione anticipata del male costituito dalla sanzione potrebbe fungere da pungolo per mutare le proprie decisioni.

In sintesi, nei confronti della categoria degli operatori economici deboli in quanto assoggettati alla morsa delle estorsioni ed intimiditi dal metodo mafioso, la sanzione in commento ed altre analoghe agiscono come spinte motivazionali nei confronti dell'individuo verso l'astensione dal comportamento sanzionato (efficacia *deterrente*), salvo i fattori di depotenziamento innescati dall'invoce dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.

Senonché, la realizzazione del fine di prevenzione generale negativa, intesa come distoglimento dall'assunzione di determinati comportamenti, avverrebbe a costo della funzione di prevenzione generale positiva. Infatti, la sanzione in esame ha scarsa capacità di agevolare la diffusione di nuovi modelli comportamentali, in quanto può essere percepita come un peso ulteriore ed ingiustificato imposto dall'ordinamento, che concorre ad aggravare una preesistente condizione di debolezza.

Con riferimento a tale ultimo punto, non v'è da stupirsi che la scelta di punire la vittima dell'estorsione mafiosa quando non collabori con la giustizia sia in grado di originare nella comunità reazioni di contenuto opposto a quelle sperate.

Analizzando i probabili effetti collettivi della scelta di sanzionare la vittima dell'estorsione mafiosa quando non collabori con la giustizia, ci si avvede infatti del pericolo che interventi simili vengano avvertiti come profondamente ingiusti, perché destinati a colpire gli operatori economici deboli, o comunque indeboliti dal controllo delle organizzazioni criminali. In tali casi, il costo della sanzione incapacitante rischia di apparire come un'ulteriore penalizzazione che si aggiunge ai tanti costi innaturali, sopportati dalla vittima che subisce il giogo mafioso.

Scenari del genere possono facilmente innescare sentimenti contrari alla condivisione dei valori protetti dalla norma: al riconoscimento sociale dell'importanza della collaborazione contro le organizzazioni criminali si sostituisce il rifiuto collettivo di ciò che è percepito come contrario al senso comune di giustizia ⁽⁴⁵⁾.

(45) Sulla giustezza della pena come fattore che agevola gli effetti di prevenzione genera-

Né il rischio segnalato può essere superato, adducendo che la sanzione interdittiva a carico dell'imprenditore estorto ma non collaborante è solo una sorta di trasposizione nell'ordinamento statutale di un approccio nei confronti degli stessi comportamenti già sperimentato dalle punte più avanzate della società civile, segnatamente con le coraggiose iniziative di espulsione dalle associazioni private di categoria: un ordine di idee in base al quale, se le «sanzioni private» – inizialmente richiamate – tanto plauso hanno suscitato nell'opinione pubblica, contribuendo a diffondere il valore della collaborazione con le istituzioni, l'utilizzo di strumenti analoghi da parte pubblica non dovrebbe avere effetti negativi sulla stessa platea. Un ragionamento siffatto cela un fraintendimento di fondo: l'importanza ormai acquisita di una strategia integrata fra organi istituzionalmente rivolti al contrasto alla criminalità e società civile per ottimizzare i risultati ottenibili nei confronti di un fenomeno così radicato in ampie realtà del Paese non equivale né implica una indistinta intercambiabilità nei ruoli delle varie agenzie di controllo. Una associazione privata può infatti alzare il livello delle condizioni richieste per la partecipazione, senza che questo implichi una delega ai destinatari di un compito di controllo dei comportamenti criminali, che fuoriesce del resto dalle competenze delle stesse associazioni. L'organizzazione statutale si trova invece in una situazione diversa, almeno quando il sanzionare un comportamento equivalga a configurare una sorta di posizione di garanzia a carico di quegli stessi soggetti privati, che possono invece vantare una aspettativa ad essere a loro volta garantiti dallo Stato contro i rischi di subire determinate vessazioni. In sintesi: la società civile può contribuire alla prevenzione, perché ha affidato allo Stato la repressione; lo Stato invece non può esigere – a pena di sanzione – un impegno nella repressione proprio da coloro che subiscono i reati che lo Stato non è riuscito a prevenire. La messa a fuoco di tali contraddizioni di valutazioni consente di meglio comprendere il deficit di prevenzione generale allargata prima segnalato.

La diversità di posizioni di partenza fra le varie istituzioni chiamate a contribuire, ciascuna per propria parte e con le proprie specificità, all'obiettivo condiviso di un approccio integrato nel contrasto al fenomeno va meglio rispettata tentando un ribaltamento dell'approccio pubblico al problema. Come spunto iniziale si può recuperare il dato notorio che se in termini di utilità individuale la sanzione punitiva è un peso o un costo, la sanzione premiale costituisce all'inverso un vantaggio: alla luce di ciò, si può pensare di passare nella materia in esame da una logica punitiva dei comportamenti non collaborativi, con i rischi di sovraesposizione sanzionatoria indicati, ad una logica invece di premio ai comportamenti collaborativi, in modo da sostenere per quanto possibile una acquisizione di consapevolezza diffusa dell'importanza di un impegno individuale nell'azione di contrasto.

le, ancora una volta sia consentito rinviare a PAGLIARO, *Prospettive di riforma*, cit., 900 s.; ID., *Principi di diritto penale*. Parte generale, cit., 680 s.

Per conseguente, nella prospettiva di sviluppare meccanismi di responsabilizzazione dell'imprenditore vittima, sarebbe opportuno contrapporre al costo innaturale che ha subito per effetto delle estorsioni un corrispondente vantaggio, per il caso che egli trovi il coraggio di denunciare i parassiti che lo taglieggiano. Il diritto cioè dovrebbe operare secondo una logica uguale e contraria a quella che sta a fondamento dell'illecito: al fatto disapprovato, si risponde con una punizione; al fatto moralmente e socialmente approvato, fa seguito un premio ⁽⁴⁶⁾. E, poiché la denuncia nei casi di estorsione mafiosa o di concussione costituisce un fatto non solo approvato ma anche desiderato, essa andrebbe adeguatamente ricompensata.

Riferita al contesto di azione qui in esame, tale impostazione suggerisce di prevedere a vantaggio degli imprenditori denunciatori una serie di misure premiali di vario genere, che qui possiamo solo indicare senza pretese di completezza o di approfondimento: incentivi economici, agevolazioni fiscali o incentivazione pubbliche nel ricorso al mercato dei capitali, corsie preferenziali nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, riduzione dei tempi della burocrazia, inclusione in elenchi di imprenditori preferiti dai «consumatori critici» curati da apposite associazioni impegnate sul fronte dell'antiracket.

Il ricorso a meccanismi premiali, in luogo di misure afflittive favorirebbe in primo luogo l'adesione individuale al comportamento approvato dall'ordinamento, in quanto la possibilità di conseguire un vantaggio sopravanzerebbe il peso del costo innaturale subito e fungerebbe da spinta verso una condivisione del valore culturale promosso dall'ordinamento. Ma si otterrebbe anche la diffusione di paradigmi comportamentali positivi, in quanto il premio verrebbe percepito dalla collettività come un giusto ristoro per i danni subiti dalle vittime dell'intimidazione mafiosa.

Al contempo, la scelta di assumere posizioni reticenti o non collaborative diverrebbe poco conveniente per il singolo imprenditore perché implicherebbe una duplice conseguenza negativa: da un lato, priverebbe dei vantaggi altrimenti ottenibili; dall'altro lato, comporterebbe la perdita del ritorno di immagine che l'impresa avrebbe, ove, una volta sporta denuncia, venisse a godere del sostegno e dell'approvazione morale dei consociati.

Allo stigma della sanzione punitiva, la misura premiale contrappone infatti

⁽⁴⁶⁾ Tale la *ratio* che sta a fondamento del c.d. «*diritto premiale puro*», secondo cui il premio consiste in un bene attribuito dall'ordinamento per una condotta particolarmente meritevole. Il diritto premiale si conforma al criterio della proporzione; sicché, la sanzione positiva sarà tanto maggiore, quanto più significativo è l'utile o il merito ricollegabile alla condotta premiata.

In ambito penalistico invece, il diritto premiale consiste in un male minore inflitto al reo che, dopo aver tenuto una condotta contraria all'ordinamento, realizza un comportamento di segno opposto, in grado di elidere del tutto o di ridurre considerevolmente la meritevolezza di pena della precedente condotta.

Sulle differenze tra «*diritto premiale puro*» e «*diritto penale premiale*», RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 6 s.

per converso la forte valenza simbolica del consenso sociale, da cui possono conseguire ulteriori vantaggi indiretti, oltre a quello proprio della misura stessa⁽⁴⁷⁾.

L'impiego di tecniche premiali o di sostegno a favore delle vittime di mafia non costituirebbe del resto un'assoluta novità per l'ordinamento, poiché si inserirebbe nel solco di quei provvedimenti legislativi che già prevedono forme di solidarietà e di cooperazione tra Stato e soggetti passivi dei reati di stampo mafioso. Basti ricordare la legge 1999 n. 44 sul fondo di solidarietà delle vittime delle richieste estorsive e dell'usura, la legge 1999 n. 512 sull'istituzione del fondo di solidarietà per le vittime dei reati di tipo mafioso e la legge della Regione Sicilia 2008 n. 15 che stabilisce sgravi fiscali a favore delle imprese siciliane che denunciano le richieste estorsive⁽⁴⁸⁾.

Tali strumenti normativi attribuiscono alle vittime dei reati il diritto al conseguimento di elargizioni come ristoro per i danni subiti, secondo la *ratio* che sta a fondamento della posizione della persona offesa – parte civile – nel processo penale, non spingendosi sino a concepire forme di sostegno o di premio del tutto sganciate dalla logica della riparazione dei danni. E tuttavia, pur essendo ancora ben lontane da un criterio di premialità pura, in cui al risarcimento del danno si affianchi un ulteriore guadagno per l'imprenditore vittima che abbia assunto comportamenti virtuosi, le misure di tutela in questione dimo-

⁽⁴⁷⁾ La logica della premialità del resto viene da tempo invocata dalle associazioni anti-racket come indispensabile per determinare un'inversione di tendenza negli atteggiamenti di sottomissione degli operatori economici di fronte alla prepotenza dell'intimidazione mafiosa.

Una descrizione dello stato dell'arte e delle proposte sul tappeto sul tema degli incentivi normativi a sostegno alle vittime dell'estorsione è fornita da CHINNICI, LA SPINA, PLESCIA, *La resistenza al racket dal punto di vista dell'imprenditoria: alcune proposte operative*, in LA SPINA (cur.), *I costi dell'illegalità. Mafia ed estorsioni in Sicilia*, cit., 315 s.

⁽⁴⁸⁾ La tecnica premiale risulterebbe inoltre coerente anche con le recenti iniziative normative messe in campo dall'Unione europea a protezione delle vittime della criminalità. Il riferimento è alla decisione quadro relativa alla protezione della vittima nel processo penale adottata il 15 marzo 2001. In tale atto, accanto a strumenti essenzialmente ispirati al criterio della giusta riparazione per i danni sofferti, si prevede altresì l'istituzione di meccanismi di assistenza psicologica e materiale per le vittime, destinati ad operare durante le fasi precedenti e susseguenti il processo penale e a garantire una rete di sostegno che vada oltre il ristretto, seppure importante ambito, del consolidamento dei diritti di partecipazione della vittima al procedimento giudiziario. Alla base dell'iniziativa europea vi è dunque l'idea che sia indispensabile promuovere un sistema statale di protezione delle vittime in grado non soltanto di rafforzarne le legittime aspettative in sede processuale, ma anche di assicurare loro totale supporto al di fuori del processo penale, al fine di conseguire un progressivo superamento degli effetti dannosi cagionati dal reato sia in termini materiali, sia in termini di perdita di fiducia, di instillazione di sensazioni di debolezza e di insicurezza e di sottomissione ad un status psicologico di timore.

Tanto l'esperienza dei fondi di solidarietà, quanto gli inputs provenienti dall'Unione europea in direzione di una politica legislativa di irrobustimento dei mezzi normativi a tutela delle vittime costituiscono il segno della progressiva affermazione di un'innovativa opzione culturale, che considera la vittima un soggetto debole di cui lo Stato è tenuto a farsi carico, favorendo il graduale superamento delle conseguenze psicologiche, materiali e sociali generate dal crimine subito, a partire da un'adeguata conoscenza del contesto criminologico che lo ha coinvolto.

strano l'esistenza di un approccio legislativo al problema degli estorti dalla mafia che si esprime in termini di aiuto e di protezione da parte dello Stato a vantaggio delle autentiche vittime. Il diritto all'ottenimento delle elargizioni risarcitorie viene infatti meno quando il soggetto passivo non abbia smesso di accondiscendere alle richieste illecite, o quando sia sottoposto ad un procedimento penale per i reati di cui all'art. 407 c.p.p. o ad una misura di prevenzione, vale dire in tutti i casi in cui la vittima abbia posto in essere condotte illecite o condotte di dubbia contiguità con l'associazione mafiosa.

L'esperienza dei fondi di solidarietà può essere preziosa per elaborare futuri interventi normativi di carattere premiale a favore dell'imprenditore denunciante, soprattutto sul versante della predisposizione di meccanismi di decadenza o di incompatibilità per il soggetto che, pur avendo sporto denuncia, risulti avere anche assunto posizioni ambigue nei confronti dell'organizzazione criminale.

Benché non sia possibile in questa sede specificare tipologie e modalità applicative delle misure premiali a cui si può ricorrere in materia, va quantomeno sottolineato che, al pari di quanto detto a proposito delle sanzioni punitive, anche sul versante dei premi sarebbe opportuno immaginarne una gamma piuttosto variegata, in modo da estendere i benefici di legge alla pluralità di operatori economici in genere vessati dal racket mafioso e camorristico; così come, non andrebbero trascurati i profili attinenti alla certezza dell'ottenimento del risultato ed alla riduzione dei tempi burocratici di attuazione, che tanta parte hanno nel concreto innesco di spinte motivazionali individuali e collettive.

Non si può comunque trascurare conclusivamente una avvertenza importante: se si vuole contrastare il rischio di assistere ad un'infiltrazione degli interessi criminali di stampo mafioso anche in tale ambito – strumentalizzazione che produrrebbe devastanti effetti sull'efficacia del sistema accennato a contribuire alle barriere nel corpo sociale contro i comportamenti illeciti – bisogna premunirsi contro prassi applicative di facciata, poco attente alla «reale» meritevolezza dell'impresa premiata.

Per evitare che il «premio» assicurato dall'ordinamento diventi un'occasione di guadagno anche per le imprese «illecite», è dunque preferibile che il diritto ad esso si acquisisca non in modo automatico, ossia a seguito della presentazione di formale denuncia, bensì soltanto all'esito di un'accurata indagine sui requisiti di affidabilità dell'imprenditore e sull'assenza di dubbi o di indizi in merito alla rinvenibilità a suo carico di profili di contiguità o di collusione con le organizzazioni criminali.

VINCENZO MILITELLO
prof. ordinario
nell'Università di Palermo

LICIA SIRACUSA
ricercatore in diritto penale
nell'Università di Palermo