

IL MERITO

Associazione di tipo mafioso

La decisione

Associazione di tipo mafioso - Violenza o minaccia a corpo politico dello Stato - Concorso atipico - Cause di giustificazione (C.p. artt. 416-*bis*, 81, 110, 338 - 339, 289, 54; Legge 24 febbraio 2006, n. 58; D.l. 152 del 91, art. 7).

Non sembra possa ritenersi lecita in via generale una “trattativa” da parte di rappresentanti delle Istituzioni statuali [...] con soggetti che si pongano in rappresentanza dell'intera associazione mafiosa e richiedano nell'interesse di questa benefici che esulino dai parametri normativi, ovvero interventi che alterino il libero formarsi della discrezionalità politico-amministrativa e che, quindi, in definitiva comportino un riconoscimento della stessa organizzazione criminale ed il suo conseguente ed inevitabile rafforzamento.

CORTE DI ASSISE DI PALERMO, SEZIONE SECONDA, 20 aprile 2018 - MONTALTO *Presidente* - B. e altri, *imputati*.

La trattativa stato-mafia il volto “eticizzante” della responsabilità penale

La Corte di Assise di Palermo nella pronuncia in commento ricostruisce il complesso sistema della c.d. Trattativa Stato Mafia che vede avvinti per la prima volta dal medesimo capo di imputazione esponenti di spicco delle Istituzioni statali e vertici dell'associazione mafiosa Cosa Nostra.

La vicenda, oggetto di imponente attenzione mediatica, indubbiamente si presta a considerazioni di carattere etico e di responsabilità politica che rischiano di influire negativamente sulla ricostruzione giudiziaria del fatto. Obiettivo di questo contributo è dunque riportare la discussione sul più consono piano della esclusiva analisi giuridica prendendo le mosse dalla sussumibilità delle condotte tenute dagli imputati nel delitto di violenza o minaccia a Corpo politico dello Stato.

The negotiation state-mafia face of criminal liability

In this Assise Court of Palermo judgment has been underlined, for the first time in Italian law history, the complex relationship between Italian State and Mafia.

This case has been under the focus of media attention. Therefor might be seen in an etichal and political perspective but this perspective could negatively affect the legal comprehension of the fact.

This paper aims of discussing this case exclusivly by the legal point of view.

SOMMARIO: 1. Premessa: la ricostruzione storico/giuridica degli anni della trattativa: una pronuncia complessa. 2. La frammentazione della trattativa nel capo di imputazione. 3. La sussumibilità delle condotte al delitto di cui all'art. 338 c.p. 3.1. il soggetto passivo del reato: la nozione di Corpo politico 4. La violenza o minaccia a corpo politico: problemi sul piano della tipicità. 4.1 Il dolo specifico ed il parallelo con il concorso in estorsione 5. La configurabilità di scriminanti per la condotta dei R.O.S. 6. La trattativa tra responsabilità penale e responsabilità sociale: il rapporto tra ordinamenti.

1. La ricostruzione storico/giuridica degli anni della trattativa: una pronuncia complessa.

Alla sentenza della Corte di Assise di Palermo emessa il 20 aprile 2018 va

indubbiamente riconosciuto l'arduo compito di aver ricostruito una parte, seppur minima, della storia degli anni bui nel '900 italiano. Tale mastodontica pronuncia si presenta infatti come un articolato ed intricato dipinto di un'epoca nebulosa in cui, per far fronte ad esigenze di carattere emergenziale, sembra che si siano assottigliati i confini tra l'ordinamento statuale e l'ordinamento sommerso rappresentato dall'organizzazione mafiosa denominata Cosa Nostra¹.

Quanto *prima facie* emerge dagli atti processuali, e non può essere ignorato, è il fatto che, negli anni a cavallo tra il 1992 ed il 1994, si sia aperto un canale di interlocuzione tra i vertici dell'organizzazione mafiosa ed alcuni esponenti dei governi che si sono in quel periodo succeduti. L'impatto mediatico della vicenda è stato indiscutibilmente dirompente, e non può negarsi che abbia indirettamente influenzato anche la ricostruzione processuale dei fatti, il tema del resto si presta a molteplici interpretazioni, sociologiche, politiche e morali, che non tutti sono stati in grado di isolare rispetto al nucleo giuridico attorno al quale avrebbe dovuto ruotare la ricostruzione in sede dibattimentale. L'obiettivo che si perseguirà con questo contributo è quindi di fornire un quadro quanto più scevro possibile da considerazioni di carattere politico.

Come sottolineato dalla stessa Corte di Assise di Palermo nell'*incipit* della motivazione il tema ricorrente del procedimento, più volte richiamato anche dagli stessi testimoni, è stato quello della "Trattativa Stato-Mafia". Con il termine trattativa si è inteso riferirsi a quei contatti che secondo l'accusa, già a decorrere dall'omicidio dell'On. Salvo Lima, sarebbero intercorsi tra esponenti delle Istituzioni e quelli della associazione mafiosa denominata Cosa Nostra, ma tale trattativa, al netto del clamore mediatico generato, non sarebbe di per sé oggetto di contestazione.

Il delitto di cui al Capo A) di cui tutti gli imputati sono accusati è infatti la violenza o minaccia a Corpo politico dello Stato, previsto a norma dell'art. 338 c.p., e questa naturale discrasia tra tema centrale della vicenda concreta e questione giuridica sottesa alla stessa è dovuta alla assenza nel nostro ordinamento di un delitto che punisca l'interlocuzione tra Stato ed associazioni a delinquere, una lacuna formale sembra quindi aver generato nell'accusa la necessità di individuare una fattispecie penale che potesse rispecchiare la condotta tenuta dagli imputati.

Da tale assunto principale si diramano tutte le questioni giuridiche contenute in questa complessa pronuncia. Al fine di rendere quanto più lineare possibile l'analisi della sentenza nel presente contributo si tratteranno come temi di-

¹ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, 122.

stinti, seppur irrimediabilmente interconnessi, gli aspetti relativi alla formulazione del capo di imputazione, alla sussumibilità delle condotte alla fattispecie di cui all'art. 338, al rispetto della tipicità della norma nei suoi elementi costitutivi, per concludere con alcuni spunti di riflessione a proposito della liceità o meno della trattativa.

2. La frammentazione della trattativa nei capi di imputazione.

Nel principale capo di imputazione si legge: "Riina, Brusca, Bagarella Cinà, Subranni, Mori e De Donno, Mannino e Dell'Utri unitamente a Provenzano Bernardo separatamente giudicato: imputati per il reato di cui agli artt. 81 cpv. 110, 338, 339 c.p., 7 d.l. 152 del 91 perché, anche in tempi diversi, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, in concorso tra loro (taluni nella qualità di esponenti di vertice dell'associazione mafiosa denominata Cosa Nostra, altri quali pubblici ufficiali che hanno agito con abuso di potere e con violazione dei doveri inerenti una pubblica funzione, altri ancora nella veste di esponenti politici di primo piano), [...] e con altri allo stato ignoti, per turbare la regolare attività di corpi politici dello Stato italiano, ed in particolare del Governo della Repubblica, usavano minaccia- consistita nel prospettare l'organizzazione e l'esecuzione di stragi, omicidi e altri gravi delitti (alcuni dei quali commessi e realizzati) ai danni di esponenti politici e delle Istituzioni- a rappresentanti di detto corpo politico per impedirne o comunque turbarne l'attività.". Tale ipotesi generale è poi accompagnata dalla descrizione della condotta tenuta da ogni imputato da cui emerge che tra il 1992 ed il 1994 vi furono, in Italia, attività di comunicazione e mediazione tra esponenti delle Istituzioni e vertici mafiosi, finalizzati, si ritiene, a porre fine alla strategia stragista e terroristica perpetrata da Cosa Nostra.

Procedendo a ritroso, dalle risultanze processuali al capo di imputazione, si può ricostruire lo schema della vicenda:

Dalle risultanze dibattimentali emerge infatti che Calogero Mannino contattò e successivamente incontrò il Generale Subranni, conoscente di vecchia data, per esporgli i propri timori in merito al fatto di poter essere la prossima vittima di Cosa Nostra, chiedendogli dunque di intervenire per tramite di canali non prettamente istituzionali al fine di tutelare l'incolumità dell'intero Governo. A questa richiesta Subranni avrebbe reagito coinvolgendo i suoi diretti sottoposti De Donno e Mori, e proprio quest'ultimo avrebbe contattato Vito Ciancimino aprendo con questi un canale di comunicazione al fine di far giungere alla Commissione di Cosa Nostra la notizia di un possibile dialogo con i rappresentanti delle istituzioni statali.

I Carabinieri dunque, ad avviso della Corte di Assise, sollecitando e facilitan-

do un dialogo, avrebbero rafforzato i propositi delittuosi dei vertici di Cosa Nostra e vengono infatti condannati quali “istigatori”, “determinatori” e “facilitatori” della minaccia a corpo politico dello Stato.

Tale attività è stata condensata nel capo di imputazione nelle forme del concorso atipico in violenza o minaccia a corpo politico dello Stato.

I vertici di Cosa Nostra, dal canto loro, sono stati condannati per aver prospettato ad alcuni rappresentanti delle Istituzioni, per il tramite di Vito Ciancimino ed Antonio Cinà, e successivamente di Dell’Utri, una serie di richieste finalizzate ad ottenere benefici di varia natura, concernenti ad esempio la legislazione penale e processuale in materia di criminalità organizzata, ponendo l’ottenimento di tali benefici come condizione ineludibile per la conclusione della fase stragista².

In motivazione per quanto specificamente attiene la posizione di Riina si legge che “ha colto al balzo la sollecitazione dei Carabinieri che si erano “fatti sotto” (e cioè che si erano fatti avanti per prendere con lui contatti) o avevano, quanto meno, fatto credere di essersi fatti sotto in nome delle istituzioni ed ha mutato la sua iniziale strategia, comunque già finalizzata a “fare la guerra per fare la pace” decidendo di porre alcune condizioni che, se soddisfatte, gli avrebbero consentito di riacquisire il prestigio perso all’esito del *maxi* processo e sostanzialmente di vanificarne gli effetti pregiudizievoli.³” Tali richieste, presentate in forma di condizioni per porre fine alla strategia stragista, sempre ad avviso della Corte, sarebbero da interpretare quali minacce indiscutibilmente rivolte al Governo della Repubblica.

Sin dal primissimo approccio alla pronuncia si rendono necessarie alcune riflessioni.

Soffermandosi sulla costruzione del principale capo di imputazione si ha l’impressione che l’attività di trattativa venga scomputata nelle sue singole condotte costitutive al fine di rendere ogni atto sussumibile nella fattispecie di cui all’art. 338 c.p., ciò che immediatamente emerge dalla lettura dei capi di imputazione è infatti la circolarità nella descrizione delle condotte. La trattativa sarebbe stata basata sulla minaccia rivolta da Cosa Nostra al Governo ma, al contempo, nonostante la via degli omicidi eccellenti fosse già stata intrapresa dall’associazione per volere di Riina, l’attività dei ROS sarebbe stata determinatrice del proposito criminoso.

Non si riesce, a questo punto, ad apprezzare la coerenza logica di tale costruzione poiché ricade in un evidente circolo vizioso: nello scomputare le con-

² Tribunale di Palermo, Corte di Assise, Sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri.

³ Tribunale di Palermo, Corte di Assise, Sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri.

dotte di trattativa in atti suscumbibili alla fattispecie di cui all'art. 338 c.p. sembra si sia finiti per assimilare l'attività interlocutoria, di per sé non per forza penalmente rilevante, con gli elementi costitutivi della minaccia.

L'atto del trattare di per sé presuppone infatti la compresenza di almeno due interlocutori che reciprocamente pervengono ad uno scambio di concessioni e rinunce, ciò invero non può affermarsi per l'atto del minacciare. La minaccia si presenta infatti come un atto unilaterale perpetrato nei confronti di uno o più destinatari determinati ed è volta non già ad effettuare un bilanciamento tra interessi ma piuttosto a piegare la controparte, coartandone la volontà per evitare di subire un fatto dannoso e ingiusto⁴. Da questo ragionamento logico può discendere una sola conseguenza: in breve, trattativa e minaccia non sono due azioni compatibili, l'una esclude l'altra, e dunque non si vede come in forza delle medesime condotte concrete si siano verificate sia la trattativa che la minaccia a corpo politico.

Da ciò consegue che se si parte dal medesimo presupposto della Corte di Assise, e cioè che una trattativa ci sia stata⁵, non può sostenersi la fondatezza dell'imputazione per minaccia a Corpo politico in quanto nell'ambito di un reciproco scambio di utilità il Governo non può essere stato coartato nell'espressione della sua volontà politica; se, al contrario, si volesse sostenere che non vi sia stata alcuna sede di trattativa, per dare spazio all'ipotesi di minaccia a Corpo politico, non risulterebbe comunque provato oltre ogni ragionevole dubbio che i Carabinieri siano riusciti a portare a conoscenza del destinatario la minaccia perpetrata dall'associazione mafiosa, o che comunque abbiano determinato i mafiosi ad agire considerato che la strategia stragista aveva già preso avvio.

Questa breve digressione interpretativa sembra dimostrare la debolezza delle

⁴ SFORZI, *Violenza minaccia e resistenza all'autorità*, in *Enc. Dir.*, 1993, XLVI, 920; PASELLA, *Violenza e resistenza a Pubblico ufficiale*, in *Dig. Pen.*, 1987, XV, 248; CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (dir. da), *Trattato di diritto penale Parte Speciale, I delitti contro la Pubblica amministrazione*, Milano, 2008, II, 581; LATTANZI, LUPO, *Codice penale rassegna di giurisprudenza e dottrina, i delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, VII, II, 542; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte speciale, i delitti contro la persona*, Bologna, 2013, II, I, 221;

⁵ «In termini di fatto sugli incontri ed i contatti tra esponenti delle Istituzioni ed esponenti della associazione mafiosa Cosa Nostra, fatta salva la temporale collocazione del loro inizio, non v'è sostanziale contestazione.» Sentenza nr.2/2018, 845; «le risultanze di cui si è dato conto nei capitoli 5, 6, 7 consentono di ritenere già raggiunta la prova oltre ogni ragionevole dubbio su alcuni dati fattuali che è opportuno qui sintetizzare [...] Vito Ciancimino fu contattato, prima da De Donno e poi anche da Mori per acquisire notizie di interesse investigativo e poi nel contempo, con il dichiarato intendimento di tentare di instaurare un dialogo con i vertici mafiosi finalizzato a superare la contrapposizione frontale con lo Stato, [...] Salvatore Riina accettò la trattativa autorizzando Vito Ciancimino a proseguire quei contatti con i Carabinieri.» sentenza nr.2/2018, 1565;

fondamenta su cui è stato costruito il capo d'imputazione centrale e le perplessità maggiori, come si è sottolineato, investono proprio la scelta del delitto di cui all'art. 338 c.p. che, in conclusione, risulta di difficile coordinamento, anche solo in astratto, con l'attività di trattativa in sé considerata.

Appare a questo punto opportuno proseguire nell'analisi della pronuncia soffermandosi sulla concreta sussumibilità delle condotte degli imputati al delitto di cui all'art. 338 c.p.

3. La sussumibilità delle condotte al delitto di cui all'art. 338 c.p.: le motivazioni della Corte

Come anticipato nel paragrafo precedente le condotte poste in essere dagli imputati sono state ricondotte dalla Procura di Palermo ad un'ipotesi di violenza o minaccia a Corpo politico.

Tale fattispecie, prevista a norma dell'art. 338 c.p., punisce con la reclusione da uno a sette anni chiunque usi violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una rappresentanza di esso, o a qualsiasi pubblica autorità costituita in collegio, per impedirne o per turbarne l'attività anche temporaneamente.

La Corte di Assise di Palermo in motivazione prende le mosse proprio dal primo elemento richiamato dalla fattispecie e molto discusso dalle difese: la riconducibilità del Governo nel novero del Corpo politico richiesto dalla norma.

La Corte sottolinea innanzitutto come la nozione di "Corpo politico" sia in effetti molto vaga a differenza di quanto accade per i concetti di corpo amministrativo e giudiziario citati dalla medesima norma, e tiene a sottolineare come la difficoltà interpretativa principale non vada individuata nella nozione di "corpo politico" ma piuttosto già in quella di "corpo" ove non vi è diretta corrispondenza terminologica con l'esplicitazione normativa degli organi dello Stato⁶.

Ad avviso del Collegio con il termine "corpo" il legislatore avrebbe voluto riferirsi genericamente ad ogni autorità o organo costituiti in collegio al fine di differenziare l'art. 338 dalle fattispecie che tutelano i singoli pubblici ufficiali, in quanto la forma collegiale dell'organo permetterebbe la sua più diretta assimilazione, quanto meno nell'immaginario comune, con lo Stato.

Tracciata questa prima direttrice interpretativa la Corte si sofferma sull'analisi del termine "politico" giungendo alla conclusione che debba ritenersi politico, nel senso esplicitato dall'art. 338 c.p., ogni organismo collegiale che svolga

⁶ Corte di Assise di Palermo sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri, 854

funzioni politiche, per tali intendendosi quell'insieme di determinazioni per mezzo delle quali si amministra lo Stato nei suoi vari settori di intervento in vista del raggiungimento di finalità pubbliche⁷. Tenendo conto delle definizioni fornite appare dunque chiaro come proprio il Governo della Repubblica debba essere considerato il corpo politico per eccellenza, citando a sostegno di tale tesi la pronuncia nr. 32869 del 18 maggio 2005 in cui la VI Sezione della Suprema Corte di cassazione individua un elenco di Corpi politici.

Tale nozione risulta di fondamentale importanza nell'ambito della pronuncia in commento poiché attorno all'assimilazione del governo nel novero dei Corpi politici ruota l'applicabilità della fattispecie in luogo del diverso e meno grave delitto previsto a norma dell'art. 289 c.p., che appresta una tutela specifica per gli organi costituzionali.

Come più volte sottolineato dalle difese degli imputati infatti, il delitto di attentato agli organi costituzionali si candida quale possibile sostituto dell'imputazione originariamente individuata alla luce del suo espresso riferimento al Governo della Repubblica quale soggetto passivo del reato.

La Corte di Assise di Palermo finisce però per scartare tale riqualificazione giuridica del fatto sulla base di diversi argomenti. *In primis* si sottolinea come la condotta prevista a norma dell'art. 289 debba considerarsi completamente differente da quella sottesa all'art. 338: la prima, sia nella vecchia che nella più recente formulazione, punisce infatti l'attentato contro organi costituzionali ed assemblee regionali ed in particolare gli atti diretti ad impedire, in tutto o in parte, anche temporaneamente al governo l'esercizio delle sue attribuzioni, mentre come si è rilevato, al 338 è riferita la violenza o minaccia a Corpo politico che si estrinsechi nell'impedimento o nella turbativa della sua attività⁸.

Ulteriore argomento utilizzato dalla Corte per smentire l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 289 c.p. è da individuarsi nelle conseguenze della riforma intervenuta sulla predetta norma nel 2006.

La legge n. 58 del 24 Febbraio 2006 ha, infatti, espunto dal testo della norma il riferimento alla condotta di minaccia per cui, paradossalmente, a voler seguire il ragionamento delle difese, secondo cui il Governo viene tutelato esclusivamente sulla base dell'art. 289 c.p., si otterrebbe l'irragionevole conseguenza di non poter punire la minaccia al principale organo amministrativo dello Stato per assenza di tutela, restando punibile l'ipotesi di minaccia semplice al comune cittadino.

⁷ Tribunale di Palermo, Corte di Assise, sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri, 856

⁸ Tribunale di Palermo, Corte di Assise, sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 857

Viene in ultimo evidenziato come la già netta differenziazione tra le condotte punite dalle due fattispecie sia stata ulteriormente accentuata dalle modifiche intervenute di recente. La Corte ha tenuto infatti a sottolineare che, posta l'esclusione della "minaccia" dal novero delle condotte punibili a norma dell'art. 289 c.p., soffermandosi sulla diversa accezione di "violenza" utilizzata nelle due norme, emerge come gli "atti violenti diretti ad impedire" dell'attentato contro gli organi costituzionali siano un *quid* diverso ed in astratto meno grave dell'"usare violenza" punito dall'art. 338 c.p.

La violenza a Corpo politico si estrinseca nella violenza diretta al collegio o ad una rappresentanza dei suoi componenti mentre gli "atti violenti" del 289 c.p. sarebbero da intendere come comportamenti che pur senza colpire le persone fisiche che costituiscono l'organo ne impediscono di fatto l'esercizio di attribuzioni o prerogative, come ad esempio accade quando le manifestazioni di piazza impediscono al governo di riunirsi⁹.

Distinto passaggio argomentativo è poi dedicato alla configurabilità della fattispecie di cui all'art. 338 c.p. nel caso in cui la violenza o minaccia sia perpetrata non nei confronti dell'intero Governo riunito ma soltanto nei confronti di uno o più Ministri.

La Corte di Assise di Palermo propende con convinzione per la soluzione affermativa sostenendo che, conformemente alla posizione della più recente giurisprudenza di legittimità, debba ritenersi punibile la minaccia o violenza rivolta ad uno dei componenti del Corpo politico, anche se non in presenza del collegio riunito, purché la minaccia al singolo sia indirizzata non alla persona fisica in quanto tale, ma all'organo al fine di turbarne il funzionamento¹⁰.

3.1. Il soggetto passivo del reato: la nozione di Corpo politico.

Rispetto alle direttrici generali della pronuncia, sin qui esposte, la dottrina si è da subito mostrata critica¹¹.

Il dubbio di fondo mosso in modo, pressoché concorde, è che si siano in questo caso varcati i limiti di elasticità dell'interpretazione normativa in spre-

⁹ Tribunale di Palermo, Corte di Assise, sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 859

¹⁰ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri, 862

¹¹ FIANDACA, LUPO, *La mafia non ha vinto, il labirinto della trattativa*, Roma-Bari, V, 2018, 122; AMARELLI, *la sentenza sulla trattativa stato mafia: per il Tribunale di Palermo tutti i protagonisti sono responsabili del delitto di minaccia a un corpo politico dello Stato di cui all'art. 338 c.p.*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7/2018, 193; FIANDACA, *La trattativa Stato mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia* 2012, 11; CUPELLI, *Il reato di violenza o minaccia ad un corpo politico: profili critici sul versante della tipicità*; BARTOLI, *La probatio diabolica dell'elemento psicologico*, Relazioni al convegno "La trattativa stato-mafia: responsabilità penale o responsabilità politica?", Napoli, 16 ottobre 2018, disponibile su www.radioradicale.it.

gio del principio di tassatività e determinatezza e della più generale accezione del principio di legalità in materia penale¹².

Alcuni sono infatti giunti a sostenere che nel meccanismo di valutazione della sussumibilità della condotta concreta nella fattispecie astratta si sia proceduto in senso inverso rispetto a come si dovrebbe: la prospettazione di questa ipotesi criminosa sarebbe frutto di un'escogitazione *a posteriori* e in via residuale, nel senso che essa è sembrata l'unico ancoraggio per conferire una veste delittuosa ad alcuni segmenti di una vicenda molto articolata e complessa, ma irriducibile a qualificazioni penalistiche sicure ed univoche¹³.

Rispettando l'ordine delle questioni presentato in motivazione vanno innanzitutto evidenziate le perplessità circa la definizione di Corpo politico e la possibilità di ricomprendere il Governo in tale categoria.

Come anticipato la Corte di Assise ha ricondotto la nozione di Corpo a qualsiasi autorità o organo costituita in collegio, riservando al termine "politico" l'identificazione, invero tautologica, dello svolgimento di attività politica, giungendo così a definire il Governo come il Corpo politico per eccellenza.

Pur volendosi ammettere che il termine corpo si riferisca ad organi costituiti in collegio la dottrina attribuisce un significato differente proprio al concetto di svolgimento di attività politica: si sostiene infatti che per attività politica vada intesa quella dei collegi elettorali, dei seggi e delle commissioni degli uffici elettorali¹⁴, non potendosi dunque attribuire allo svolgimento della funzione legislativa una accezione *de plano* politica.

A sostegno della non assimilabilità del governo tra i Corpi politici vi sarebbe, per altro, l'argomento sistematico: esiste una disposizione nel codice penale che tutela espressamente il governo da atti violenti diretti ad impedirne anche temporaneamente l'esercizio di attribuzioni, l'art. 289 c.p., inserito nel novero dei delitti contro la personalità interna dello Stato.

Sempre ad avviso della dottrina maggioritaria, infatti, la tutela apprestata dall'art. 338 c.p. sarebbe residuale e si limiterebbe agli organismi statali non espressamente tutelati dalla fattispecie citata in precedenza¹⁵.

¹² Sul principio di legalità e suoi corollari si vedano: VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Nss. Dig. It.*, XI, 1965, 493; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 229 ss.; MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978, 950 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, Milano, 2017, 41 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Bologna, 2014, 51 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, 66 ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2018;

¹³ FIANDACA, *La trattativa Stato mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia* 2012, 11

¹⁴ PASELLA, *Violenza e resistenza a pubblico ufficiale*, in *Dig. Pen.*, 1987, XV, 253;

¹⁵ LATTANZI - LUPO, *Codice Penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina, I delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro la pubblica amministrazione*, vol. III, lib. II, artt. 241- 360, Milano, 2005,

Indagando il piano storico questa tesi parrebbe essere confermata.

Il codice Zanardelli infatti prevedeva già in due distinte fattispecie l'“attentato contro i poteri e la Costituzione dello Stato”, a norma dell'art.118 e a norma del secondo comma dell'art. 195 “la violenza o minaccia contro persone rivestite di pubblica autorità”. Le due fattispecie, rispettivamente contenute nei capi dedicati ai delitti contro i poteri dello Stato ed all'oltraggio ed atti violenti contro l'autorità, sostanzialmente ricalcano i contenuti degli attuali artt. 289 e 338 c.p.

L'art. 118 dell'epoca infatti prevedeva la reclusione non inferiore a 12 anni per chiunque commettesse un fatto diretto ad impedire al Re o al Reggente l'esercizio della sua sovranità, e ad impedire alla Camera o al Senato l'esercizio delle sue funzioni, apprestando quindi una tutela specifica per i poteri all'apice del sistema statale e riservando all'art. 195 ss. la punizione con la detenzione da un mese a tre anni per chiunque infliggesse violenza o minaccia a membri del Parlamento o Pubblici ufficiali “a causa delle loro funzioni”.

L'impedire l'esercizio delle funzioni legislative, giudiziarie ed esecutive proprie del Re costituiva dunque un fatto meritevole di una tutela molto più incisiva rispetto alla minaccia rivolta nei confronti del singolo parlamentare o pubblico ufficiale e da ciò conseguiva il carattere di sussidiarietà di questa seconda fattispecie.

Con l'avvento del Codice Rocco entrambe le fattispecie iniziano ad acquisire una fisionomia più simile a quella attuale: l'art. 118 confluisce nel nuovo art.289 che, contenuto nel capo dei delitti contro la personalità interna dello Stato, punisce l'attentato contro gli organi costituzionali.

Nella specie la norma punisce chiunque commetta un fatto diretto ad impedire o a turbare in tutto o in parte, anche temporaneamente, al Re o al Reggente l'esercizio della sovranità, al Governo del Re o al capo del Governo l'esercizio delle attribuzioni o delle prerogative previste dalla legge, al Gran Consiglio del Fascismo, al Senato o alla Camera dei deputati l'esercizio delle loro funzioni. Anche nel codice del 1930 appare quindi inequivocabile l'intenzione legislativa di riservare ad organi primari dello Stato una tutela specifica e differenziata rispetto alle ulteriori e molteplici pubbliche Autorità.

Proprio con il codice Rocco viene introdotta la dicitura “Corpo politico” nell' art. 338 che, ereditando la funzione del vecchio art. 195 co. 2 ne estende la tutela oltre i singoli parlamentari o pubblici ufficiali verso l'intero organo collegiale che svolga funzioni politiche, giudiziarie o amministrative.

Alla luce del rimaneggiamento parallelo di entrambe le fattispecie per l'avvento del nuovo codice penale del '30 si ritiene di poter escludere con un certo grado di sicurezza che la dicitura "politico" invece che "esecutivo" o "legislativo" riservata al "corpo" citato assieme a quello giudiziario ed amministrativo possa non avere una funzione dirimente.

In altre parole se di norma i tre poteri statali vengono citati e regolati nelle medesime sedi non si vede perché in questo caso i termini "esecutivo" o "legislativo" siano stati sostituiti da "politico", se non in ragione del fatto che se ne volesse dare una accezione completamente differente.

Tale ragionamento logico appare saldo alla luce della sistematica del codice appena esposta per cui il legislatore nel rimodellare la tutela penale nei confronti del Governo della Repubblica ha riservato per quest'ultimo il testo dell'art. 289, limitando al 338 c.p. la tutela di organismi che, seppur esercenti attività politica in senso stretto, sono indiscutibilmente privi del potere esecutivo o legislativo proprio del Governo.

Nel sistema costituzionale, infatti, agli organi propriamente costituzionali sono attribuiti dei caratteri che rendono «del tutto inassimilabile la loro posizione a quella di qualsiasi altro corpo politico, come genericamente identificati in organi che svolgano funzioni politiche, come ha affermato il 18 maggio 2005 la sez. 6 nella sentenza 32869, ove si sostiene che tali organi sono necessari ed indefettibili, supremi nel comparto organizzativo in cui si collocano, pari ordinati, preposti all'esercizio diretto dell'attività politica e titolari del correlato potere di indirizzo, in sintesi, sono organi identificativi della forma di Stato, è per ciò del tutto ragionevole che per i delitti di cui possano essere fatti oggetto sia apprestata una disciplina peculiare e ad essi venga data una posizione peculiare.»¹⁶

Si torna così alla principale tesi dottrinarica secondo cui i "Corpi politici" andrebbero individuati nei collegi elettorali o nelle commissioni degli uffici elettorali, ma certamente non nel Governo¹⁷.

D'altro canto potrebbe apprezzarsi la tesi sostenuta dalla Corte di Assise ammettendo che il Governo possa considerarsi il Corpo politico per eccellenza. Nonostante la natura tautologica della motivazione fornita dalla Corte va detto che è possibile ricostruire un percorso logico solido alla base dell'assioma. Ciò nonostante, l'individuazione del Governo tra i Corpi politici che fa la

¹⁶ STAIANO, *Stato di diritto e trattativa*, Relazione al convegno "La Trattativa stato mafia: responsabilità penale o responsabilità politica?", Napoli, 16 ottobre 2018, disponibile su www.radioradicale.it;

¹⁷ SEMINARA, *Commento all'art. 338*, in *Commentario breve al codice penale* a cura di Crespi, Stella, Zuccalà, Padova, 1988, 598; SFORZI, *Violenza, Minaccia o resistenza all'autorità*, cit. 920; PASELLA, *Violenza e resistenza a Pubblico Ufficiale*, cit. 253;

Corte di Assise di Palermo non esaurisce i problemi di tipicità della fattispecie prescelta poiché, come meglio si esplicherà in seguito, permangono molteplici dubbi in merito alla sussumibilità del fatto negli elementi essenziali prescritti dalla norma.

4. La violenza o minaccia a corpo politico: problemi sul piano della tipicità.

In relazione alla condotta penalmente rilevante asseritamente tenuta dagli imputati si rendono necessari, ad avviso della Corte di Assise, alcuni chiarimenti di carattere generale.

Va innanzitutto specificato che l'impostazione del piano accusatorio identifica gli imputati appartenenti all'associazione Cosa Nostra come gli esecutori diretti della condotta di minaccia al Governo mentre ai Carabinieri del reparto operativo del ROS viene ritagliato un ruolo di concorrenti atipici che avrebbero "determinato" "rafforzato" ed "istigato" il proposito criminoso¹⁸

Ciò premesso, la parte motiva della pronuncia prende l'avvio con considerazioni di carattere generale sulla condotta di minaccia, unica delle due forme di manifestazione del reato contestata agli imputati.

Muovendo dalla specifica previsione della condotta delittuosa prevista dall'art. 612 c.p. se ne sottolinea la «natura di reato formale di pericolo che si consuma già allorché il mezzo usato per attuarla abbia in sé l'attitudine ad intimorire il soggetto passivo e cioè a produrne l'effetto di diminuirne la libertà psichica e morale di autodeterminazione»¹⁹. Peraltro, si prosegue, è da ritenersi pacifico che trattandosi di reato di pericolo non è necessario che per la consumazione del reato il fine si verifichi in concreto, ma è sufficiente che la minaccia sia indiscutibilmente giunta al destinatario e sia stata dunque astrattamente idonea a ledere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo.

Poste così a grandi linee le caratteristiche formali della condotta di minaccia si è ritenuto che nella condotta materiale tenuta da Salvatore Riina e dagli altri imputati affiliati a Cosa Nostra fosse da rinvenirsi perfetta corrispondenza: «invero all'indomani della Strage di Capaci che aveva manifestato alla massima potenza la capacità di Cosa Nostra di colpire anche gli uomini più protetti non v'è dubbio che la sola prospettiva da parte di Riina di richieste da soddisfare cui egli condizionava il non compimento di ulteriori stragi, era assolutamente idonea ad intimorire i destinatari e, quindi, a diminuire la libertà psichica e morale di autodeterminazione degli stessi. I destinatari, infatti, venivano posti di fronte all'alternativa tra subire o correre il rischio di subire il

¹⁸Tribunale di Palermo, Corte di Assise, sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri, 4886

¹⁹Tribunale di Palermo, Corte di Assise, sez. II, 20/04/2018, Bagarella e altri, 1960

male ingiusto prospettato (le ulteriori possibili stragi ed uccisioni) ovvero sottrarsi realizzando la condotta richiesta loro dal Riina nel tentativo di coartarne la volontà ed ottenere un *aliud facere*»²⁰.

Per quanto invece riguarda la posizione dei Carabinieri imputati del medesimo delitto la Corte specifica innanzitutto che la condotta penalmente rilevante attribuita al Mori, come al Subramni e al De Donno, «non è quella di colui che compiendo l'azione tipica prevista a norma dell'art. 338 c.p. formula materialmente la minaccia e ne è quindi autore in senso stretto, ma è la condotta di colui che in qualche modo, anche per proprie finalità ma nella consapevolezza del contributo e del suo esito, quindi dell'evento, la istiga, la sollecita, la determina e la agevola con varie e diverse condotte e infine, se ne fa tramite nel suo percorso sino a raggiungere il destinatario individuato nel Governo della Repubblica»²¹. Da ciò discende l'applicazione della disciplina della responsabilità penale a titolo concorsuale a norma dell'art. 110 c.p. il quale permette l'assimilazione del concorrente nel delitto dell'autore diretto nelle più varie forme, purché finalizzato al verificarsi dell'evento prescritto dalla fattispecie.

Nella parte dedicata alle posizioni dei singoli imputati il nucleo centrale del percorso argomentativo rimane invariato: per quanto riguarda Mori i giudici ritengono provato che questi abbia intrapreso dei contatti con Vito Ciancimino al fine precipuo di raggiungere, attraverso i contatti di quest'ultimo, i vertici dell'associazione mafiosa, ed aprendo così un canale comunicativo tramite il quale la minaccia prospettata da Riina al Governo della Repubblica sarebbe giunta a destinazione.

Rispetto a tale attività concreta si specifica poi che «ai fini del concorso nel reato contestato non è indispensabile che i soggetti si siano preventivamente accordati per commettere il delitto. È irrilevante che il predetto imputato non abbia avuto, precedentemente all'assunzione della sua iniziativa, alcun contatto con i vertici mafiosi che poi avrebbero formulato la minaccia al Governo. È sufficiente soltanto che l'autore in senso stretto del reato ed il compartecipe siano consapevoli l'uno dell'altro e, quindi, dei rispettivi apporti produttivi all'evento»²².

Più avanti si sottolinea ulteriormente che «non può dubitarsi che l'imputato Mori si sia quanto meno rappresentato l'esito positivo possibile della sua stessa esortazione ai vertici mafiosi e cioè che Vito Ciancimino, come richiestogli,

²⁰ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 1961

²¹ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri 4657

²² Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri 4667

potesse fare effettivamente da intermediario con i vertici mafiosi medesimi e che questi, ove avessero accolto tale esortazione, avrebbero potuto avanzare alcune richieste quale contropartita per porre termine al “muro contro muro” con lo Stato»²³.

Per quanto riguarda la condotta materiale tenuta da Subranni e De Donno la Corte, anche se in distinte sezioni della pronuncia, svolge sostanzialmente le medesime considerazioni: «è stata la condotta tenuta dai Carabinieri a far sorgere, o comunque, a rafforzare, o quanto meno a rendere in quella fase attuale, e quindi concreto, il proposito criminoso del Riina di ricattare lo Stato con la minaccia di cui si è detto»²⁴. Più in là la Corte si spinge a dettagliare con minuzia la posizione dei militari giungendo a sostenere che «il generico ed ancora inattuale proposito di richiedere benefici quale condizione per riprendere la coabitazione imbelles tra Stato e mafia non avrebbe mai potuto attuarsi – e non sarebbe mai stato in concreto attuato con la formulazione esplicita della minaccia e del ricatto- se lo Stato non avesse abbandonato la linea della fermezza e non avesse sollecitato quel dialogo, il cui ontologico presupposto è l’ascolto delle reciproche richieste e che, dunque, conteneva già in sé l’apertura di una trattativa, come ben compreso da tutti i suoi protagonisti. [...] si vuole dire in altre parole che l’iniziativa dei Carabinieri è stata determinante per l’attuazione del proposito criminoso minaccioso e ricattatorio dei mafiosi perché questi, in quel momento, avevano deciso di non servirsi più degli interlocutori politici che fino ad allora avevano fatto da intermediari con il Governo e attendevano, per porre le condizioni della cessazione della guerra ed ottenere così i voluti benefici, l’apertura di un nuovo canale con le istituzioni»²⁵.

L’impianto motivazionale sul punto dà adito a notevoli perplessità, per la maggior parte riassumibili in due principali contestazioni: la natura estremamente presuntiva della ricostruzione del fatto storico concreto e la continua confusione tra i piani dell’esecuzione della minaccia e dell’attività di trattativa. La “precomprensione” della Corte sulle principali direttrici della vicenda emerge già nella parte della condotta materiale comune ad entrambe le “categorie” di imputati. Sia per i rappresentanti di Cosa Nostra che per i Carabinieri del ROS, infatti, la consumazione del fatto delittuoso discende dalla verifica dell’evento che, come giustamente ricordato dalla Corte, nel caso

²³Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 4668

²⁴Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri 4669

²⁵Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 4670- 4671

della minaccia può sostenersi venuto ad esistenza non solo quando vi sia stata effettivamente una lesione dell'autodeterminazione del soggetto passivo, ma già soltanto quando una comunicazione astrattamente idonea a tal fine sia giunta al destinatario.

Ciò premesso, per quanto in tutto il *corpus* della motivazione si tenga a sottolineare come le minacce prospettate da Salvatore Riina e veicolate dai Carabinieri abbiano comportato l'emanazione di provvedimenti favorevoli a Cosa Nostra da parte dei Governi in carica, in realtà non vi è alcuna traccia specifica del momento in cui la comunicazione minacciosa, il ricatto, sia giunto a destinazione.

Al contrario, gli incontri tra i Carabinieri e Mannino, e tra Mori e Ciancimino al fine dell'apertura del canale di comunicazione sono dettagliatamente identificati in un preciso periodo, nello specifico il mese di giugno del 1992, nei giorni immediatamente successivi all'omicidio dell'On. Salvo Lima, invece per il momento della ricezione della minaccia, momento di indubbia importanza rispetto alla prova della consumazione del reato, non vi è alcuna specificazione che vada oltre la presunzione.

Pur volendo ammettere l'impossibilità di individuare una data precisa in cui l'organo collegiale nella persona dei suoi componenti possa essersi visto intimorire e coartare nella sua attività decisionale deve comunque ritenersi inammissibile definire il reato consumato sulla sola base del suo presunto risultato.

In realtà non vi sono che indizi che portano a ritenere che le nuove nomine di ministri e la mancata rinnovazione dei provvedimenti di inflizione del 41 *bis* rientrassero in una logica di concessioni all'associazione mafiosa, ma non può trarsene una prova a ritroso del momento della consumazione del reato, tanto meno in assenza dell'individuazione di una effettiva comunicazione tra i Carabinieri (che, come spesso si tiene a sottolineare in sentenza, agivano in assenza di copertura istituzionale) ed il Governo della Repubblica e per di più in un periodo storico in cui il contesto politico subiva il duro attacco dell'inchiesta c.d. Tangentopoli.

Più nello specifico la Corte ritiene che il reato possa dirsi consumato in ragione della ricezione della minaccia da parte dell'allora Ministro della Giustizia Prof. Conso, il quale, avrebbe provveduto a non rinnovare l'inflizione del regime del 41 *bis* a diversi affiliati della associazione Cosa Nostra sulla base, si ritiene, della pressione minacciosa subita.

Sul punto la motivazione appare particolarmente vaga quando afferma che nonostante non vi sia motivo di dubitare che il Ministro abbia dichiarato il vero quando ha sostenuto dinanzi alla Commissione parlamentare antimafia

di non aver mai saputo nulla di trattative con Cosa Nostra²⁶, contemporaneamente, si afferma, non può non ritenersi che la decisione della mancata proroga fosse da attribuire alla volontà di favorire il dialogo con la mafia e porre fine alla strategia stragista²⁷.

Questa conclusione è inevitabilmente influenzata dall'idea che al Prof. Conso fosse stata rappresentata la situazione di contrapposizione così come la necessità di giungere a reciproche concessioni ma non si vede come, a livello prima logico che giuridico, questo dato possa essere congruente con l'affermazione dell'ex Ministro circa la sua totale ignoranza in merito a piani di trattativa aperti.

Si torna così alle primissime considerazioni svolte in questo contributo: ammettendosi che il Prof. Conso dica il vero quando sostiene che non aveva idea dei contatti tra Carabinieri e Mafia, non si vede come possano essergli state veicolate le minacce prospettate da Cosa Nostra, al contrario se si volesse sostenere che questi stesse consapevolmente prendendo parte ad una trattativa indubbiamente la concessione della mancata proroga del particolare regime carcerario non può dirsi il risultato della minaccia prospettata, ma piuttosto il risultato del rapporto sinallagmatico tra le parti, non perseguibile penalmente.

Per quanto poi concerne la condotta materiale che avrebbero tenuto i concorrenti nel reato di cui all'art. 338 si vede emergere ancor meglio la seconda criticità evidenziata in premessa: la "confusione" tra il piano fattuale della trattativa e quello della condotta di minaccia.

Tale confusione si genera sin dalla premessa ove si sottolinea che pur non essendoci stato alcun contatto tra i Carabinieri ed i vertici mafiosi prima dell'apertura della trattativa, è sufficiente per la configurabilità del concorso che entrambe le parti fossero consapevoli del proprio apporto produttivo all'evento.

Rispetto alla questione relativa alla consapevolezza dell'agire, che verrà trattata in maniera più approfondita nel paragrafo dedicato all'elemento soggettivo, può qui anticiparsi che si ritiene al più plausibile sostenere che la condotta materiale di "apertura" del canale di comunicazione da parte dei Carabinieri

²⁶ In proposito si veda pag. 2641 della sentenza: «il Prof. Conso ha dichiarato in proposito di non aver mai saputo nulla di trattative con la mafia e di contatti tra i Carabinieri e questa per il tramite di Vito Ciancimino (v. anche l'audizione innanzi alla commissione parlamentare antimafia prima già riportata: "... posso garantire anche sotto qualsiasi forma di giuramento che da parte mia non vi è mai stato il più lontano barlume di trattativa..."). E si è già detto che non vi è alcuna ragione di dubitare della veridicità di tale affermazione.»

²⁷ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri 2642

fosse diretto ad un'interazione con i vertici dell'associazione mafiosa, non a veicolarne le richieste "estorsive".

Sostenere che contattare i politici che avrebbero fatto da tramite per le comunicazioni possa *ex post* costituire condotta causalmente orientata alla prospezzazione della minaccia al governo comporta risultati inammissibili.

Sul piano del nesso di causalità, come noto, non è sufficiente che la condotta concretamente tenuta sia l'antecedente necessario dell'evento verificatosi ma è anche stabilito che non si presentino cause sopravvenute che siano state da sole sufficienti a determinare l'evento²⁸.

In questo caso si ritiene che si sia inserita una serie causale autonoma tra la condotta tenuta dai Carabinieri e la minaccia alla libertà di autodeterminazione dei componenti del Governo.

Per quanto sia incontestabile che gli imputati Subramni, De Donno e Mori si siano resi responsabili dell'apertura del canale di comunicazione con i vertici mafiosi si ritiene che tale condotta, è bene ricordarlo non punibile per le norme del nostro ordinamento, non possa essere ritenuta *ex ante* automaticamente idonea alla prospezzazione della minaccia.

Gli agenti diretti del reato di minaccia a corpo politico sono infatti i vertici dell'associazione mafiosa che, indipendentemente dall'apertura della trattativa, hanno autonomamente deliberato di procedere alla prospezzazione del male ingiusto al Governo.

Operando il procedimento di eliminazione mentale delle concause si nota come la condotta minacciosa sia stata posta in essere in un momento successivo rispetto a quello dell'apertura delle vie di comunicazione attribuibile ai militari ed al contempo non essendoci prova del "se" e del "come" tali richieste estorsive siano giunte al destinatario non può escludersi "oltre ogni ragionevole dubbio" che queste abbiano raggiunto il Governo per vie diverse ed autonome rispetto all'interlocutore iniziale.

Avalla l'idea che la condotta dei Carabinieri non sia affatto condotta necessariamente prodromica alla commissione del reato il fatto che, come sottolineato dagli stessi giudici in sentenza, si ha la convinzione che Riina sin dall'omicidio dell'On. Salvo Lima stesse ponendo in essere una propria strategia terroristica volta all'ottenimento di concessioni da parte dello Stato che dunque, sempre sul piano ipotetico, sarebbe proseguita *a prescindere* dall'intervento del nucleo operativo dei Ros.

Quest'ultimo dato, seppur presente nella medesima pronuncia, è del tutto

²⁸ CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (Dir. da), *Trattato di diritto penale, parte generale*, vol. II, Milano, 2013, 57 ss.;

incompatibile con la condanna dei concorrenti come istigatori, determinatori e facilitatori del delitto, poiché non si vede come i Carabinieri possano aver istigato o determinato la commissione di un delitto che si trovava già in corso di esecuzione.

Poniamo l'esempio che un uomo, affiliato di una associazione a delinquere, deliberi per l'omicidio di un rivale e che quest'ultimo nel frattempo venga ricoverato in ospedale per un malore, rendendo impossibile ai sicari di portare a termine il proposito criminoso.

Ammettiamo poi che, conclusi gli accertamenti, il primario provveda alle dimissioni del paziente e questi venga ucciso immediatamente fuori dalla struttura.

Se si seguisse il ragionamento della Corte di Assise di Palermo dovrebbe sostenersi che le dimissioni sono state condizione necessaria e sufficiente per la morte del paziente, che si trovava, al contrario, al sicuro all'interno della struttura sanitaria e, dunque, il primario medesimo dovrebbe essere in modo del tutto irragionevole condannato quale facilitatore o addirittura determinatore dell'omicidio.

Traendo le fila del ragionamento, se anche non possa negarsi che in un meccanismo di eliminazione mentale la mancata dimissione del paziente ne avrebbe impedito la morte, al contempo è del tutto irrazionale ritenere che le condotte poste in essere dai diversi agenti nell'esempio prospettato abbiano proceduto in modo concausale alla verifica dell'evento.

Tale esempio appare calzante soprattutto in ragione del fatto che per il medico, come per i Carabinieri, la condotta tenuta non costituisce di per sé reato e dunque a norma del disposto dell'art. 41 co. 2 i soggetti agenti dovrebbero andare completamente esenti da responsabilità.

È in questo senso quindi che si ritiene che l'attività posta in essere dai Carabinieri non possa essere definita come condotta causalmente rilevante ai fini della minaccia, se non nei limiti di una causalità del tutto sconnessa dalla componente soggettiva e dunque inammissibile²⁹.

4.1 Il dolo specifico ed il parallelo con il concorso in estorsione.

Proseguendo nella disamina degli elementi costitutivi del reato, è opportuno soffermarsi sulla visione della componente soggettiva individuata dalla Corte per i concorrenti atipici.

Anche in questo caso, infatti, per la posizione dei sodali di Cosa Nostra la

²⁹ CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (Dir. da), *Trattato di diritto penale, parte generale*, vol. II, cit.,80;

questione è meno discussa, ben potendosi accettare l'idea di un dolo specifico che abbia mosso i mafiosi nell'obiettivo di turbare la regolare attività del Governo della Repubblica. Al contrario, per i Carabinieri del ROS la motivazione merita una disamina più approfondita.

La Corte di Assise di Palermo sul punto, riferendosi all'imputato Mori, ha sostenuto che «ai fini del concorso nel reato contestato non è indispensabile che i soggetti si siano preventivamente accordati per commettere il delitto. È quindi irrilevante che il predetto imputato non abbia avuto, precedentemente all'assunzione della sua iniziativa, alcun contatto con i vertici mafiosi che poi avrebbero formulato la minaccia al governo. È sufficiente soltanto che l'autore in senso stretto del reato ed il compartecipe siano consapevoli l'uno dell'altro e quindi dei rispettivi apporti produttivi all'evento. Di tale consapevolezza reciproca nella fattispecie non può dubitarsi dal momento che l'azione sollecitatoria del dialogo, e quindi, delle conseguenti richieste, è stata indirizzata da Mori direttamente ai vertici mafiosi (*“Ma non si può parlare con questa gente?”*: gli stessi, i corleonesi, che Cinà ha definito nelle sue dichiarazioni spontanee “la controparte”), mentre a loro volta questi ultimi hanno formulato le loro condizioni per porre termine alla contrapposizione frontale ed alle stragi proprio perché informati dell'iniziativa dei Carabinieri e, dunque, dell'esortazione (implicita o esplicita che fosse) in essa insita.

La seconda puntualizzazione, integrativa della prima, è che ai fini della sussistenza dell'elemento psicologico nel reato è altresì necessario che il compartecipe conosca o almeno possa rappresentarsi le azioni che gli autori in senso stretto potranno porre in essere ed abbia, quindi, la consapevolezza di contribuire in qualche modo col proprio operato al verificarsi del fatto delittuoso. Anche in questo caso non può residuare alcun dubbio in proposito. L'imputato Mori, al più, almeno all'inizio, ovviamente, poteva dubitare che il proprio intendimento di giungere sino ai vertici mafiosi attraverso Vito Ciancimino potesse avere esito positivo, perché non poteva di certo ritenersi improbabile né che Ciancimino si rifiutasse di collaborare con i Carabinieri e di fare da intermediario con i vertici mafiosi, né che, per qualsiasi causa il medesimo Ciancimino non riuscisse ad instaurare il contatto né infine che questi rifiutassero qualsiasi interlocuzione³⁰.»

Più avanti, si prosegue, arrivando a sostenere che i Carabinieri avrebbero dovuto prefigurarsi la possibilità che, all'esito dell'apertura del canale di comunicazione, i corleonesi sarebbero potuti giungere a porre richieste quale contropartita del termine della strategia stragista e che, di conseguenza, «poiché è

³⁰ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 4668

stato lo stesso Mori a sollecitare “quella gente” è evidente che detto imputato fosse consapevole tanto di ciò che sollecitava quanto, nel caso in cui tale esortazione fosse stata accolta, di ciò che a questa sarebbe potuto conseguire ad opera dei mafiosi e cioè l’indicazione della contropartita e quindi delle proprie condizioni per la cessazione degli attentati e delle stragi³¹.»

A proposito del requisito della consapevolezza dell’obiettivo comune si rendono dunque necessarie alcune precisazioni.

Alla lettura della motivazione sembra emergere nuovamente il dubbio che vi sia stata una profonda confusione tra i piani della trattativa penalmente irrilevante e del concorso in minaccia a corpo politico dello Stato. È infatti evidente che sul punto la Corte si sia soffermata sulla consapevolezza di sollecitare un dialogo e, dunque, sulla possibilità che i mafiosi avanzassero richieste quale contropartita per la rinuncia alla strategia stragista, ed è chiaro come questa possibilità, è innegabile che fosse stata presa in considerazione dai Carabinieri del Ros, ma d’altro canto non si vede da dove possa farsi derivare una consapevolezza della futura attività minacciosa considerato che, è bene ricordarlo, la trattativa di per sé implica un rapporto sinallagmatico tra le parti che è del tutto inassimilabile alla volontà di ottenere un beneficio sotto la scure di un danno ingiusto.

Per altro verso è stato evidenziato che il dolo di concorso richiesto per i concorrenti non mafiosi avrebbe dovuto possedere la duplice coscienza e volontà di commettere quel determinato delitto e di commetterlo in comunione di intenti con altri.

Nel caso di specie la questione sarebbe di particolare rilevanza e complessità poiché, proprio in ragione della natura spiccatamente frammentaria degli avvenimenti, sia dal punto di vista giuridico che meramente temporale, appare poco plausibile ipotizzare una reale convergenza di intenti finalizzata di volta in volta al raggiungimento dell’obiettivo di piegare lo Stato al volere di Cosa Nostra, senza dimenticare che una così accurata ideazione e pianificazione degli eventi avrebbe a quel punto meritato la ben più grave imputazione per concorso esterno in associazione mafiosa e non il mero concorso atipico nel delitto di cui all’art. 338 c.p.³²

Le peculiarità della componente soggettiva per il reato contestato ai concorrenti atipici ha condotto frequentemente al parallelo con il concorso in estorsione, più volte avanzato nel corso del procedimento, a partire dalla memoria a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio presentata dalla Procura di Pa-

³¹ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri, 4668/4669

³² FIANDACA, LUPO, *La mafia non ha vinto, il labirinto della trattativa*, cit. 122

lermo nell'ormai lontano 2012³³. Sul punto si rendono quindi necessarie alcune brevi considerazioni.

L'idea della possibilità di assimilare il comportamento tenuto dai Carabinieri a quello del concorrente nel reato estorsivo si fonda su due direttrici principali: l'asserito concorso nella condotta di minaccia e l'identità di fini tra i concorrenti.

Nell'ottica assunta dalla Corte, infatti, l'apertura del canale di interlocuzione costituirebbe a tutti gli effetti una forma di partecipazione attiva alla condotta minacciosa e, dunque, in un certo senso alla richiesta estorsiva, mentre la consapevolezza di poter così sottoporre il governo alle richieste di Cosa Nostra rappresenterebbe la prova della sussistenza del dolo specifico richiesto dalla fattispecie. Già per quanto concerne il parallelo in merito all'elemento oggettivo si sono mosse alcune critiche, fondate principalmente sull'idea dell'impossibilità di ridurre ad unità la pluralità di condotte atipiche tenute dai concorrenti, con la condotta descritta dal delitto di cui all'art. 629 c.p., particolarmente puntuale sul piano della tipizzazione³⁴, ma vi è di più.

È sul piano dell'elemento soggettivo, che qui particolarmente interessa, che si ritiene si riscontrino i maggiori problemi.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, ai fini dell'integrazione del concorso di persone nel reato di estorsione è sufficiente la coscienza e volontà di contribuire con il proprio comportamento al raggiungimento dello scopo perseguito da colui che esercita la pretesa illecita; ne consegue che anche l'intermediario risponde del reato salvo che il suo intervento abbia avuto la sola finalità di perseguire l'interesse della vittima e sia stato dettato da finalità di solidarietà umana³⁵.

Come già evidenziato nella parte iniziale di questo paragrafo anche per la qualifica soggettiva del fatto la Corte sembra essere incorsa nella confusione tra la volontà di trattare e la ben diversa volontà di far giungere al destinatario la minaccia del clan mafioso.

³³ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, Memoria a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio; Proc. Nr.11719/12 R.G.N.R.D.D.A.: «Quanto alle condotte degli uomini dello Stato, imputati di concorso nella minaccia al Governo, sono tutti accusati di aver fornito un consapevole contributo alla realizzazione della minaccia, con condotte atipiche a sostegno delle condotte tipiche che si sono risolte nell'aver svolto il ruolo di consapevoli mediatori tra i mafiosi e la parte sottoposta a minaccia, quasi fossero gli intermediari di una estorsione. Con l'aggravante, nel caso di specie, che il soggetto estorto è lo stato e l'oggetto dell'estorsione è costituito dal condizionamento dell'esercizio dei pubblici poteri, così sviati dalla loro finalità istituzionale e dal bene pubblico.» p.149

³⁴ BARTOLI, *La probatio diabolica dell'elemento psicologico*, relazioni al convegno *“La trattativa statomafia: responsabilità penale o responsabilità politica?”*, Napoli, 16 ottobre 2018, cit.;

³⁵ Cassazione Penale, Sezione II, sentenza nr.37896, ud. 28 luglio 2017;

In applicazione di quanto rilevato dalla Corte di Cassazione non può dunque escludersi che i Carabinieri del ROS avessero coscienza e volontà di stare aprendo un rapporto di comunicazione con la mafia, ma ciò non dimostra che la medesima coscienza e volontà fosse rivolta alla finalità “estorsiva” nei confronti del Governo, per di più se si sottolinea che, sempre in aderenza alla posizione della Suprema Corte, proprio l’apertura della trattativa non può che considerarsi una condotta finalizzata ad un interesse generale dello Stato, con evidenti risvolti solidaristici: la conclusione delle stragi.

5. La configurabilità di scriminanti per la condotta dei R.O.S.

Alla luce delle considerazioni appena svolte a proposito della possibilità di individuare una tensione all’interesse generale dello Stato nell’agire dei Carabinieri, sorge la necessità di valutare la sussistenza di cause di giustificazione che possano incidere sull’antigiuridicità della condotta tenuta.

Si è inizialmente ipotizzato in dottrina che nel caso di specie si rientrasse a pieno titolo in una ipotesi di stato di necessità, *rectius* soccorso di necessità, scriminante regolata a norma dell’art. 54, che prescrive la non punibilità dell’agente che abbia commesso un fatto delittuoso per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non volontariamente causato dallo stesso agente né altrimenti evitabile, purché il fatto commesso fosse proporzionato al pericolo.

La sussistenza della scriminante è stata ipotizzata rispetto all’agire dei Carabinieri imputati poiché, assodata la commissione del delitto di minaccia a corpo politico, si è definita la condotta tenuta dagli imputati come unica reazione possibile alla strategia stragista di Cosa Nostra, finalizzata a salvare civili e rappresentanti del Governo dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

La condotta di concorso atipico nella minaccia al Governo sarebbe stata infatti posta in essere per reagire alla pianificazione delle stragi prospettata dall’associazione mafiosa, un pericolo attuale durante il corso della trattativa, non volontariamente causato dai militari ed altrimenti inevitabile rispetto alla condizione di attrito creatasi.

Per quanto si concordi con l’interpretazione appena fornita è da sottolineare, per dovere di completezza, che è stato da alcuni evidenziato come lo stesso dettato dell’art. 54 c.p. possa finire per impedire l’applicabilità della scriminante al caso di specie considerato che, a norma del secondo comma, si prescrive l’inapplicabilità della causa di giustificazione a chi abbia un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. Difficilmente potrà sostenersi che le forze dell’ordine non possano rientrare in tale categoria ed a tal proposito è stato evidenziato in dottrina il rischio che si nasconde nella indiscriminata ap-

plicazione della scriminante in commento a rappresentati delle forze di polizia poiché così facendo si finirebbe, in estrema sintesi, per ampliarne a dismisura le possibilità di reazione alle fisiologiche situazioni di pericolo³⁶.

Ad avviso di altri potrebbe invero comunque continuare sostenersi l'applicabilità al caso di specie del soccorso di necessità poiché quest'ultimo opera anche nell'ipotesi in cui un soggetto per sua libera scelta decida di intervenire spontaneamente per *salvare la vita di un terzo estraneo*³⁷.

La sussumibilità al c.d. soccorso di necessità per il caso di specie sarebbe dunque sostenuta dalla littera legis considerato che, una lettura restrittiva del secondo comma dell'art. 54, potrebbe portare a ritenere escluse dalla causa di giustificazione le condotte tenute dai soggetti che abbiano un particolare dovere giuridico di esporre loro stessi al pericolo, lasciando comunque meritevole di impunità il comportamento antigiuridico tenuto dal medesimo soggetto per salvare un terzo.

In altre parole se si interpreta la *ratio* della causa di esclusione dalla causa di giustificazione come volta ad evitare l'arbitrio del rappresentante delle forze dell'ordine per salvare se stesso da un pericolo che è intrinseco alla sua stessa attività lavorativa, può invece sostenersi che il medesimo, nel nostro caso Carabinieri, abbia agito entro i limiti del soccorso di necessità perché mosso dalla finalità ultima di salvare un terzo dal pericolo di perdere la vita.

6. La trattativa tra responsabilità penale e responsabilità sociale: il rapporto tra ordinamenti.

La Corte di Assise di Palermo ha tratto esplicite conclusioni dalle emergenze fattuali analizzate nel corso del dibattimento: è provato *oltre ogni ragionevole dubbio* che una trattativa vi sia stata, ed è altrettanto certo, al punto da comportare una condanna per tutti gli imputati del delitto di cui all'art. 338 c.p., che da questa attività di comunicazione tra istituzioni e Cosa Nostra sia scaturita una minaccia al principale Corpo politico dello Stato.

Tutte le perplessità in merito al corretto inquadramento della fattispecie sono state ampiamente esposte in precedenza, dunque, avviandoci alla conclusione di questo contributo, non rimane che soffermarsi sullo spettro che aleggia in ogni pagina della pronuncia della Corte: la trattativa in sé considerata.

Nella premessa alla parte terza della motivazione è lasciato ampio spazio all'inquadramento ed all'analisi della trattativa che viene definita, senza mezzi

³⁶ LONGOBARDO, *Il problema della configurabilità di cause di giustificazione o altre cause di esclusione del reato*, Relazioni al convegno "La trattativa stato-mafia: responsabilità penale o responsabilità politica?", Napoli, 16 ottobre 2018, disponibile su www.radioradicale.it.

³⁷ MANNA, *Corso di diritto penale*, op. cit. 336;

termini, *illecita* in quanto frutto di un'attività illegittima rispetto ai limiti della discrezionalità del potere esecutivo³⁸. In premessa va sicuramente evidenziata l'erronea identificazione concettuale tra il paradigma dell'illiceità e quello della illegittimità.

La differenza tra le qualificazioni di "illecito" e di "illegittimo" deriva indubbiamente dalla distinzione, nota in termini di teoria generale, tra norme regolative e norme costitutive per cui, in estrema sintesi, le prime regolano comportamenti che sono già naturalmente possibili mentre le seconde rendono possibili determinati comportamenti che vanno a regolare³⁹.

Nel caso di specie dunque la trattativa quale "fatto brutto", cioè comportamento materialmente e naturalmente possibile, può considerarsi illecita dal punto di vista del diritto penale solo ed esclusivamente se si rinviene nell'ordinamento una norma primaria, *id est* regolativa, che ne prescriva la punibilità qualificandone i caratteri nelle forme della fattispecie delittuosa.

È bene sottolineare che l'assenza della fattispecie non impedisce al fatto di esistere materialmente, è pacifico infatti che le condotte tenute dagli imputati possano aver costituito i caratteri della trattativa come comunemente considerata anche in assenza di una fattispecie penale che ne descriva la struttura, ma ciò, *a patto di non by-passare completamente il principio di stretta legalità in materia penale*, non può voler dire che il fatto debba considerarsi automaticamente illecito poiché venuto ad esistenza.

Onde, indirettamente, superare il principio di stretta legalità la Corte riconduce l'affermazione della illiceità della trattativa in sé considerata alla illegittimità della decisione assunta dal Governo, considerata come risultato di un eccesso nell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

In sentenza si legge infatti: «l'uso così distorto della discrezionalità del potere esecutivo [...] esalta nei fatti la forza stessa dell'organizzazione mafiosa che può permettersi di piegare lo Stato sino a far sì che siano violate le leggi che il medesimo Stato si è dato e, dunque, in conclusione rafforza l'associazione mafiosa nel suo complesso contribuendo al perpetrarsi del suo potere. Nessuna attività che produca un simile effetto può dirsi lecita laddove costituisce dovere imprescindibile ed inderogabile dello Stato contrastare e debellare definitivamente il contrapposto potere che le organizzazioni criminali esercitano sul territorio. E peraltro è bene precisare che giammai possono ricondursi all'esercizio del potere discrezionale provvedimenti comunque viziati nella causa che li origina e che conseguentemente già di per sé e per defini-

³⁸ Tribunale di Palermo, Corte di Assise sez. II, 20/04/2018 Bagarella e altri 845;

³⁹ HART, *The concept of law*, Torino, 2002, 89 ss.

zione trascendono l'ambito della discrezionalità riconosciuta all'organo politico/amministrativo.⁴⁰»

Su quest'ultima affermazione che di fatto dimostra, secondo la Corte, l'illiceità della trattativa, si rendono necessari taluni approfondimenti.

Il primo quesito riguarda la possibilità di considerare comunque prodotti del potere discrezionale provvedimenti “viziati nella causa che li origina”. La risposta a tale quesito discende dalla diversa interpretazione del significato di potere discrezionale in sé considerato: se la discrezionalità è considerata come ambito di libera scelta attribuita dalla legge all'Amministrazione, allora l'atto “viziato” per eccesso di potere sarà quello che ha trascorso i limiti imposti dalla legge medesima; se invece, la discrezionalità si intende come applicazione di norme extragiuridiche o di principi direttivi della funzione, allora vi sarà eccesso di potere quando l'atto viola queste regole tecniche, logiche, di buona amministrazione ed i principi ad esse sottesi⁴¹.

Alla luce di entrambe le definizioni, dunque, ben può affermarsi diretta espressione della discrezionalità amministrativa anche la produzione di un atto che si riveli successivamente viziato per cui, il piano di indagine si sposta sul sindacato di legittimità della decisione in sé considerata.

In altre parole è necessario chiedersi se può dirsi illegittima, perché espressione di eccesso di potere, la decisione del Governo di trattare con Cosa Nostra.

Non è certamente questa la sede opportuna per approfondire nei suoi termini più tecnici questo aspetto, tuttavia nelle forme della notevole semplificazione è opportuno sottolineare che non può accogliersi *de plano* la posizione della Corte quando sostiene l'irriducibilità assoluta a decisione legittima della volontà di trattare, considerato che, anche alla luce delle qualificazioni appena fornite, in nessun caso la volontà di perseguire l'obiettivo di tutela della collettività possa considerarsi “causa” contraria a leggi, principi o logiche di buona amministrazione. E se anche si volesse ritenere illegittima la decisione di trattare con la mafia e farne derivare l'illegittimità degli atti amministrativi che ne siano scaturiti, è in ogni caso inammissibile sostenere che da queste illegittimità discenda automaticamente l'illiceità della trattativa in sé considerata.

Dalle considerazioni appena svolte discende quanto meno il dubbio circa la correttezza della qualificazione di “fatto illecito” riservata alla trattativa, ed il

⁴⁰Corte di Assise di Palermo, sentenza nr. 2/2018, 849-850;

⁴¹FOLLIERI, *Logica del sindacato di illegittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano, 2017; 42 ss;

dubbio si alimenta quando, dando uno sguardo al fenomeno nel suo insieme, ci si chiede se questa pronuncia non sia semplicemente figlia di un periodo storico in cui i confini tra diritto penale ed etica pubblica si stanno pericolosamente assottigliando anche dentro alle aule di Tribunale⁴².

Come è stato autorevolmente sottolineato, infatti, la dicotomia Stato etico/Stato laico che rileva nelle dinamiche del diritto penale del tipo d'autore è pienamente legittima nel dibattito comune ma deve restare assolutamente al di fuori della sede processuale poiché il diritto penale dello Stato etico finisce per imbastire procedimenti sull' "intuizione di essenze" e non sulla deduzione di fatti, come sembra sia accaduto nel caso di nostro interesse⁴³.

L'essenza di fondo del processo sulla trattativa si ferma sulla necessità di punire una decisione politica che, per quanto estrema, voleva essere diretta ad ottenere un risultato positivo per l'ordinamento, ma nell'epoca del "diritto penale del nemico" la legittimazione della mafia ottenutasi quando la si è resa interlocutore diretto delle istituzioni statali evidentemente, secondo i giudici di prime cure, non deve restare impunita.

Ciò che si rischia, però, di sottovalutare è che « non si può fare la guerra alla mafia con il diritto penale, non solo perché una guerra fatta solo con questo strumento sarebbe perduta in partenza; ma anche perché il diritto penale non è uno strumento di guerra, bensì uno strumento giuridico di regolazione di obblighi, diritti e potestà che presiedono l'attribuzione di responsabilità a cittadini e l'uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite »⁴⁴.

In estrema sintesi ciò che traspare dall'analisi della pronuncia, anche al netto delle considerazioni di carattere prettamente tecnico-giuridico, è la concretizzazione di una responsabilità "politica" in una sede generalmente preposta alla sola responsabilità penale.

In questa vicenda gli imputati non mafiosi hanno risposto indirettamente per un fatto non previsto dalla legge come reato ma considerato riprovevole, immorale ed antisociale dalla generalità dei consociati e quindi così interpretato anche dai giudici di prima istanza, che evidentemente ne hanno filtrato nel processo la "precomprensione".

La "confusione" tra i piani dell'illiceità giuridica e di quella che potremmo

⁴² a tal proposito si veda: PELLEGRINO, *Etica pubblica, una piccola introduzione*, Roma, 2015;

⁴³ MOCCIA, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 244-246; TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia, tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001, 24-28;

⁴⁴ BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 120; MOCCIA, *op. ult. cit.* 58;

definire illiceità “etico-sociale” si è rilevata nei più diversi ambiti della pronuncia, e ciò dovrebbe suscitare un’ampia riflessione sul rischio di una deriva che ci sta inesorabilmente guidando verso una giustizia penale dell’etica più che dei principi costituzionali.

GIULIA CIOLELLA