

IL CONCORSO ESTERNO TRA GUERRE DI RELIGIONE E LAICITA' GIURIDICA

*Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello
nel processo Dell'Utri*

di Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. Premessa: un confuso tormentone recidivante nel circuito politico-mediatico-giudiziario. — 2. Ragioni di persistente (oggettiva) problematicità del concorso esterno. — 3. Rilievi sulla requisitoria del p.g. tra condivisione e critica. — 4. Cenni conclusivi.

1. Premessa: un confuso tormentone recidivante nel circuito politico-mediatico-giudiziario.

Il concorso esterno nel reato associativo continua ad apparire un istituto giuridico 'liquido', fluido, controverso, tormentato, divisivo: insomma, polemogico. Fonte persistente non solo di complesse dispute tecnico-giuridiche, ma persino di guerre di religione combattute a colpi di contrapposti *slogans* sparati nel circuito politico-mediatico dagli appartenenti ai due partiti avversi dei credenti e dei demolitori. Ciò sino al punto che la discussione pubblica finisce col trasformarsi in una sorta di scena surreale o di teatro dell'assurdo, in cui financo noti e qualificati magistrati finiscono col lasciarsi scappare banalità o sciocchezze.

Purtroppo, niente di nuovo sotto il sole. Le recentissime polemiche seguite alla requisitoria di Iacoviello costituiscono infatti una ennesima replica di quanto – *mutatis mutandis* – accadde, ad esempio, circa sedici anni fa per colpa (o, forse, più correttamente 'a causa') proprio di chi scrive. In sintesi, ricordo che quale relatore d'apertura a un convegno del 1996 sugli strumenti giuridici di contrasto alla mafia, organizzato dai gruppi parlamentari della Sinistra-democratica-L'Ulivo, avevo dedicato una ventina di righe della mia relazione alla tematica del concorso esterno, prospettando in chiusura il dubbio (peraltro già allora non nuovo) se fosse più opportuno, in luogo di confidare in un progressivo affinamento giurisprudenziale, predisporre un intervento legislativo *ad hoc*. Apriti cielo! A causa della strumentale enfattizzazione della questione da parte dei media, ne nacque anche allora una guerra di religione, e alcuni dei più prestigiosi p.m. antimafia di quel momento giunsero a contestarmi l'ingenuità accademica di farmi strumentalizzare dai nemici politici del concorso esterno e di contribuire così, sia pure involontariamente, alla delegittimazione

di indagini e processi in corso nei confronti di colletti bianchi collusi con la mafia. Per una ricostruzione più in dettaglio dell'intera vicenda, e un resoconto del dibattito pubblico di allora somigliante come un gemello a quello di oggi, si può – volendo – rileggere il mio scritto *Il “concorso esterno” agli onori della cronaca* (pubblicato nel primo fascicolo di *Foro it.*, 1997, V, 1 ss.), che cito appunto perché esso sembra (purtroppo!) mantenere piena attualità, a dispetto del non poco tempo trascorso.

Nella parte finale di tale scritto, non senza pessimismo, concludevo (sia perdonata l'autocitazione) così: “Ma, forse, è ormai troppo tardi per svegliarci dalla sbornia mediatica nella quale rischiamo di perdere il ben dell'intelletto”.

Pessimismo, ahinoi, confermato dall'ultima babele mediatica?

2. Ragioni di persistente (oggettiva) problematicità del concorso esterno.

Fuori da guerre di religione e da partiti presi pro o contro l'istituto del concorso esterno, la lettura dello schema della requisitoria di Francesco Iacoviello offre importanti spunti per continuare a riflettere con spirito laico su alcuni nodi di fondo e su alcuni elementi di criticità che rendono a tutt'oggi difficoltosa la gestione giudiziale dell'istituto medesimo. Nodi di fondo ed elementi di criticità che in realtà persistono – sarebbe inutile nascondersi dietro un dito – nonostante i notevoli sforzi di progressiva tassativizzazione per via giurisprudenziale dei presupposti della contiguità punibile – sforzi invero soltanto sino a un certo punto coronati da successo, come è anche comprovato dalla oggettiva difficoltà per i giudici di merito di applicare nei diversi casi concreti oggetto di giudizio i principi fissati dalla ormai celebre pronuncia a sezioni unite Mannino del 2005. La principale causa delle difficoltà applicative deriva, verosimilmente, dalla pretesa – canonizzata nella sentenza Mannino per comprensibili esigenze di garantismo individuale – di accertare con un rigoroso criterio di causalità *ex post* il contributo recato dall'*extraneus* al funzionamento o al rafforzamento dell'organizzazione criminale: per cui l'alternativa per i giudici di merito è o di vedere estremamente ridotta l'area di possibile rilevanza penale delle condotte di sostegno esterno (a causa, appunto, della difficoltà di verificarne l'efficacia causale con rigore metodologico), ovvero di flessibilizzare più o meno surrettiziamente l'accertamento eziologico accontentandosi nella sostanza di una mera idoneità causale in una prospettiva *ex ante*. Un'attenta analisi della giurisprudenza successiva alla sentenza Mannino consente, peraltro, di mettere in evidenza che sono gli stessi giudici di legittimità a continuare a confondere causalità e idoneità causale (cfr., ad esempio, Cass. sez. VI 19 novembre 2010, Miceli). Una conferma del fatto che non è il paradigma causale – al di là della preparazione giuridica e dell'acribia del singolo giudice (o pubblico ministero) – il criterio più adatto di rilevanza penale del concorso esterno? Se fosse davvero così, riceverebbe ulteriore legittimazione la prospettiva di una esplicita tipizzazione legislativa del concorso esterno, da costruire però su criteri di imputazione sganciati dalla logica causale.

La mancanza di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, e il persistente utilizzo dei paradigmi generali (e generici) del concorso criminoso continuano a sollevare

problemi anche in punto di elemento soggettivo. È verosimile che la sentenza Mannino sia eccessivamente pretenziosa, infatti, nel richiedere un dolo di concorso così pregnante, da includere (non solo la consapevolezza, ma anche) la volontà dello stesso concorrente esterno di dirigere il proprio contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma associativo. Come abbiamo avuto già occasione di osservare, questa ricostruzione del dolo (da cui consegue la messa a bando del dolo eventuale), se risponde alla comprensibile esigenza (anche questa volta individualgarantistica) di controbilanciare sul versante dell'imputazione soggettiva i perduranti spazi di (inevitabile) indeterminatezza della fattispecie oggettiva, finisce per altro verso con l'inserire impropriamente, nell'orizzonte rappresentativo-volitivo del concorrente esterno, contenuti che sono psicologicamente e criminologicamente più tipici della sfera psichica dell'intraneo: la lunga esperienza sinora maturata dei fenomeni di contiguità mafiosa è, infatti, ben lungi dal confermare che il fiancheggiatore esterno abbia normalmente interesse a far propri i fini dell'associazione criminosa.

Ma vi è di più. Un ulteriore nodo problematico connesso al modello di responsabilità a clausola generale deriva dal fatto che si dispone di uno strumento repressivo che, proprio in ragione della sua duttilità e potenziale adattabilità alla varietà anche imprevedibile dei casi concreti (come ribadisce, molto di recente, Carlo Federico Grosso ne *la Stampa* del 12 marzo 2012; ma in senso giustamente critico cfr. Costantino Visconti, *Uno Stato di diritto non fornisce alibi al concorso esterno*, ne *L'Unità* del 16 marzo 2012), si presta a tipi di utilizzo giudiziale eccessivamente cedevoli a fattori di condizionamento che vanno al di là della logica *penalistica* concepita in senso stretto. Come, ad esempio, la preoccupazione dei magistrati antimafia di privilegiare, tra più qualificazioni tecnico-giuridiche possibili dei fatti oggetto di vaglio, quella più idonea a veicolare messaggi pedagogici alla pubblica opinione anche in chiave di etichettamento simbolico del disvalore politico o etico-sociale che, al di là della lesione giuridica strettamente intesa, si ritiene insito nei fatti in questione: da questo punto di vista, qualificare un certo fatto concorso esterno, piuttosto che ad esempio favoreggiamento sia pure aggravato, può essere considerata da parte di un magistrato di merito propenso alla stigmatizzazione simbolica opzione preferibile proprio allo scopo di sottolineare che l'autore del fatto merita di essere condannato per il suo colpevole sostegno alla mafia quasi come se fosse un mafioso.

Una simile propensione politico-giudiziaria a privilegiare il ricorso alla generica categoria del concorso esterno, in luogo di (o in aggiunta a) un ben possibile inquadramento tecnico del fatto sotto un più definito e classico paradigma criminoso di parte speciale, è ad esempio di recente emblematicamente emersa con riferimento al noto caso Cuffaro. Nonostante il definitivo avallo in Cassazione della condanna dell'ex presidente della Regione siciliana per rivelazione di segreti di ufficio e favoreggiamento aggravati dal fine di agevolare la mafia (art. 7 d.l. n. 152 1991), la procura palermitana ha insistito nel prospettare una ulteriore imputazione per concorso esterno, nel presupposto che l'intervenuta condanna per i reati specifici sia pure aggravati dal fine di agevolazione mafiosa non fosse sufficiente a esaurire il disvalore delle condotte di contiguità attribuibili all'esponente politico: solo che questa ulteriore imputazione di concorso esterno (in atto *sub judice*) si basa su una rilettura – in

chiave, appunto, di contributo concorsuale al rafforzamento di Cosa nostra – di gran parte dei medesimi fatti (salva l’aggiunta di un episodio nuovo non preso in considerazione nel primo processo) posti alla base della condanna già passata in giudicato. In tal modo, i reati specifici oggetto di quest’ultima fungerebbero da indicatori fattuali o elementi di prova della condotta, o meglio dell’assorbente ruolo di concorrente esterno rivestito dall’uomo politico; e questo (presunto) maggiore disvalore insito nel (presunto) concorso esterno sarebbe tale, nell’impostazione dei pubblici ministeri, da superare ogni sbarramento opponibile in nome del principio del *ne bis in idem* sostanziale!

Che impostazioni accusatorie come questa risultino palesemente abnormi invece proprio in base al divieto di punire due volte i medesimi fatti, a un operatore giuridico dotato di un senso minimo del diritto non dovrebbe per nulla sfuggire. Comunque, al di là dell’estremizzazione esemplificativa ora fatta col richiamo dei più recenti sviluppi della vicenda Cuffaro, rimane un dato che sarebbe difficile anche più in generale contestare: l’imputazione di concorso esterno consente alla magistratura di merito ampi margini di gioco, oltre che nella scelta della qualificazione giuridica dei fatti storici, nella stessa ricostruzione giudiziale della fattispecie concreta. È – direi – strutturalmente insita in questa forma di imputazione una ambiguità logica, tale per cui i medesimi elementi fattuali possono – volendo – assumere ora il ruolo di elementi costitutivi del reato contestato, ora il ruolo di elementi di prova: sicché, tra fatto e prova si realizza una forma di possibile interscambio, che crea però il perdurante rischio di un ragionamento giudiziale che si involge in un vero e proprio circolo vizioso. Anche perché non sempre risulta sufficientemente chiaro in anticipo, allo stesso interprete/applicatore giudiziale, quale sia il vero senso dell’imputazione di concorso esterno: si imputano uno o più fatti specifici? O si imputa piuttosto l’esercizio di un ruolo o di una funzione, che vanno al di là di fatti specifici e che attraverso fatti specifici devono essere invece provati? Che si tratti dell’imputazione, più che di fatti o contributi specifici e concreti, di ruoli o di funzioni è una ‘pre-comprensione’ – anche implicita – che potrebbe derivare proprio dal fatto che la condotta di concorso in questo caso si ricollega ad una realtà associativa, come tale tipicamente operante secondo la logica dei ruoli e delle funzioni: così come esiste il tipico ruolo di partecipe (interno), in maniera analoga il sostenitore esterno dell’organizzazione criminale finisce col rappresentare un altro ruolo, prima ancora di impersonare l’autore di singole condotte materiali.

E’ verosimile che questo tipo di approccio (anche implicitamente) organizzatorio-funzionalistico, più che descrittivo in senso naturalistico, finisca con l’influenzare la formulazione giudiziale degli stessi capi d’imputazione: dove emerge di solito una certa ambiguità o ambivalenza tra fatti di reato contestati e corrispondenti elementi di prova e, non a caso, il *quid proprii* del concorso esterno punibile viene non di rado indicato in termini di assunzione di ruoli a spettro più o meno ampio e più o meno duraturi nel tempo, più che mediante l’indicazione di puntuali e circoscritti comportamenti agevolatori delle organizzazioni criminali.

3. Rilievi sulla requisitoria del p.g. tra condivisione e critica

Lo schema di requisitoria redatto con grande acume ed elevata sensibilità giuridica dal procuratore generale Iacoviello sollecita rilievi in termini sia di ampia concordanza, sia di possibile presa di distanza critica.

A) In linea di principio, l'enfasi posta nella prima parte della requisitoria del procuratore generale sull'esigenza, nella scia della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, di formulare i capi di imputazione nella maniera più precisa e dettagliata possibile appare pienamente condivisibile. Una chiara formulazione del fatto o dei fatti di reato addebitati assolve, infatti, una funzione duplice: da un lato, l'imputato è posto in condizione di conoscere bene gli addebiti da cui deve difendersi; dall'altro, si pongono le basi di partenza del processo argomentativo da sviluppare ai fini della motivazione della sentenza.

D'altra parte, come si mette altresì bene in evidenza nella requisitoria, l'esigenza di chiarezza e precisione nella formulazione dell'imputazione è, sempre in linea di principio, un riflesso del principio di tipicità quale criterio-cardine della materia dei delitti e delle pene. Nessuno, né teorico né pratico del diritto penale, potrebbe in proposito contestare il livello di rigore con cui la requisitoria richiama a una inderogabile osservanza dei canoni di precisione!

E' muovendo da queste premesse di principio che la requisitoria sottopone a critica erosiva le modalità con le quali la magistratura palermitana ha formulato l'imputazione nel caso Dell'Utri. In effetti, se si dà uno sguardo alle parti alla sentenza di secondo grado, ci si accorge che i fatti sono contestati con una genericità e una vaghezza addirittura imbarazzanti. Esemplicando, in sintesi, si addebita all'imputato di avere messo a disposizione di Cosa nostra l'influenza e il potere derivanti dalla sua posizione di esponente del mondo finanziario ed imprenditoriale, e di averla così rafforzata, *et similia* (così, oltretutto, disattendendo chiaramente i principi della sentenza a sezioni unite Mannino, che esclude espressamente che il concetto di disponibilità o messa a disposizione risulti adatto a connotare un concorso esterno punibile).

In altre parti della sentenza di condanna, emergono contestazioni formulate privilegiando il tipo di ruolo o funzione che l'imputato avrebbe rivestito: si parla così di "canale di collegamento" o di "tramite" tra i rispettivi versanti di Berlusconi e di "Cosa nostra". Secondo la requisitoria, si tratta di "metafore" inadatte a concretizzare un'accusa. Ma è davvero così? In effetti, come abbiamo visto sopra, la propensione a ravvisare il senso del concorso esterno nel reato associativo nello svolgimento di un ruolo o di una funzione deriva proprio dal fatto che la condotta concorsuale in questi casi accede a un reato *sui generis* come l'associazione criminale, che è un tipo di illecito strutturalmente ben diverso dal puntuale e circoscritto reato classico come il furto, l'omicidio ecc. Sicché, non ravviserei obiezioni logiche o di principio rispetto a un siffatto modo di formulare l'imputazione: a condizione, beninteso, di indicare nel contempo con precisione le forme concrete di condotta da utilizzare come "indicatori

fattuali” espressivi del ruolo esercitato dall’imputato, e di cui va verificata l’effettiva incidenza causale in termini di rafforzamento dell’associazione medesima.

B) Altre parti della requisitoria affrontano questioni che assumono rilievo in una prospettiva di diritto penale sostanziale in senso più stretto.

In proposito, comincio col richiamare il quesito giuridico che, muovendo dall’analisi della concreta vicenda estorsiva oggetto di giudizio, viene prospettato in termini più generali nel par. 3 della requisitoria. In sintesi, mi limito a riprodurre il quesito (rinviando per il resto alla lettura della corrispondente parte della requisitoria): “se il contributo del concorrente esterno consiste (come in questo caso) nel portare a buon fine una estorsione, la sua condotta deve avere i caratteri del concorso all’estorsione o deve avere un *quid pluris* o un *quid minus*?”.

Il quesito è apparentemente ben posto e intrigante. V’è da chiedersi, nondimeno, se l’extrapolazione di questo tipo di interrogativo giuridico dalla specifica vicenda Dell’Utri sia una necessità imposta da una corretta logica giuridica, non essendovi alternative possibili in sede di ricostruzione della vicenda stessa. Probabilmente, le cose non stanno così. Il fatto che gli stessi pubblici ministeri – a prima vista sorprendentemente – non abbiano contestato all’imputato innanzitutto il concorso nel reato di estorsione deriva, verosimilmente, da una ricostruzione del significato della vicenda non già secondo normali paradigmi di criminalità comune, bensì con lenti ermeneutiche specificamente orientate alle peculiarità dell’universo mafioso. In termini più espliciti, è verosimile che la magistratura palermitana non abbia ravvisato nell’attività di intermediazione realizzata dall’imputato un vero dolo di (concorso in) estorsione: ma, piuttosto, abbia letto questa stessa attività come finalizzata, da un lato, a ridurre i danni a carico dell’amico Berlusconi e, dall’altro, a strumentalizzare l’episodio estorsivo come occasione per potere instaurare anche per il futuro rapporti di reciproco vantaggio tra Berlusconi e il versante mafioso.

Contro questa possibile ottica ricostruttiva, non sembrano decisive neppure le critiche che la requisitoria muove nel par. 7.7 sotto il titolo “La teoria del mediatore”: dove si obietta che non sarebbe plausibile una mediazione nel contesto di un’estorsione (per di più mafiosa), né che la mafia abbia bisogno di un mediatore. È davvero così?

In realtà, la storia e il sapere sociologico attestano che l’attività di mediazione anche tra autori e vittime di reati rientra invece tra (per dir così) le funzioni sociali più tradizionali delle mafie classiche; né esistono ragioni per escludere che, a seconda delle contingenze e delle opportunità concrete, i mafiosi possano di fatto delegare a soggetti esterni (o accettare da soggetti esterni) lo svolgimento di funzioni mediative.

C) Un’altra questione giuridica toccata nella requisitoria (precisamente al par. 12.1) concerne il problema se il concorso esterno abbia natura permanente. E’ senz’altro corretto escluderlo (almeno nel senso di fare riferimento a una permanenza “necessaria”) – come giustamente sostiene il procuratore generale nel criticare sul punto la sentenza di merito – anche perché, se così fosse, non riuscirebbe possibile differenziare in concreto un concorso ‘permanente’ da una vera e propria partecipazione (interna) all’associazione.

D'altra parte, in questo senso è pacificamente orientata la giurisprudenza di legittimità (cfr., ad esempio, Cass. Sez. II 11 giugno 2008, Lo Sicco).

4. Cenni conclusivi.

L'analisi della requisitoria potrebbe continuare. Quanto fin qui osservato, pur con riferimento ai punti meno condivisi, non giustifica in ogni caso le non poche obiezioni preconcrete, ora sopra le righe ora superficiali, che all'approccio argomentativo sviluppato da Francesco Iacoviello sono state rivolte.

La lettura della motivazione della sentenza di annullamento con rinvio chiarirà quale peso ha avuto la rigorosa impostazione critica del procuratore generale. Al quale va in ogni caso il merito di avere seriamente argomentato "a favore del diritto"; ancorché, proprio in tema di concorso esterno, cosa veramente sia "diritto" continua purtroppo ad apparire controvertibile. E, d'altra parte, trovo tutt'altro che scandaloso che nella requisitoria si giunga ad affermare che nell'istituto del concorso esterno "ormai non ci si crede più". In coerenza col taglio della requisitoria medesima, e con la complessiva personalità e col valore di giurista di Francesco Iacoviello, il non crederci più va interpretato nel senso che sarebbe illusorio puntare sul concorso esterno come uno strumento magico o di facile uso giudiziale: piuttosto, il procuratore generale rivolge un ammonimento affinché un dispositivo di incriminazione così complesso e delicato sia utilizzato col massimo della perizia tecnica e del rigore.