

Giuseppe Amarelli

Contiguità mafiosa e controllo penale: dall'euforia giurisprudenziale al ritorno alla legalità

Sommario:

1. Premessa. – 2. Il fenomeno della contiguità alla mafia come aspetto 'costitutivo' della questione mafiosa e la necessità del controllo penale: le conferme socio-criminologiche. – 2.1. (*Segue...*): le conferme empiriche: la migrazione delle mafie al nord. – 3. La stagione della supplenza giudiziaria: a) la trattativa Stato-mafia. – 3.1. (*Segue...*) b) la fucinatura 'giurisprudenziale' del concorso esterno. – 4. Il lento ritorno alla legalità: a) il crollo del teorema accusatorio sulla trattativa. – 4.1. b) La espressa tipizzazione di alcune fattispecie di contiguità mafiosa: lo scambio elettorale, il depistaggio aggravato e l'agevolazione delle comunicazioni dei detenuti a regime di 41 bis o.p.

1. Premessa.

Il dilagante populismo penale che connota in maniera pervasiva e difficilmente arginabile la delicatissima materia dei reati e delle pene sta sottoponendo a stressanti test di resilienza la tenuta del principio di legalità e delle sue garanzie, innestando nell'ordinamento istituti e fenomeni giuridici di dubbia coerenza¹.

Sempre più spesso, l'onda emotiva suscitata dalle molteplici e continue emergenze contingenti che attraversano il nostro Paese, unita al bisogno di pena voracemente avvertito dalla collettività per appagare istanze di difesa sociale rispetto a fatti di grande clamore mediatico, finiscono con l'ipotecare le decisioni sul versante penale tanto del legislatore, quanto di una giurisprudenza intemperante che, a quest'ultimo, prova a sostituirsi agendo *supplendi causa*². Com'è stato acutamente rilevato, l'odierna legislazione penale, anche tramite il contributo espansivo del potere giudiziario, "ben si presta a mettere in scena risposte rassicuranti ad emozioni e paure, alla paura del crimine, a bisogni di sicurezza e di pena (o di vendetta?)"³, trascurando i risvolti di compatibilità con i principi fondamentali della materia penale.

Uno dei settori in cui è possibile riscontrare in maniera eclatante questa pericolosa deriva di matrice securitario/repressiva del diritto penale è sicuramente quello della contiguità alla mafia, dove il desiderio – di fondo anche comprensibile – di provare a contrastare con decisione le infiltrazioni delle organizzazioni criminali mafiose nel tessuto della società

¹ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; G. AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 maggio 2017.

² Sull'impiego in chiave emergenziale e simbolico-espressiva del diritto penale si rinvia, *ex multis*, a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 2000, *passim*.

³ Così D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 125.

civile ha portato, sovente, a legittimare opzioni incriminatrici del legislatore o, più spesso ancora, decisioni giudiziarie, esorbitanti (*recte*: in netto contrasto) con le ragioni informatrici del volto costituzionale del sistema penale.

Il fenomeno della contiguità alla mafia, infatti, dopo essere stato per lungo tempo sottovalutato, ha assunto nel corso degli ultimi anni dimensioni decisamente consistenti e nevralgiche per la stessa tenuta delle basi democratiche della nostra Repubblica, inducendo a considerarlo oggi un aspetto costitutivo prioritario della ‘questione mafia’⁴.

Questo ribaltamento della percezione sociale del suo disvalore ha stimolato anche un ripensamento riguardo al ruolo da assegnare al diritto penale nel suo contrasto, dovendosi chiarire se debba essere centrale, residuale o nullo.

Com’è noto, infatti, in principio, l’emergenza mafiosa ha portato a ‘giustificare’ talune opzioni politico-criminali assai discutibili sul terreno delle associazioni e dei loro affiliati, ispirate piuttosto che dalle ragioni tipiche di uno Stato di diritto del garantismo individuale compendiate nella legalità formale, da quelle opposte della difesa sociale, espresse, peraltro, secondo logiche extrapenali di tipo bellico-giuridico.

Dietro lo slogan della ‘lotta alla mafia’ si è tollerato il ricorso a strategie repressive, processuali, penitenziarie e preventive di eccezionale severità che hanno dato vita ad un autentico ‘doppio binario’ nella legislazione in materia di criminalità organizzata, da taluno assimilato, addirittura, alla categoria del ‘diritto penale del nemico’ legittimata, impropriamente, da alcuni Autori nella legislazione speciale in materia di terrorismo.

Nella legislazione antimafia, seguendo una opinabile metodologia da ‘stato d’eccezione’, si è assistito ad una bulimica produzione di nuove misure di dubbia fattura soprattutto nei menzionati versanti complementari del diritto processuale penale e del diritto penitenziario dove sono stati creati regimi differenziati e molto più rigorosi per i procedimenti penali e per l’esecuzione delle pene per i ‘mafiosi’, nonché del diritto ‘para-amministrativo’, dove le misure di prevenzione ed altri strumenti altrettanto afflittivi – come ad esempio l’interdittiva antimafia di cui all’art. 84 d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia) – hanno sostituito alla tipica e stringente logica del fatto, quella scivolosa e sfuggente del sospetto, legittimando nei confronti degli ‘indiziati di mafia’ l’irrogazione di autentiche sanzioni

⁴ Sulla lenta e tardiva emersione del problema sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, al nostro G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 1 ss.

*praeter delictum*⁵.

Questo 'eccesso' di controllo penale rispetto ai componenti delle associazioni mafiose ha inevitabilmente influenzato anche il modo di approcciare al fenomeno complementare della contiguità alla mafia.

In tale specifico settore, l'ansia punitiva si è però manifestata con sembianze leggermente differenti: oltre alla estensione di talune restrizioni processuali per i concorrenti esterni, si è concretizzata nella assegnazione di fatto (o usurpazione?) al diritto vivente di matrice giurisprudenziale del compito di risoluzione del problema.

Nella c.d. 'zona grigia' tra criminalità organizzata mafiosa e società civile, a causa dell'inerzia cronica del legislatore, si è registrato un inconsueto protagonismo del potere giudiziario che, facendo leva sulla sua discrezionalità interpretativa, ha fornito risposte al 'se', 'come' e 'quanto' punirla, marginalizzando del tutto il principio riserva di *lex parlamentaria* e le sottese istanze di controllo democratico.

Un simile fenomeno di 'colmatura' giurisprudenziale di lacune di tutela altrimenti irragionevoli ha contribuito ad avviare a cascata nel circoscritto sotto-ambito della contiguità mafiosa di matrice politica, un ulteriore pericolosissimo cortocircuito nei rapporti tra il potere legislativo ed il potere giudiziario, affidando alla magistratura il compito non solo di modellare lo statuto di tipicità dei fatti penalmente rilevanti, ma, addirittura, di formulare *post factum* giudizi di tipo penale su responsabilità, al più, politiche dei vertici della Repubblica.

Ma davvero la soluzione di questioni così delicate e decisive per la tenuta dell'intelaiatura

⁵ Sulla controversa natura punitiva delle misure di prevenzione si rinvia, *ex multis*, ai contributi raccolti negli *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, Milano, 18/19 novembre 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.; ai lavori contenuti nello speciale *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia: aspetti sostanziali e procedurali*, a cura di F. BASILE, in *Giur. it.*, 2015, 1520; V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Torino, 2015, 299 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Padova, 1994, 109 ss.; M. FATTORE, *Così lontani, così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, 83 ss.; nonché, in tempi più risalenti, F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *AA.VV.*, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 434 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 630 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1591 ss. Per un approfondimento dei problemi sollevati, da ultimo, dalla interdittiva antimafia sia consentito rinviare al nostro G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 ottobre 2017, 1 ss.

democratica del nostro Stato di diritto può essere affidata sempre e solo al diritto penale, peraltro, di creazione giurisprudenziale?

La risposta a tale quesito, come si vedrà, muta di contenuto a seconda delle tipologie di forme di prossimità alla mafia che si prendano in considerazione⁶.

Mentre per quella c.d. politico-istituzionale la risposta sembra essere sicuramente negativa, poiché non esisteva al tempo dei fatti, né esiste tutt'ora, alcuna fattispecie incriminatrice specifica in grado di tipizzarla, per quella c.d. politico-elettorale, così come per tutte le altre ipotesi (giudiziaria, medico-sanitaria, imprenditoriale ecc.), le cose stanno diversamente.

L'an del controllo penale non è in discussione; ciò che deve essere chiarito è il *quomodo* ed il *quantum*, vale a dire le modalità e gli strumenti attraverso cui, nel difficile, ma inevitabile bilanciamento tra le contrapposte istanze della difesa sociale e del garantismo individuale, possa essere effettivamente impiegato.

Dietro l'angolo si annida il pericolo quanto mai concreto di cedere alle menzionate sirene del 'moralismo penale' e di assistere allo smantellamento di tessere fondamentali per la tenuta del sistema nel suo complesso a tutto vantaggio di risposte impulsive di marca giustizialista, non mediate dalle aule parlamentari e dalla dialettica democratica tra tutte le forze politiche.

La gravità e l'allarme sociale destato dalle relazioni mafiose non può, però, mai far dimenticare che l'unica alternativa a disposizione per calibrare adeguatamente l'intervento penale nella 'zona grigia' limitrofa alla mafia resta sempre quella di riservare tale compito al legislatore come, lentamente e casualmente, sta accadendo negli ultimi anni, bandendo così qualsiasi tentazione di soluzione 'spontanea' da parte del potere giudiziario.

2. Il fenomeno della contiguità alla mafia come aspetto 'costitutivo' della questione mafiosa e la necessità del controllo penale: le conferme socio-criminologiche.

Prima di entrare *in medias res* è opportuno, però, ricostruire le basi socio-criminologiche che, ragionevolmente, indicano in un diritto penale costituzionalmente orientato e non

⁶ Nell'ambito della categoria della contiguità alla mafia possono operarsi molteplici partizioni in sotto-categorie; sul punto cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 400 ss.; G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 51 ss.

emergenziale o di creazione giurisprudenziale uno degli strumenti ancora indispensabili per fronteggiare la contiguità mafiosa.

Per lungo tempo la dimensione relazionale delle associazioni mafiose è stata considerata aspetto secondario e residuale all'interno della 'questione mafia', tendendosi ad enfatizzare, a seconda dei momenti storici, prima il dato antropologico-culturale con le letture del fenomeno mafioso c.d. culturaliste o riduzioniste, poi quello organizzativo-strutturale ed infine quello economico, rispettivamente, con le teorie c.d. ordinamentali e imprenditoriali⁷.

I recenti studi socio-criminologici e penalistici hanno, invece, restituito a questo profilo un ruolo cruciale nella definizione del concetto 'sovradeterminato' e 'polisemico' di mafia, andando progressivamente a chiarire come questo rappresenti il vero *ubi consistam* del problema mafioso.

Come ha acutamente rilevato Costantino Visconti in una delle principali opere monografiche dedicate a questo tema nella dottrina penalistica "lungi dal rivestire un carattere episodico o contingente, la proiezione verso 'l'esterno' delle associazioni mafiose costituisce piuttosto una pratica iscritta nel loro codice genetico, al pari dell'agire intimidatorio, dell'uso della violenza o della segretezza"⁸. "Le mafie nostrane, ma anche altre organizzazioni di diversa nazionalità che secondo alcuni vanno a queste assimilate, presentano una particolare attitudine ad intrecciare rapporti di cooperazione attiva e passiva con soggetti che non militano tra le loro stesse fila. Attraverso questi legami, le formazioni mafiose arrivano a condizionare a loro favore settori nevralgici della vita associata nell'ambiente dove operano o nel quale mirano ad espandersi: la politica, l'economia, le istituzioni, le professioni". L'elevata pericolosità ed il forte allarme sociale che suscita in generale il crimine organizzato sono dovuti proprio alle "relazioni tra mondo criminale e

⁷ La bibliografia sulla mafia, sulla sua genesi e sulla sua evoluzione è ormai amplissima, si rinvia *ex multis* per interessanti ed approfondite indagini, nonché, per ulteriori indicazioni bibliografiche, a S. LUPO, *Storia della mafia. La criminalità organizzata in Sicilia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 2004; J. DICKIE, *Cosa nostra. Storia della mafia siciliana*, Roma-Bari, 2^a ed., 2008; G. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2^a ed., 2007; R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2^a ed., 2009; F. ARMAO, *Il sistema mafia. Dall'economia-mondo al dominio locale*, Torino, 2000; R. CATANZARO-M. SANTORO, *Pizzo e pizzini. Organizzazione e cultura nell'analisi della mafia*, in R. CATANZARO-M. SANTORO (a cura di), *Rapporto sulla società italiana*, Bologna, 2009, 196 ss.; L. SCIASCIA, *La storia della mafia (1972)*, ora in *Quaderni radicali*, nn. 30-31, 1991; nonché i contributi di A. LA SPINA, A. DINO, M. SANTORO E R. SCIARRONE alla tavola rotonda su *L'analisi sociologica della mafia oggi*, in *Rass. it. soc.*, n. 2, 2009, 301 ss.

⁸ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., XXII.

gruppi di potere esterni (i protettori, gli esperti)” e ai “legami che intrattiene con i poteri legali e dal gioco incrociato di legittimazione che ne deriva”⁹.

Del medesimo ordine di idee è portatore anche Giovanni Fiandaca ad avviso del quale “se c’è una caratteristica fondamentale, che contribuisce a distinguere la criminalità mafiosa da altre forme di delinquenza, questa è proprio costituita dallo stretto legame di essa col potere politico” che si articola secondo “lo schema tipico dei reciproci favori”¹⁰. “I mafiosi, grazie al potere di controllo sul territorio e all’influenza esercitata sulla gente, hanno assunto il ruolo di “grandi elettori” capaci di orientare il voto popolare verso candidati di loro gradimento; i politici eletti hanno ricambiato sia garantendo impunità e favori, sia concedendo un facile accesso alle risorse pubbliche (appalti, finanziamenti, concessioni, ecc.)”¹¹.

Sulla stessa lunghezza d’onda sembra porsi Nicaso, il quale, in un recente lavoro sulla storia della criminalità organizzata, afferma suggestivamente, ma efficacemente, che una mafia senza l’appoggio della politica non può esistere, potendo esistere al più una politica senza mafia, o perfino in lotta contro la mafia¹².

Questo approccio al fenomeno mafioso riecheggia anche nella recentissima *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso* presentata da Roberti nel 2016; in un suo passaggio cruciale si afferma, infatti, che la “finalità caratterizzante delle mafie risiede in qualcosa d’altro, che, più che riguardare il loro rapporto con il denaro o i loro rapporti interni, riguarda la relazione che le mafie hanno con la società circostante”.

In termini sostanzialmente analoghi, nella dottrina di stampo sociologico, si è espresso anche Sciarrone il quale, partendo dalla constatazione dell’importanza dirimente per la sopravvivenza delle mafie dei nodi di relazione con la politica e la società civile, ha affermato che il vero cuore della mafia “è all’esterno della mafia (...) sono le relazioni esterne dei

⁹ Così A. BECCHI, *Criminalità organizzata. Paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose*, Roma, 2000, 61.

¹⁰ G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, V, 127.

¹¹ Così ancora G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, cit., 128.

¹² A. NICASO, *Mafia*, Torino, 2016, 117.

mafiosi che costituiscono in definitiva la loro forza, la loro capacità di adattamento, di radicamento e di diffusione”¹³.

A suo avviso, la risorsa principale di cui dispone la mafia è il capitale sociale “di tipo relazionale”; il suo tratto distintivo rispetto ad altre forme di criminalità organizzata qualificata (si pensi ad esempio alle associazioni con finalità terroristica nazionale o internazionale, oppure a quelle finalizzate al traffico degli stupefacenti o dei rifiuti), la sua forza e la sua capacità di proliferare in determinati contesti, dipendono proprio dalla sua capacità elevatissima di penetrazione nelle istituzioni e nella società civile e di intrattenere rapporti con soggetti esterni¹⁴. È proprio la creazione di una ‘zona grigia’ tra mafia e politica che crea il c.d. ‘capitale sociale’¹⁵ della prima e che, esercitando un fattore propulsivo, le assicura la possibilità di riprodursi continuamente nel tempo e nello spazio e di adattarsi mutevolmente alle diverse società locali, così come di sopravvivere ai loro eventuali cambiamenti economici e politici¹⁶. In quest’ottica il modello della ‘rete’ diviene, quindi, quello più idoneo per fare luce sulle sue dinamiche di funzionamento, considerando le mafie come delle organizzazioni criminali sufficientemente chiuse verso l’interno, ma anche necessariamente aperte verso l’esterno per attuare i rispettivi processi di radicamento, di espansione e di riproduzione in determinate aree geografiche¹⁷.

¹³ Addivene a questa conclusione R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove*, cit., 325, al termine di un’indagine condotta in un’area significativa della Calabria su basi empiriche avvalendosi della metodologia della c.d. intervista in profondità.

¹⁴ R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove*, cit., 325. Condivide di recente questa concezione relazionale della mafia A. NICASO, *Mafia*, cit., 11 ss., il quale osserva che il tratto distintivo della mafia è quello di “stringere rapporti stabili con una parte della classe dirigente, grazie alla capacità di regolamentare relazioni sociali e dirimere conflitti più o meno leciti. Senza queste connessioni, senza questi rapporti, la mafia, di cui si ha notizia già nella fase della formazione dello Stato liberale, non sarebbe sopravvissuta così a lungo”.

¹⁵ Secondo R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove*, cit., 8 ss., nonché 46 ss. “il capitale sociale consiste essenzialmente nel tessuto relazionale che un attore può usare – attraverso processi di adattamento e riadattamento di questo – per raggiungere i propri fini, in un determinato ambiente istituzionale. (...) La persistenza della mafia può essere interpretata con la capacità di selezionare risorse specifiche per adattarsi sia nei contesti originari sia (...) in contesti di nuova espansione. (...) In altri termini, la mafia si riproduce nel tempo e nello spazio grazie alla sua capacità di accumulare e impiegare capitale sociale. I mafiosi sono infatti in grado di costruire e gestire reti di relazioni, che si muovono e articolano in modo informale in ambiti e contesti istituzionali diversi, riuscendo per questa via a mobilitare risorse materiali e finanziarie che utilizzano per il conseguimento dei propri fini”.

¹⁶ R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove*, cit., XXIV e 16, 34.

¹⁷ R. SCIARRONE, *Mafie vecchie mafie nuove*, cit., XX. In senso sostanzialmente analogo cfr. R. CATANZARO-M. SANTORO, *Pizzo e pizzini*, cit., 196, i quali considerano la mafia come “un’organizzazione a rete o un’organizzazione di rete caratterizzata al contempo da vincoli forti fra gli associati ma da legami più laschi con gruppi sociali e politici e con parti della società, oltre che con altre organizzazioni criminali di stampo non mafioso”.

I sodalizi criminali di stampo mafioso, infatti, nascono e trovano terreno fertile per proliferare proprio in quei contesti ambientali in cui la politica e la società civile lasciano colpevolmente spazi vuoti, oppure ricercano o offrono alle cosche mafiose appigli collusivi in cambio di sostegno elettorale, protezione o altre utilità; senza un simile appoggio esterno questi gruppi non potrebbero nascere, né tanto meno radicarsi ed attecchire in determinate aree geografiche fino a condizionare irreversibilmente la vita dei consociati che vi risiedono. Come ha evidenziato Santino, è il paradigma della complessità che lega l'associazionismo criminale mafioso ad un sistema articolato e ramificato di relazioni che ne costituisce il vero punto di forza, garantendo insieme continuità e adattamento della mafia al mutare del contesto¹⁸.

A tale riguardo Isaia Sales ha sottolineato come “negli Stati moderni nessuna forma di potere, soprattutto se violento, può affermarsi, consolidarsi, durare tanto a lungo se non è in relazione permanente con il potere ufficiale, costituito, istituzionale. Se le mafie, quindi, durano da due secoli, ciò vuol dire che esse non hanno rappresentato un potere alternativo e contrapposto a quello ufficiale, ma un potere relazionato con esso. (...) Insomma, la storia delle mafie meridionali non è storia di semplici organizzazioni criminali, bensì storia dei rapporti che l'insieme della società (locale e nazionale) ha stabilito, nel tempo, con questi fenomeni criminali e viceversa, è storia di rapporti con il mondo esterno alla stessa criminalità. Senza queste relazioni, senza questi rapporti le mafie non sarebbero tali, non sarebbero durate tanto a lungo, non peserebbero come un macigno sul passato, sul presente e sul futuro dell'intera nazione. Senza queste interrelazioni con la storia nazionale, le mafie sarebbero semplice delinquenza e come tale già da tempo sconfitta come è avvenuto per tutte le altre forme delinquenziali organizzate che hanno caratterizzato l'evolversi della

¹⁸ U. SANTINO, *Don Vito a Gomorra. Mafia e antimafia, tra papelli, pizzini e bestseller*, Roma, 2011. Sul punto, sebbene per un punto di vista leggermente diverso, si veda anche N. TRANFAGLIA, *La mafia come metodo*, Roma, 2012, *passim*, che sottolinea il ruolo nevralgico che assume per il sostentamento della mafia il profilo dei rapporti con la politica e le istituzioni. Nonché, in maniera meno esplicita, cfr. F. ARMAO, *Il sistema mafia. Dall'economia-mondo al dominio locale*, cit., 18 che considera le mafie “organizzazioni più o meno strutturate a seconda dei tempi e delle esigenze, che si propongono di perseguire l'utile economico di un'élite oltre che tramite “la gestione diretta e massiccia dei mercati illegali nonché l'uso strumentale di sezioni crescenti di mercati illegali, l'annullamento dei rapporti di solidarietà civile, utilizzando come mezzo non esclusivo, ma specifico, la violenza”, attraverso “il controllo e/o la conquista di posizioni di potere politico”. Lo stesso Autore osserva poi che la modalità principale attraverso cui le mafie perseguono l'obiettivo del profitto a vantaggio dei propri vertici è costituita dalla comunicazione con l'ambiente circostanze ed, in primo luogo, con il sistema politico (19).

società italiana”¹⁹. Le mafie, quindi, non possono essere osservate e analizzate come un fenomeno peculiare di alcune zone del Mezzogiorno, bensì come un fattore interno alla storia culturale, economica, politica e criminale dell’intero Paese.

Secondo l’accurata indagine storica di Salvatore Lupo, peraltro, questo tipo di rapporti tra società civile e gruppi mafiosi ha origini risalenti nel tempo essendo i mafiosi [da sempre] “inseriti in relazioni d’affari che li collegano a soggetti che alla mafia non appartengono né possono appartenere: intermediari, criminali di ogni genere e nazionalità, narcotrafficienti. Nella loro (...) funzione di protezione incrociano proprietari fondiari, imprenditori e bottegai. Nel loro necessario interrelarsi con la politica e le istituzioni si accordano con notabili, politici professionali, poliziotti e giudici”²⁰.

2.1. (Segue...): le conferme empiriche: la migrazione delle mafie al nord.

Un’ulteriore conferma della centralità dell’aspetto relazionale nell’inquadramento del multiforme fenomeno mafioso può essere ricavato da un’attenta lettura delle dinamiche espansive seguite dalle cosche delle diverse aree regionali italiane negli ultimi decenni del Novecento e, soprattutto, nei primi anni del Duemila, secondo una parabola evolutiva che rappresenta una chiara concretizzazione della c.d. *teoria della palma* elaborata dal grande Leonardo Sciascia negli anni Settanta²¹. Attenendosi ai menzionati modelli culturalista, ordinamentale e imprenditoriale, il fenomeno mafioso sarebbe dovuto restare geograficamente circoscritto e confinato nel determinato contesto territoriale d’origine – quello della Sicilia per la mafia tradizionale e delle altre regioni del Mezzogiorno per le altre mafie (camorra, ‘ndrangheta, sacra corona unita ecc.) –, rappresentando uno dei tanti problemi che alimentano da circa due secoli la questione meridionale, senza possibilità di espansione.

Anzi, secondo il modello della c.d. mafia-comunità, esso avrebbe dovuto costituire un indice sintomatico di una ‘sottocultura meridionale’ eccentrica rispetto a quella condivisa

¹⁹ Così I. SALES, *Storia dell’Italia mafiosa. Perché le mafie hanno avuto successo*, Soveria Mannelli, 2015, 14 s.

²⁰ S. LUPO, *Storia della mafia*, cit., 40 e 121 ss.

²¹ Sul punto si veda G. PANSA, *I casalesi a Cuneo*, in *L’Espresso*, 25 settembre 2008, il quale riporta la ‘teoria della palma’ secondo così come per il riscaldamento del pianeta la linea di crescita delle palme sale verso il nord di un centinaio di metri all’anno, anche la linea della mafia sale ogni anno. E si dirige verso l’Italia del nord.

dal resto del territorio nazionale, radicata in un ben circoscritto *humus* ambientale e sociale²² e destinata, in quanto fenomeno “straordinariamente primitivo, (...) a scomparire non appena si sviluppano movimenti più progrediti” e, comunque, “scarsamente suscettibile di adattamento” altrove in zone con un alto tasso di ‘civismo’²³. Com’è stato notato “se la mafia fosse stata semplicemente la metafora per eccellenza del Mezzogiorno tradizionale, essa si sarebbe dovuta estinguere con l’avviarsi dei processi di modernizzazione, i quali invece hanno portato al suo allargamento geografico verso zone tradizionalmente ritenute immuni dall’infezione”²⁴.

La mafia, però, oggi appare tutt’altro che un fenomeno non ‘esportabile’, legato esclusivamente ad un territorio ed a una mentalità, avendo assunto le sembianze di un modello facilmente traslabile ovunque, anche in aree geografiche e contesti socio-culturali distantissimi da quelli del Sud della penisola²⁵.

Questa migrazione delle mafie non si può spiegare riduttivamente tramite la ‘*metafora del contagio*’ proposta da una parte della dottrina sociologica, non essendo possibile dimostrare scientificamente che essa sia dipesa solo da un fattore demografico come l’immigrazione, per diverse ragioni, di meridionali verso il Nord Italia: le grandi ondate migratorie degli anni Cinquanta e Sessanta, così come la misura preventiva del soggiorno obbligatorio di mafiosi in luoghi lontani da quello di origine, non hanno, infatti, innescato da sole un ‘contagio’ delle zone di insediamento altrimenti immuni.

L’espansione territoriale, invero, è iniziata negli anni Settanta non in tutte le regioni interessate da questi cambiamenti demografici, bensì solo in quelle in cui sono giunte a maturazione, contemporaneamente, condizioni interne alla società settentrionale in grado di favorirla, vale a dire quando in talune zone si è sviluppato, per un verso, il mercato illecito degli stupefacenti tradizionalmente monopolizzato da gruppi criminali di tipo mafioso e,

²² Sostiene la difficile esportabilità del ‘marchio’ Cosa nostra D. GAMBETTA, *La mafia siciliana. Un’industria della protezione privata*, Torino, 1992, 355, il quale però non esclude categoricamente che esso possa affermarsi ugualmente, date certe peculiari condizioni, anche in contesti diversi da quelli tradizionali. A suo avviso, infatti, esistono tre fattori che ostacolano il trapianto: la difficoltà di controllare gli affiliati quando operano in aree geografiche lontane da quelle di residenza dei vertici; la difficoltà di assumere informazioni dettagliate su un territorio non perfettamente conosciuto; la difficoltà di ricreare in nuovi contesti la reputazione criminale di cui il sodalizio è dotato in quello originario di appartenenza. Sul punto, in termini critici, cfr. F. VARESE, *Mafie in movimento*, Torino, 2011, 22 ss.; I. SALES, *Storia dell’Italia mafiosa*, cit., 41.

²³ Così E.J. HOBBSBAWN, *I ribelli. Forme primitive di rivolta sociale*, Torino, 1980, 41.

²⁴ A. BALSAMO-A. LO PIPARO, *La contiguità all’associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. ROMANO, Torino, 2015, 93 ss.

²⁵ A. NICASO, *Mafia*, cit., 80.

per altro verso, un capitalismo d'avventura alla ricerca di liquidità facilmente reperibili per sostenere i propri investimenti che ha offerto alle stesse associazioni la possibilità di inserirsi nell'economia lecita, ripulendo e riciclando il denaro sporco²⁶. Ma soprattutto, ha avuto la possibilità di realizzarsi laddove le assemblee politiche locali e gli apparati burocratici statali e decentrati hanno rivelato la loro permeabilità alle infiltrazioni esterne di gruppi criminali, consentendo l'instaurazione di relazioni con le cosche mafiose capaci di rappresentare il presupposto per il perseguimento degli altri prioritari obiettivi.

Già nella relazione della Commissione parlamentare antimafia presieduta da Violante nel 1992 si denunciava il processo di diffusione (o meglio, di 'ibridazione'²⁷) delle mafie in aree non tradizionali, vale a dire in contesti differenti da quelli originari in cui storicamente si sono formate, individuando le ragioni di tale espansione non esclusivamente nei menzionati problemi di contagio demografico, bensì, in maniera più articolata, in una pluralità di fattori concomitanti²⁸, e cioè: a) nell'impiego "improvvido e incauto" della misura di prevenzione del soggiorno obbligato in luoghi lontani dal paese di origine; b) nella fuga di affiliati a cosche mafiose in aree geografiche sicure e distanti da quelle in cui operava il proprio clan allo scopo di sottrarsi a vendette di gruppi rivali o a controlli eccessivamente rigorosi e penetranti da parte delle forze dell'ordine; c) nei flussi migratori costanti dal Mezzogiorno verso il nord della penisola; d) nell'appetibilità delle zone di approdo in cui erano presenti

²⁶ La c.d. metafora del contagio è stata riproposta di recente da A. BECCHI, *Criminalità organizzata*, cit., 106, sebbene sia stata confutata con incisive argomentazioni da P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, 194 ss.; R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 136 ss.; F. VARESE, *Mafie in movimento*, cit., XIII; I. SALES, *Storia dell'Italia mafiosa*, cit., 36 ss. In particolare, sul ruolo della misura di prevenzione del soggiorno obbligato è stato rilevato da S. LUPO, *Storia della mafia*, cit., 221, che "le reti mafiose si espandono all'Italia settentrionale, anche per un effetto perverso delle misure di soggiorno obbligato basate sul solito pregiudizio che vuole la mafia un semplice sottoprodotto di ambiente 'primitivo', non acclimatabile dunque nel mondo dello 'sviluppo'. Questo invece si rivela campo di affari forse più fruttuosi di quelli che si possono fare in Sicilia: tra essi ancora il commercio della droga e i sequestri di persona".

²⁷ Ritiene più appropriato parlare di ibridazione, piuttosto che di trapianto delle mafie in territori lontani dai loro insediamenti tradizionali, I. SALES, *Storia dell'Italia mafiosa*, cit., 41.

²⁸ L'interpretazione dell'espansione delle mafie al nord in una prospettiva multifattoriale è prospettata nella dottrina sociologica da R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 170 ss., il quale sottolinea come i "processi di diffusione siano caratterizzati dalla reciproca interazione di più fattori di natura diversa e, quindi, anche tra loro relativamente indipendenti". Lo stesso Autore propone poi una sottoclassificazione del fenomeno distinguendo la diffusione delle mafie "per contiguità territoriale", il cui caso paradigmatico è la Puglia, da quella "in aree non contigue", dove invece il campo osservato è quello del Piemonte (175 ss. e 237 ss.). A conclusioni sostanzialmente analoghe perviene anche F. VARESE, *Mafie in movimento*, cit., 25 ss. e 41 ss. il quale distingue i fattori che possono spiegare il trapianto dei gruppi mafiosi in aree non tradizionali (migrazione volontaria ed involontaria, richiesta sul mercato di servizi offerti dai mafiosi, trasformazione repentina dell'economia locale) in due categorie: "le ragioni che fanno affluire gli uomini d'onore nel nuovo territorio ('offerta') e le condizioni locali in cui essi si trovano a operare e che possono contribuire alla nascita di una 'domanda' di mafia".

economie legali dinamiche e ricche e spazi ancora ampi e vuoti nei mercati illeciti; d) nella possibilità di immettere in queste aree, riciclandolo, ingenti quantitativi di denaro liquido²⁹.

Alcune recentissime vicende della storia contemporanea, come quella per verità molto diversa, ma confusamente equiparata, di *'Mafia capitale'* esplosa a Roma nel 2015 ed altre meno note, ma ancor più rilevanti ai fini del presente discorso³⁰, verificatesi a Milano, Torino ed in altri luoghi dell'Italia settentrionale negli ultimi anni³¹, hanno dimostrato in maniera ancor più inequivocabile ed attuale la fallacia delle letture della questione mafia come una questione localmente delimitata e non relazionale, rivelando mafie vecchie espanse e sempre più diffuse anche al centro ed al nord della penisola³². Anzi, in questi nuovi territori, esse stanno riuscendo a trovare nuove e ancor maggiori fonti di arricchimento oltre che nei tradizionali campi di elezione degli stupefacenti, delle

²⁹ In tal senso la *Relazione sulle risultanze dell'attività del gruppo di lavoro incaricato di svolgere accertamenti su insediamenti e infiltrazioni di soggetti e organizzazioni di tipo mafioso in aree non tradizionali*, XI Legislatura, Pres. Violante, Roma, 1994, 18 ss.

³⁰ Solo apparentemente la vicenda di *'mafia capitale'* può essere ricondotta al fenomeno delle mafie in movimento al di fuori delle tradizionali aree geografiche di provenienza. A differenza degli altri casi menzionati, in questo non si è assistito all'esportazione di una cosca o di una sua diramazione al nord, tramite la tessitura di rapporti analoghi, seppur differenti, a quelli esistenti nel paese di origine, bensì alla – peraltro discutibile – contestazione del reato di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis c.p. ad un gruppo criminale romano, privo di qualsiasi legame con 'ndrine o altri gruppi di riferimento, che però – secondo l'ipotesi accusatoria della procura – agiva avvalendosi del c.d. metodo mafioso.

³¹ Per una ricostruzione di altre due note vicende giudiziarie che hanno riguardato associazioni di tipo mafioso di matrice 'ndranghetista insediate al nord e per una disamina critica delle relative decisioni della Suprema Corte che le hanno concluse si rinvia a C. VISCONTI, *I giudici di legittimità alle prese con la "mafia silente" al nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss. Le due sentenze della Cassazione che hanno chiuso, rispettivamente, il processo "Alba Chiara" di Torino e "Infinito" di Milano (Cass., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera e Cass., Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, Agostino) hanno, infatti, rivelato non solo la sempre più diffusa migrazione al nord del fenomeno mafioso, ma anche i nuovi problemi giuridici che questa pone sul tappeto. A tal proposito si confrontano, infatti, due orientamenti opposti. Secondo una parte della giurisprudenza, è sufficiente in questi casi per integrare il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. (in luogo di quello meno grave e processualmente meno 'utile' di cui all'art. 416 c.p.) che il sodalizio che opera in aree di non tradizionale radicamento mafioso presenti evidenti connotati di "mafiosità" sul piano organizzativo 'interno'; secondo altra parte della giurisprudenza, invece, è a tal fine sempre necessaria la prova dell'esteriorizzazione del 'metodo mafioso', quale riflesso dell'avvalersi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e dell'assoggettamento e omertà che ne deriva" postulato dal terzo comma del medesimo articolo. Da ultimo, il tema è stato trattato da F. SERRAINO, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento e problemi applicativi dell'art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 264 ss.

³² Al momento la vicenda è ferma alla fase cautelare e si attende l'ulteriore sviluppo del processo per vedere se la qualificazione giuridica dell'intreccio *'mafia capitale'* come art. 416 bis c.p. sia o meno ragionevole. Nella decisione della Suprema Corte Cass., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, che ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare emessa nei confronti di alcuni protagonisti ribadendo la correttezza di tale contestazione, è stato espressamente affermato come "il reato previsto dall'art. 416 bis, c.p., possa essere commesso anche da associazioni criminali diverse da quelle sviluppatesi storicamente in altre regioni d'Italia (Sicilia, Calabria, Campania ecc.); sarebbe errato ritenere che la fattispecie in esame possa applicarsi solo a quelle associazioni mafiose conosciute in un determinato ambito storico e geografico".

contraffazioni e dell'edilizia³³, occupando settori finora del tutto estranei al loro raggio di azione come, ad esempio, quello della gestione dei rifiuti ordinari e speciali e monopolizzandone altri ugualmente fruttiferi come le gare d'appalto³⁴.

Ma per attecchire in un contesto molto diverso, culturalmente, economicamente, politicamente e socialmente rispetto a quello d'origine, nonché tradizionalmente estraneo e tetragono rispetto alle logiche tipiche della criminalità organizzata di tipo mafioso, la mafia ha avuto bisogno prima di ogni cosa di appoggi esterni che, in qualche modo, le consentissero di penetrare nelle relazioni economiche, sociali e politiche di quel territorio e di assumere progressivamente il controllo delle attività repute più redditizie.

Come si è provato sinora a dimostrare, le interrelazioni mafia-società civile non possono essere repute un mero aspetto eventuale, esterno e secondario rispetto agli altri profili che aiutano a definire il concetto polisemico e sovradeterminato di mafia, bensì, all'opposto, devono essere considerate il suo autentico nucleo centrale, l'elemento cioè che ne permette la stessa esistenza ed, anzi, ne agevola la espansione anche ad di fuori dei contesti socio-culturali e geografici di origine.

Seguendo le indicazioni tracciate da Alessandro Baratta, si può allora convenire sul fatto che: “una corretta impostazione della lotta contro la mafia, piuttosto e prima che basarsi sulla lotta dello Stato-apparato e dello Stato-società contro la mafia, consisterà innanzitutto nella lotta per *liberare* lo Stato-apparato dalla sua relazione funzionale con la mafia; e nella lotta, da parte dello Stato-società, per *liberarsi* dalla sua relazione funzionale con la mafia. Solo quando, come risultato di questa lotta preliminare, la mafia sarà veramente ridotta alle

³³ Le capacità di adattamento delle mafie ai diversi contesti spazio-temporali in cui si trovano ad operare sono descritte da F. VARESE, *Mafie in movimento*, cit., XIII; R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 155 ss.

³⁴ Sulle dinamiche di spostamento ed insediamento delle mafie nel nord della penisola si veda, per un'analisi prevalentemente di tipo storico e socio-criminologico, F. VARESE, *Mafie in movimento*, cit., IX-X; R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 132 ss.; S. LUPO, *Mafia*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1996; nonché il *Terzo Rapporto trimestrale sulle aree settentrionali*, a cura dell'Osservatorio sulla criminalità organizzata dell'Università degli Studi di Milano, 30 ottobre 2015, in www.cross.unimi.it. I profili più strettamente giuridico-penali sono stati, invece, da ultimo approfonditi e sviluppati da C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis c.p.?*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, 317 ss.; A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 ottobre 2013, 1 ss.; A. ALESSANDRI, *L'espansione della criminalità organizzata nell'attività di impresa al Nord*, ivi, 26 settembre 2017, 1 ss.; F. SERRAINO, *Associazioni 'ndranghetiste di nuovo insediamento*, cit., 265 ss.

dimensioni di uno Stato contro lo Stato, sarà possibile, se sarà ancora necessaria, impostare la lotta come antitesi tra Stato e mafia”³⁵.

Questo ribaltamento dei piani di analisi e di studio della criminalità mafiosa, che antepone – senza cancellarle – alle altre sue tante dimensioni quella relazionale, richiede, coerentemente, un’inversione logica e cronologica delle modalità e delle cadenze secondo le quali provare a fronteggiarla.

Significa, quindi, che per perseguire questo obiettivo prima di ogni cosa si devono rescindere irrimediabilmente i legami intessuti dalla mafia con la società civile, il mondo delle professioni e, innanzi tutto, con la politica intesa in senso lato, in modo da circoscriverla effettivamente al rango di un ordinamento giuridico illecito che segue logiche imprenditoriali e da ridurla al livello inferiore e più decifrabile delle figure bidimensionali della geometria piana, prive, a differenza di quelle tridimensionali della geometria solida, di angoli oscuri, profondi e nascosti.

Solo dopo si può auspicare realmente di sconfiggerla attraverso una riappropriazione da parte dello Stato (finalmente ritornato a svolgere il ruolo di antagonista) del controllo del territorio, dell’assegnazione degli appalti pubblici e della gestione della sicurezza collettiva, nonché tramite la definizione di una innovativa e moderna politica sociale e culturale che abbia come perno centrale la valorizzazione della scuola dell’obbligo, l’istruzione di massa e la formazione delle coscienze critiche e consapevoli delle generazioni future.

A ben vedere, però, un simile obiettivo può essere raggiunto solo attraverso una strategia di intervento multilivello che riesca a coniugare politiche preventive di rifondazione della classe dirigente del Paese, di formazione di una coscienza civile della legalità e di innalzamento del livello di istruzione dei cittadini, con politiche repressive incentrate sul ricorso al controllo penale. Quest’ultimo, infatti, continua e deve continuare, a costituire un imprescindibile strumento per il contrasto a tali fenomeni, purchè non travalichi mai i principi generali di rango costituzionale.

3. La stagione della supplenza giudiziaria: a) la trattativa Stato-mafia.

³⁵ Così A. BARATTA, *Mafia e Stato. Alcune riflessioni metodologiche sulla costruzione del problema e la progettazione politica*, in *La mafia, le mafie. Tra vecchi e nuovi paradigmi*, a cura di G. FIANDACA-S. COSTANTINO, Roma, 1994, 96 ss.

Questa presa di coscienza della crucialità della questione della repressione della contiguità mafiosa ha, però, generato un cortocircuito nel sistema penale, dal momento che il legislatore, come si accennava in apertura, non ne ha praticamente tenuto conto, rinunciando a disciplinare tali fenomeni espressamente, salvo l'isolata e inefficace previsione dell'art. 416 *ter* c.p. di cui si dirà *infra*, e ingenerando una pericolosa e problematica apertura al diritto giurisprudenziale.

Tanto la notissima questione della trattativa Stato-mafia³⁶, quanto quella del concorso esterno hanno, inizialmente, trovato la loro risposta piuttosto che nel diritto positivo in quello giurisprudenziale che 'impulsivamente' ha forgiato da solo delle fattispecie adatte alla bisogna.

Nella prima ipotesi, infatti, la constatata assenza di una figura delittuosa *ad hoc* che consentisse di punire fatti di così alto disvalore sociale, ha indotto la Procura di Palermo prima e il GIP successivamente a sussumere le condotte degli esponenti governativi che avevano trattato con i vertici di Cosa nostra per porre fine alla stagione stragista del 1992-1993 nel delitto derivante dal combinato disposto degli artt. 110 e 338 c.p.

Si è ritenuto che le rassicurazioni fornite da parte delle istituzioni tramite agenti dei ROS ed esponenti del Governo circa la possibilità di accogliere talune delle richieste dei *clan* esplicitate nel c.d. '*papello*' redatto dai vertici di Cosa nostra e veicolato da Mannino in qualità di 'mediatore' assumevano rilevanza penale, in quanto gravissimo atto di riconoscimento del potere mafioso. La 'scellerata scelta'³⁷ del baratto tra la cessazione della stagione stragista ed alcune future scelte politiche e legislative in materia di antimafia determinava, difatti, l'innalzamento delle associazioni mafiose al rango di interlocutore

³⁶ Con tale locuzione si suole riferirsi alla trattativa svoltasi nel periodo a cavaliere tra il 1992 ed il 1993, in cui lo Stato si trovò costretto a mercanteggiare con talune cosche mafiose allo scopo di restaurare l'ordine pubblico sconvolto dalla scia di sangue lasciata dai reiterati attentati nei confronti degli uomini simbolo della lotta antimafia e della politica collusa considerata 'traditrice'. In particolare, ci si riferisce agli incontri avvenuti tra alti vertici delle istituzioni pubbliche (il colonnello Mori e l'ex Ministro Mannino *in primis*) ed esponenti di spicco di Cosa nostra nel tentativo di porre fine alla stagione stragista inaugurata da quest'ultima all'indomani della inattesa conferma definitiva da parte della Corte di Cassazione delle numerose sentenze di condanna emesse nel maxi-processo del 1986 che aveva incrinato la diffusa ed intoccabile credenza della loro impunità, e culminata con i tragici agguati esplosivi di Capaci e via D'Amelio.

³⁷ Così viene definita espressamente nella *Memoria a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio* presentata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo al GIP il 5 novembre 2012, 2 e consultabile in http://www.archivioantimafia.org/sentenze2/trattativa/trattativa_memoria_pm_berlusconi.pdf

dello Stato piuttosto che di antagonista contrapposto e, quindi, la loro corroborazione piuttosto che la loro contrazione³⁸.

Secondo l'ipotesi ricostruttiva della Procura del capoluogo siciliano formulata in una memoria scritta di richiesta di rinvio a giudizio di una genericità sconcertante, solo parzialmente precisata dal GIP che con il decreto di rinvio a giudizio del 2013 ha provato a far coincidere ad ogni capo di imputazione specifiche condotte in luogo di macro-fenomeni socio-politici quali la globalizzazione, la caduta di Berlino e l'ascesa politica di Berlusconi, i boss mafiosi Riina, Provenzano, Bagarella, Brusca e Cinà sarebbero stati gli autori immediati del delitto in questione, poiché con più azioni esecutive del medesimo di segno criminoso avrebbero, in tempi diversi, realizzato la condotta tipica prevista dalla fattispecie di minaccia a un Corpo politico dello Stato, esercitando pressione sulle decisioni del Governo in materia di legislazione antimafia. Segnatamente, la violenza o minaccia idonea a integrare il delitto di cui all'art. 338 c.p. sarebbe consistita "nell'aver prospettato agli 'uomini cerniera', perché ne dessero comunicazione a rappresentanti del Governo, l'organizzazione e l'esecuzione di omicidi e stragi ed altri gravi delitti ai danni di esponenti politici e delle Istituzioni se lo Stato non avesse accolto la richiesta di benefici di varia natura che veniva formulata dai capi di Cosa Nostra".

In particolare, l'omicidio di Salvo Lima (referente regionale della Democrazia cristiana legato ai vertici nazionali del partito e cinghia di trasmissione con le cosche mafiose) avvenuto il 12 marzo del 1992 costituirebbe il primo momento esecutivo della condotta incriminata, sostanziandosi in una minaccia rivolta nei confronti di due esponenti del governo allora in carica: il premier Giulio Andreotti e il ministro Calogero Mannino. Il primo sarebbe stato "il destinatario più immediato della minaccia", in quanto Presidente del Consiglio dei ministri in carica ed esponente politico che Cosa nostra riteneva, più di altri, responsabile del mancato annullamento delle sentenze del maxiprocesso. Il secondo, invece, sarebbe stato il destinatario indiretto essendo "l'intermediario per conto dell'organizzazione mafiosa nella ricerca di nuovi equilibri nei rapporti con la politica"; peraltro, essendo il Ministro per gli Interventi straordinari nel Mezzogiorno in carica in quel momento, avrebbe assunto il paradossale doppio ruolo contestuale, da un lato, di vittima delle minacce (e

³⁸ Sia consentito rinviare al nostro *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 82 ss.

dunque soggetto passivo del delitto di cui all'art. 338 c.p.) e, dall'altro, di concorrente nel medesimo reato³⁹.

Un ulteriore momento esecutivo della condotta incriminata sarebbe poi stato costituito dalla presentazione del *papello* alle istituzioni pubbliche e dalle gravissime minacce di vario contenuto ad esse rivolte nell'arco temporale compreso tra il 1993 e il 1994.

Muovendo dalla convinzione della riconducibilità delle condotte ascrivibili alle cosche mafiose siciliane nel novero del concetto esteso di minaccia su cui si incentra la tipicità del reato di cui all'art. 338 c.p., la procura approda alla conclusione di ritenere che gli uomini dello Stato (Mori, De Donno, Subranni, Mannino, Dell'Utri e gli altri) che avevano recepito o veicolato le richieste 'estorsive' di Cosa nostra in quel frangente storico dovessero rispondere del medesimo titolo di reato ai sensi dell'art. 110 c.p., avendo "fornito un contributo consapevole alla realizzazione della minaccia, con condotte atipiche di sostegno alle condotte tipiche".

Per la precisione, secondo le testuali parole contenute nella richiesta di rinvio a giudizio, essi nella fascia di tempo compresa tra il 1992 e il 1994 sarebbero stati "colpevoli mediatori tra la mafia e lo Stato, quasi fossero gli intermediari di un'estorsione"; in particolare, Mori e Mannino, essendo gli 'uomini cerniera' principali di questa oscura trama, esercitando il ruolo di efficaci strumenti di trasmissione della minaccia proveniente dai clan siciliani, sarebbero divenuti i veri "artefici della trattativa". Proprio il generale e l'ex Ministro, dopo la caduta del Governo Amato e d'intesa col capo della Polizia Parisi e col Capo dello Stato Scalfaro, si sarebbero fatti garanti con Cosa nostra dell'adempimento degli accordi presi, attivandosi con particolare intensità per ottenere l'ammorbidente del regime carcerario duro ex articolo 41 bis ord. pen. riservato a molti affiliati di mafia.

A suffragare la convinzione della sussistenza del reato di cui all'art. 338 c.p. in tali comportamenti aveva contribuito anche la sua natura di reato di mero pericolo, che rendeva irrilevante ai fini dell'accertamento della sua consumazione "che i benefici richiesti siano stati effettivamente ottenuti, essendo del tutto indifferente (...) che la vittima sia stata

³⁹ Sulla trattativa cfr. G. FIANDACA-S. LUPO, *La mafia non ha vinto, Il labirinto della trattativa*, Roma, 2014, *passim*.

concretamente intimidita e quindi costretta a compiere gli atti richiesti, con conseguente turbamento dell'attività di Governo"⁴⁰.

Ebbene su tali ricostruzioni operate dalla giurisprudenza gravava, però, un'onerosa ipotesi: la rilevanza penale dei fatti di trattativa era scaturita da una deformazione ermeneutica di una fattispecie astrattamente non in grado di sussumerli. Costituiva, invero, il frutto di una irragionevole pretesa del giudice penale di sostituirsi, nei suoi compiti, allo storico ed al sociologo e di voler ricostruire la verità dei fatti all'interno di un processo penale, trascurando che questo conosce dei filtri selettivi in ordine al materiale probatorio utilizzabile e la regola decisoria dell'oltre ogni ragionevole dubbio per pervenire ad una sentenza di condanna che le indagini storico-sociologiche-giornalistiche non incontrano⁴¹. Ciò fa sì che, a differenza dei cultori di altre discipline, nessun giudice può mai formulare un giudizio di responsabilità penale per taluni fatti sulla base di illazioni o congetture per quanto verosimili, ma solo sulla scorta di un convincimento certo, maturato sulla base di prove solide formatesi in giudizio nel contraddittorio tra le parti.

Resta allora da porsi una domanda a cui si proverà a dare una risposta solo nei paragrafi conclusivi: può tollerarsi in un sistema a legalità formale una simile vicenda? Può davvero la soluzione di una delle pagine più tragiche della storia repubblicana essere rimessa nelle mani del potere giudiziario anche in assenza di una fattispecie incriminatrice preesistente vigente al tempo dei fatti, nonché di tutti gli altri elementi costitutivi del reato che devono fondare un giudizio di responsabilità penale, quali la antiggiuridicità e la colpevolezza?

3.1. (Segue...) b) la fucinatura 'giurisprudenziale' del concorso esterno.

L'altro fronte della contiguità mafiosa in cui si è registrato per lungo tempo un incontenibile protagonismo giurisprudenziale è, come si è anticipato in apertura, quello del concorso esterno⁴².

⁴⁰ Così Memoria a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio, cit., 16.

⁴¹ Sottolinea tali aspetti G. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, in *La mafia non ha vinto*, cit., 75; ID., *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, 69.

⁴² Anche in tal caso la bibliografia è amplissima, si rinvia per tutti a V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit.

La prolungata accidia del legislatore al cospetto di un fenomeno che, seguendo i classici canoni euristici di politica criminale del bisogno e meritevolezza di pena, segnalava la indubbia necessità di un intervento penale ha determinato una non poco problematica stagione della supplenza giudiziaria in cui la definizione dei contenuti minimi del concorso esterno è stata integralmente demandata alla giurisprudenza con le inevitabili incertezze ed oscillazioni che ne sono scaturite. L'unico intervento esplicito sul piano legislativo, infatti, sino a poco tempo fa, restava l'introduzione, concepita in piena emergenza 'stragista', di una specifica ipotesi delittuosa diretta a colpire la sottocategoria della contiguità politico-mafiosa di tipo elettorale; vale a dire il reato di *Scambio elettorale politico-mafioso* introdotto nel 1992 nell'art. 416 *ter* c.p. e rivelatosi, immediatamente, in ragione di una formulazione letterale a dir poco imprecisa, del tutto ineffettivo, potendo trovare applicazione nei soli remotissimi in cui oggetto dell'accordo elettorale fosse la promessa di voti 'di mafia' in cambio di erogazione di denaro da parte del candidato o di un suo intermediario. Era già noto all'epoca, invero, che la fenomenologia tipica di questo genere di relazioni si sostanziava (e continua ancora a sostanziarsi) in accordi sinallagmatici in cui la prestazione corrispettiva del politico promissario consisteva nella promessa o nell'erogazione di altre utilità, ma non certamente nella dazione immediata di denaro.

Secondo la *vulgata* penalistica la questione relativa alla configurabilità del reato di concorso esterno era stata risolta solo con la prima storica sentenza delle Sezioni unite del 1994 Demitry in cui era stata ribadita, correttamente, l'assenza di ostacoli normativi insormontabili ostativi a tale soluzione ermeneutica, mettendo così a sopire un dibattito teorico che si era sviluppato a cavaliere tra gli anni Ottanta e Novanta circa la astratta configurabilità di un concorso eventuale di persone in un reato come quello di cui all'art. 416 *bis* c.p. a concorso necessario⁴³.

In realtà, le cose stanno in maniera leggermente diversa, poiché la creazione giurisprudenziale in questo campo c'è effettivamente stata, ma non è consistita nella affermazione della configurabilità del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., bensì

⁴³ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, *Foro it.*, 1995, II, 422, con nota di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*; F. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 85.

nella descrizione *contra legem* dei contenuti della fattispecie plurisoggettiva eventuale così ricavata⁴⁴.

La base legale fornita dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p., infatti, non solo non consentiva di escludere la rilevanza penale di un contributo fornito da un non intraneo all'associazione mafiosa, ma finiva per allargare indiscriminatamente la gamma dei comportamenti a tale titolo punibili. In forza del suo tenore letterale, ai fini della sua configurabilità sarebbe stato sufficiente provare che la condotta dell'*extraneus* avesse fornito un contributo agevolativo ad una delle due condotte tipiche tassativamente indicate nei due commi dell'art. 416 *bis* c.p., vale a dire la semplice partecipazione o la più grave attività di promozione, direzione o organizzazione del sodalizio, generando anche un'irragionevole equiparazione sul versante sanzionatorio con condotte il cui disvalore è connotato oltre che dalla dimensione causale da quella organizzativa della c.d. *affectio societatis*⁴⁵.

Il vero contributo innovativo fornito in questa occasione dalla giurisprudenza, e cristallizzato definitivamente (?) dalla sentenza delle Sezioni unite Mannino 2005, è consistito allora nella definizione, insolitamente in *bonam partem* e più selettiva, di uno statuto di tipicità del concorso esterno del tutto indipendente dalle summenzionate basi legali di riferimento.

La decisione del massimo organo nomofilattico, rileggendo il concorso esterno in chiave di conformità ai principî di offensività e di *extrema ratio*, si è difatti sganciata dal legame di accessorietà e dal criterio legale di ascrizione tipico delle condotte di compartecipazione criminosa costituito dalla 'sfumata' categoria della causalità agevolatrice ed ha modellato il concorso esterno come un autonomo reato causale di evento in cui è incriminata, con le medesime e severe pene comminate per la partecipazione dall'art. 416 *bis* c.p., la condotta del soggetto estraneo che fornisca un contributo causale alla conservazione o al consolidamento dell'intera consorteria e delle sue attività. Esso è quindi divenuto un reato monosoggettivo con un macro-evento di danno in relazione al quale si deve procedere al rigoroso accertamento tanto del nesso eziologico sul piano oggettivo, quanto del legame

⁴⁴ Evidenzia tale aspetto V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 73 ss.; nonché, M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017.

⁴⁵ Com'è noto, il modello oggi condiviso in dottrina e giurisprudenza di partecipazione associativa penalmente rilevante è quello c.d. misto che richiede tanto l'*affectio societatis* quanto il contributo causale dell'imputato. In argomento cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 84.

psicologico su quello soggettivo⁴⁶. In questa diversa ottica, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, il secondo polo del giudizio di relazione causale per verificare la sussistenza del concorso eventuale materiale è stato individuato non già dalle condotte tipizzate dal 416 bis (promuovere, far parte ecc.) ma dall'associazione stessa e dal suo rafforzamento, ovvero delle sue articolazioni interne. La giurisprudenza ha, dunque, individuato nella 'associazione' – anziché nella singola condotta di matrice associativa – il secondo terminale della relazione causale del contribuuto.

Com'è stato rilevato da una parte della dottrina, assumere la 'conservazione' e/o il rafforzamento del sodalizio come eventi da imputare causalmente al concorrente esterno, significa porsi al di fuori del combinato disposto degli artt. 110 e 416 bis del codice penale vigente (n.b.: l'art. 110 parla infatti di concorso nel "medesimo reato"), posto che quegli elementi, lungi dall'integrare espressi requisiti di tipicità di quest'ultima fattispecie, costituiscono piuttosto "il risultato di un'attività ermeneutica a carattere creativo"⁴⁷.

Tale soluzione, per quanto forzata, rappresenta però la più idonea a salvaguardare la dimensione offensiva dell'apporto concorsuale 'esterno' ed a promuoverne un maggiore tasso di determinatezza; essa, inoltre, selezionando quali meritevoli di pena solo le forme più gravi di sostegno collusivo al crimine organizzato, riabilita anche la ragionevolezza della equiparazione sanzionatoria tra contribuuto concorsuale e condotte di intraneità associativa, derivata dalla funzione di disciplina anch'essa esercitata dall'art. 110 c.p. Ed infatti, "la declinazione in chiave causale/condizionale del contribuuto, proiettata sul risultato del mantenimento o rafforzamento della *societas sceleris* accertabile con giudizio controfattuale *ex post* ha, indiscutibilmente, incrementato il *disvalore di evento*"⁴⁸, nonché ha consentito – in ragione dell'arricchimento strutturale della fattispecie – di precisare con nettezza i confini con le figure limitrofe del favoreggiamento (specie di quello aggravato ai sensi del comma 2 dell'art. 378 c.p. e dell'art. 7, l. n. 203/1991) e dell'assistenza agli associati, *ex art.* 418 c.p. Mentre queste ultime due fattispecie stigmatizzano aiuti prestati dall'agente a favore di un singolo associato, il concorso esterno, invece, incrimina un contribuuto consapevole e etiologicamente apprezzabile fornito a vantaggio dell'intera organizzazione criminale.

⁴⁶ V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., spec. 41 ss.; I. GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 ottobre 2017.

⁴⁷ Così V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 134.

⁴⁸ V. MAIELLO, *ibidem*.

Ebbene, pur se animati da intenti inopinatamente garantisti e tesi a determinare una contrazione dell'area del penalmente rilevante nella 'zona grigia' delle relazioni tra società civile e universo mafioso, questi arresti giurisprudenziali hanno solo apparentemente risolto in termini definitivi la delicata materia del concorso esterno continuando a registrarsi sbandamenti rispetto a tale modello e, soprattutto, problemi di accertamento processuale che ne rendono ancora oggi difficilissima la concreta configurabilità⁴⁹.

La costruzione giurisprudenziale del tipo criminoso del concorso esterno quale reato monosoggettivo di evento ha evidenziato al banco della prassi delle criticità difficilmente superabili facendo impelagare i procedimenti penali su tali contestazioni nelle paludi della prova del nesso eziologico con la duplice opposta conseguenza o di assistere al proscioglimento degli imputati perché il fatto non sussiste o, al contrario, di assistere a vere e proprie fughe dalla causalità tramite la surrettizia trasfigurazione in un reato di mera condotta incentrato sulla mera prova dell'idoneità agevolatrice *ex ante* rispetto al rafforzamento del sodalizio⁵⁰.

Senza trascurare che proprio la natura giurisprudenziale di questo diritto ha dato la stura alla recente e importantissima sentenza Contrada c. Italia della Corte EDU del 2015 con cui è stata sancita l'estensibilità delle garanzie della legalità convenzionale *ex art. 7 CEDU* – incentrata, com'è noto, sul più generico concetto di diritto, anziché su quello più selettivo di legge formale – anche al diritto giurisprudenziale nei circoscritti casi di *overruling in malam partem* oggettivamente ed assolutamente imprevedibili in virtù di un costante diritto vivente di segno diametralmente opposto. In quella occasione, infatti, il nostro Paese è stato condannato al pagamento di un'indennità per la condanna inflitta a Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. perché, all'epoca dei fatti (1978-1989), il reato non “era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti”, essendo stato definito il suo

⁴⁹ Sul protrarsi dei contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità successiva cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 143 ss.

⁵⁰ In argomento cfr. I. GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, cit.

originale 'statuto di tipicità' solo a partire dal 1994 con la prima sentenza delle Sezioni unite, la c.d. sentenza Demitry⁵¹.

Se, però, il principio di diritto enunciato in questa circostanza dalla Corte di Strasburgo pare assolutamente condivisibile, in quanto consente di tutelare i consociati contro forme di retroattività occulta occasionate da mutamenti giurisprudenziali repentini, imprevedibili e sfavorevoli, non sembra potersi dirsi lo stesso per la sua applicazione alla materia del concorso esterno; pare, anzi, che la stessa Corte EDU si sia lasciata confondere dal disordine interpretativo sul punto pervenendo a conclusioni dissonanti anche con le sue stesse convinzioni di fondo già espresse nel 2013 nella sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*.

In realtà, la punibilità ai sensi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. del concorso esterno con le severe sanzioni della partecipazione in associazione mafiosa era una soluzione giurisprudenziale già conoscibile e prevedibile al tempo della commissione dei fatti di Contrada: non solo in quel frangente storico già esisteva un orientamento interpretativo che riconosceva il reato di concorso esterno, ma addirittura ne esisteva un altro ancor più rigorista che riteneva qualificabili quegli stessi fatti come partecipazione in associazione mafiosa *ex art. 416 bis c.p.*⁵². Con l'intervento delle Sezioni unite 1994, quindi, non si è, *ex abrupto*, confutato un orientamento interpretativo favorevole consolidato, creando un reato 'prima inesistente', bensì si è eliminato solamente ogni tipo di incertezza circa l'*an* del concorso esterno e sono state fornite importanti precisazioni sul *quomodo*, definendo per la prima volta il suo tipo criminoso in difformità dal dato letterale degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., ma nella sostanza in maniera più rispettosa dei principi di offensività e di proporzionalità della pena, ammettendo l'equiparazione sanzionatoria del concorrente esterno al partecipe solo in presenza di un contributo *ex post* rivelatosi causa *but for* del rafforzamento/mantenimento in vita dell'associazione.

4. Il lento ritorno alla legalità: a) il crollo del teorema accusatorio sulla trattativa.

⁵¹ Sul punto cfr. V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1019; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2015; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016.

⁵² F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Corte di Cassazione chiude il Caso Contrada*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 settembre 2017.

Lo stato sinora delineato del controllo penale della contiguità mafiosa denota un dato incontrovertibile: l'ipertrofia del diritto giurisprudenziale che, tramite la forzatura *praeter legem* di norme incriminatrici, ha per lungo tempo operato un tentativo inaccettabile in uno Stato di diritto di sostituzione della legalità formale con quella sostanziale, allo scopo di legittimare la punibilità dei fatti in ragione del loro disvalore sociale a prescindere da una preesistente e chiara base legale.

In entrambi i campi, però, si è registrato negli ultimi tempi un silenzioso ma significativo ritorno alla legalità, sia tramite alcune decisioni giudiziarie che attraverso taluni recenti interventi legislativi.

In particolare, per quel che attiene alla trattativa Stato-mafia, un argine al protagonismo creativo della giurisprudenza è stato progressivamente eretto grazie ad una pluralità di argomenti difficilmente sormontabili di tipo teorico, nonché a due recentissime pronunce giurisprudenziali che, nel rispetto della legalità formale, hanno prosciolto due dei principali imputati in processi penali strettamente connessi.

In primo luogo, sul versante della tipicità, si è osservato come la fattispecie oggettiva legalmente definita del reato di violenza o minaccia ad un corpo politico dello Stato non consenta mai, senza sfociare in un'illegittima applicazione analogica, di ricomprendere al suo interno anche i fatti di 'trattativa': per un verso, infatti, le richieste avanzate dalle consorterie mafiose con il famoso *papello* non possono integrare una 'minaccia' penalmente rilevante; per altro verso, e soprattutto, perché il loro destinatario, vale a dire il Governo dell'epoca, non può essere qualificato "corpo politico" essendo, com'è noto, un "organo costituzionale", se non attraverso un'illegittima applicazione analogica in *malam partem*⁵³.

Tale diversa natura dell'Esecutivo avrebbe potuto, al più fondare la qualificazione della vicenda ai sensi del delitto di cui all'art. 289 c.p. *Attentato agli organi costituzionali dello Stato*; opzione scartata però dalla giurisprudenza, dal momento che, in seguito alla riforma del 2006, pur essendo un fatto teoricamente più grave, oggi risulta punibile solo in presenza di una condotta violenta, caratteristica questa sicuramente assente nelle vicende della trattativa.

In secondo luogo, laddove si dovesse ritenere oggettivamente configurato il delitto in questione, ammettendo il paradosso che i pezzi dello Stato chiamati a trattare con la mafia

⁵³ In argomento cfr. G. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, cit., III.

possano essere allo stesso tempo autori della minaccia e vittime della stessa, si è segnalato che difetterebbe con ogni probabilità l'elemento psicologico del reato: i politici ed i funzionari pubblici coinvolti nella trattativa agirono all'epoca piuttosto che con la volontà di concorrere a realizzare una violenza o minaccia ad un corpo politico dello Stato, con quella antitetica di tutelare lo Stato e le sue alte cariche, nonché l'intera popolazione, da ulteriori attacchi stragisti di Cosa Nostra⁵⁴.

Infine, anche qualora si riuscisse a dimostrare la sussistenza del fatto tipico descritto dall'art. 338 c.p. nella sua duplice dimensione oggettiva e soggettiva, le condotte imputabili agli esponenti politici sarebbero ugualmente non punibili per assenza di anti giuridicità avendo agito in presenza di uno stato di necessità ex art. 54 c.p. perché costretti dalla necessità di salvare sé stessi o altri da un pericolo attuale e non altrimenti evitabile di un danno grave alla persona⁵⁵.

Ma una decisiva e, probabilmente, definitiva prova a sostegno della inopportuna operazione di supplenza giudiziaria esercitata in questo caso è stata fornita dalle recenti decisioni con cui sono stati assolti l'ex Ministro Mannino nel processo-stralcio sulla trattativa e i colonnelli Mori e Obinu in quello connesso per favoreggiamento personale aggravato.

Nel primo caso, infatti, il Tribunale di Palermo ha prosciolto l'ex ministro per non aver commesso il fatto, ritenendo il materiale probatorio prodotto in giudizio inadeguato a sostenere l'ipotesi accusatoria, trattandosi di meri elementi di sospetto, che non hanno una grave e autonoma natura indiziaria⁵⁶.

Nel secondo caso, invece, la Corte di Cassazione con la recente decisione del 7 giugno 2017, confermando le decisioni assolutorie dei gradi di giudizio precedenti, ha definitivamente prosciolto i colonnelli Mori e Obinu dalla contestazione di favoreggiamento aggravato con la formula perché il fatto non costituisce reato per non avere deliberatamente eseguito nella notte del 31 ottobre 1995, in base alle informazioni ottenute dal pentito Ilardo, il blitz nel casolare di Mezzojuso che avrebbe potuto portare all'arresto di Bernardo

⁵⁴ G. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, cit., 121.

⁵⁵ G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 95 ss.

⁵⁶ Gip Palermo, 4 novembre 2015; sul punto cfr. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/04/01/trattativa-stato-mafia-calogero-mannino-torna-a-processo-e-i-giochi-si-riaprono/3488565/>.

Provenzano a cui, nella trattativa, era stata promessa l'impunità in cambio della 'consegna' di Riina.

Ebbene se Mannino che era il mediatore della trattativa è stato prosciolto, seppure solo in primo grado e con la formula aperta "per non aver commesso il fatto" che non esclude in radice l'esistenza della trattativa, e se Mori e Obinu sono stati definitivamente assolti perché il loro comportamento teoricamente esecutivo della trattativa non costituiva reato, come potrebbe ancora provarsi nel procedimento principale l'esistenza 'oltre ogni ragionevole dubbio' di una trattativa penalmente rilevante ai sensi degli artt. 110 e 338 c.p.?

L'insieme di queste tessere sembra delineare un quadro abbastanza chiaro: nell'odierno diritto penale ancorato al principio di legalità non possono esserci spazi per una 'creazione libera' di fattispecie di reato per mano della giurisprudenza.

Come la storia ha già insegnato nell'analoga vicenda del sequestro di Aldo Moro in cui si discusse nelle sedi politiche adeguate di una trattativa, al contrario, non tenuta con associazioni criminali di matrice terroristica, la questione delle responsabilità dei vertici politici non deve essere risolta dal potere giudiziario tramite il diritto penale.

L'unica alternativa plausibile e coerente con il principio di legalità e con la separazione dei poteri è quella di un giudizio di carattere meramente politico il cui accertamento andrebbe affidato, preferibilmente, ad una commissione parlamentare *ad hoc* o, meglio ancora, al corpo elettorale. In una società matura, eventuali responsabilità politiche – perché di questo si parla quando ci si riferisce a giudizi stigmatizzanti su scelte discrezionali dei vertici delle istituzioni – devono essere censurate con l'unico strumento a disposizione di un ordinamento democratico, quello del vaglio elettorale, non residuando alcuno spazio per un sindacato del giudice penale⁵⁷.

4.1. b) La espressa tipizzazione di alcune fattispecie di contiguità mafiosa: lo scambio elettorale, il depistaggio aggravato e l'agevolazione delle comunicazioni dei detenuti a regime di 41 bis o.p.

La marginalizzazione del potere giudiziario e la riespansione della legalità formale hanno, di recente, caratterizzato anche la materia del concorso esterno, registrandosi in questo

⁵⁷ G. FIANDACA, *Lo sguardo del giurista*, cit., 135.

ambito una pluralità di interventi normativi che, di fatto, hanno finito per tipizzare espressamente forme di apporti esterni ai sodalizi mafiosi, sottraendo così spazio alla figura delittuosa di matrice giurisprudenziale scaturente dalla riscrittura in sede applicativa del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

Il legislatore, infatti, con una serie disordinata di scelte riformiste di carattere settoriale, ha dimostrato di avere inconsciamente accolto i suggerimenti provenienti dalla dottrina che – constatate le descritte difficoltà circa la prova della causalità nei casi di concorso esterno – lo indirizzavano verso l'adozione di fattispecie incriminatrici autonome di mera condotta di agevolazione delle attività dell'intero sodalizio⁵⁸.

Leggendo in maniera sinottica alcuni recenti provvedimenti normativi tra loro non coordinati e, anzi, ciascuno rispondente a specifiche e pointinistiche esigenze punitive, si può intravedere un *file rouge* che collega i delitti di “Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario” di cui all'art. 391 *bis* c.p. introdotto nel 2009; di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p. così come profondamente riformulato nel 2014⁵⁹; e di depistaggio aggravato *ex art.* 375, comma 2 c.p. introdotto nel 2016⁶⁰.

In tutte queste tre nuove o rigenerate fattispecie delittuose il fatto tipico descritto dal legislatore consiste in una mera condotta agevolativa delle attività del sodalizio fornita da un *extraneus*, sicchè per la sua sussistenza non si richiede la *probatio diabolica* del macro-evento del rafforzamento/mantenimento in vita dell'associazione con un giudizio esplicativo *ex post* di tipo controfattuale e bifasico secondo il c.d. modello Francese, ma molto più semplicemente dell'idoneità all'offesa ai beni giuridici tutelati con un giudizio predittivo *ex ante*.

⁵⁸ In questa direzione si muovono le proposte *de iure condendo* formulate da C. VISCONTI, *Contiguità*, cit., 494 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 57 ss.; V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità mafiosa*, in *Riv. pen.*, 2004, 927. Propende per una soluzione solo in parte analoga G.A. DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d.l. 8/6/1992 n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 131, secondo il cui avviso si dovrebbe procedere alla tipizzazione delle diverse classi tipologiche di contiguità mafiosa penalmente rilevanti in autonome e specifiche fattispecie incriminatrici, utilizzando come ‘traccia’ di riferimento, riveduta e corretta, proprio il reato di scambio elettorale politico-mafioso.

⁵⁹ In argomento sia consentito rinviare *fundite* al nostro G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 242 ss.

⁶⁰ Per una disamina della nuova fattispecie cfr. V. MAIELLO, *Frode in processo penale e depistaggio*, in *Leg. pen.*, 2016, 1 ss.

Si tratta, cioè, di condotte altrimenti ascrivibili in precedenza, con le summenzionate criticità, nella categoria del concorso esterno, soprattutto il nuovo scambio elettorale politico-mafioso, che è nato proprio dalla difficoltà di sussumere quelle condotte nel concorso esterno e di evitare deformazioni *contra legem* della vecchia fattispecie incentrata, come si è detto, sul mero scambio di voti *versus* danaro, ed il depistaggio aggravato, che ha descritto in termini autonomi ed espliciti una condotta perfettamente coincidente a quella tenuta da Contrada e qualificata dalla nostra giurisprudenza come concorso esterno.

Ragionevolmente, però, in coerenza con il principio di proporzionalità delle pene enunciato dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., nonché, a livello di diritto dell'unione, nell'art. 49 CDFUE, le cornici edittali di queste nuove fattispecie sono state calibrate in termini sensibilmente differenti rispetto a quelle più severe comminate per il concorso esterno, trattandosi di reati di mero pericolo e non di danno; i compassi sanzionatori tra loro vicini sono infatti decisamente inferiori rispetto a quello derivante dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

L'impatto complessivo di tali frammentate opzioni politico-criminali, che segnano una forte riappropriazione da parte del legislatore di spazi occupati dalla giurisprudenza, potrebbe essere davvero rilevante in quanto potenzialmente in grado di sottrarre alle odierne incertezze le sorti di molte condotte di contiguità mafiosa, ancorandole in maniera molto più stabile, chiara e prevedibile ad esplicite figure delittuose *ad hoc*.

La speranza è che, in un futuro prossimo, il legislatore decida finalmente di procedere ad una riforma complessiva di tutta la materia del concorso esterno, senza lasciare – come accade di fatto oggi – spazi vuoti o distonie punitive rispetto a condotte agevolative non tipizzate, completando così questo lento, ma oramai costante, processo di recupero della legalità che in questi ultimissimi anni si sta compiendo⁶¹.

Solo allora potrà dirsi definitivamente chiusa la tormentata stagione della supplenza giudiziaria nel contrasto alla contiguità mafiosa.

⁶¹ L'esigenza di un intervento legislativo chiarificatore nella materia del concorso esterno è avvertita da tempo in dottrina. In tal senso cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 483 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 127 ss.; ID., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., 1027.