

Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno

Ancora sulla requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo Dell'Utri

SOMMARIO

1. LA REQUISITORIA IACOVIELLO E IL CONCORSO ESTERNO TRA DIRITTO PENALE 'NORMALE' E DIRITTO PENALE DI 'LOTTA'. – 2. LE POSIZIONI SULLA RIFORMA DEL CAMPO DI MATERIA. – 3. L'INCOMPATIBILITÀ DELLE IMPUTAZIONI ANCORATE ALL'AREA DEL TRAFFICO DI INFLUENZA CON I PARAMETRI DI TIPICITÀ DELLA MANNINO. – 4. LA CONFIGURABILITÀ DEL CONCORSO ESTERNO NELL'ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE COMUNE. – 5. LA CULTURA DEL PROCESSO NEI MEDIA.

1 LA REQUISITORIA IACOVIELLO E IL CONCORSO ESTERNO TRA DIRITTO PENALE 'NORMALE' E DIRITTO PENALE 'DI LOTTA'

Quanti hanno acquisito dimestichezza con le questioni di rilevanza (normativa) e di funzionamento (probatorio-processuale) del *concorso esterno*, nella lunga stagione della sua peculiare costruzione giurisprudenziale, non avranno avuto difficoltà a individuare una appropriata *dimensione giuridica di senso* nella posizione, di apparente nichilismo, espressa dal Procuratore Iacoviello sulla perdurante utilità dell'istituto. Da un lato, riconoscendone la corrispondenza alla 'lezione' dell'esperienza; dall'altro, smascherando il carattere propagandistico di una comunicazione mediatica che ne ha 'volgarizzato' la portata, riducendola all'espressione "al *concorso esterno non si crede più*".

La consapevolezza dello scarto tra significato deontologico del concorso esterno – per come è venuto sedimentandosi a seguito dei progressivi interventi di cesellatura nomofilattica compiuti dalla Cassazione riunita – e la pratica quotidiana della sua interpretazione, induce ad intravedere in quella frase non una posizione ideologica di ostilità verso un congegno di incriminazione che, pur tra controversie e fraintendimenti durevoli, continua a rappresentare la frontiera avanzata del contrasto giudiziario al sostegno associativo; bensì la sottolineatura di una situazione di sofferenza applicativa del 'dispositivo', da tempo denunciata in sede teorica.

In discussione, infatti, non è l'impianto di giustificazione politico-criminale del concorso esterno nelle articolazioni costituite dalla *meritevolezza* e dal *bisogno* di penalizzazione degli aiuti forniti alle consorterie di stampo mafioso, specie se provenienti da settori qualificati della società civile; così come in discussione non è la 'sapienza' dei bilanciamenti che stanno dietro la traduzione di tale esigenza nel protocollo di tipicità stilato dalle Sezioni unite, soprattutto nella versione scaturita dalle insistite puntualizzazioni della Mannino.

Ad alimentare uno spazio di dibattito – nel quale crediamo di poter collocare la posizione 'perplessa' del Procuratore Iacoviello – vi è l'incapacità di quel modello ermeneutico di divenire 'diritto giudiziario', conformando prassi che ne implementino condizioni e limiti dei profili di rilevanza.

Si tratta, com'è noto, di un paradigma che, scolpito su una struttura di tipicità a spiccata impronta individual-garantista, esige l'adempimento di oneri probatori pregnanti.

Sul piano ideologico, si può dire che esso ha nobilitato un arnese del *diritto penale 'di lotta'*, segnandone il passaggio nell'orbita di un *diritto penale 'normale'*, conforme ai principi.

Non credo sia azzardato affermare che quel modello ‘celebri i fasti’ delle funzioni di *Magna Charta* della fattispecie, ove si consideri che non si limita a ripudiare concezioni sintomatiche ed eticizzanti della *contiguità compiacente*, ma si spinge a strutturare il fiancheggiamento associativo sull’archetipo del reato di evento, ricostruito secondo schemi di rigorosa causalità.

Sul piano del *law enforcement*, invece, la lezione trasmessa dalla prassi applicativa non è confortante: ci informa, infatti, che quella raffinata nozione di ‘contiguo’, tanto intrisa di liberalismo penale, trascende le prestazioni cognitive d’ordinario rese dai processi di mafia.

È questo uno snodo cruciale della riflessione necessaria a diagnosticare lo stato di salute del concorso esterno ed a valutare bisogni e ragioni di una prospettiva di riforma.

Mi sembra importante soffermarsi, al riguardo, sui rapporti tra la costruzione in chiave causale del concorso esterno e le politiche giudiziarie di utilizzo di tale strumento. Proprio nei risvolti di questa problematica relazione va ricercata l’origine delle slabbrature e delle discontinuità applicative che, nel tempo, hanno minato l’affidabilità ordinante del concorso esterno.

L’esperienza, anche personale, mi permette di sostenere che, nei primi anni di gestazione del nuovo strumento, non vi è stata adeguata consapevolezza delle ricadute probatorie del suo impiego.

L’idea di fondo, circolante negli orientamenti di taluni Uffici di Procura, individuava nel concorso esterno vuoi una mera figura di qualificazione, piuttosto che un ‘fatto’; vuoi una variante logico-strutturale della partecipazione associativa. Ne conseguiva, in ogni caso, il convincimento che la verifica processuale potesse essere governata dalle medesime strategie probatorie impiegate per l’accertamento della intraneità associativa.

Si è mancato di considerare che lo ‘sdoganamento’ del concorso esterno è stato parte di un più ampio processo di ristrutturazione ermeneutica delle condotte associative, esito del quale, da un lato, è stato il traghettamento di queste ultime nell’universo semantico proprio del concetto di *organizzazione*; dall’altro, la messa in ‘comunicazione dialogica’ del concorso esterno con le strutture di significato caratteristiche delle relazioni causali.

In altri termini, non si è preso atto che *partecipazione e concorso esterno* non si distinguono per grandezze quantitative, bensì per entità semantiche.

Tutto questo ha portato a privilegiare anche per il concorso esterno la fonte labiale di conoscenza (segnatamente quella dei collaboratori di giustizia), nell’ambito di programmi probatori orientati a verificare l’esistenza di rapporti di ‘vicinanza’ e/o ‘disponibilità’ ascrivibili all’area dei traffici personali di influenza, anziché alla produzione, da parte dell’*extraneus*, di effettivi vantaggi in favore del sodalizio.

Ne è derivata una valanga di assoluzioni, che hanno definito molti fra i più importanti processi per concorso esterno celebrati negli anni novanta scorsi.

Ad un periodo successivo risale il fenomeno opposto, caratterizzato da condanne emesse anche in ipotesi di mancata prova del raggiungimento del risultato a cui era preordinato l’aiuto associativo prestato dall’*extraneus*.

Non di rado, infatti, accade che i giudici si lascino soggiogare dalla tentazione (talvolta generata dal soverchiante condizionamento legato a giudizi di disvalore del fatto storico) di *processualizzare* il modello liberal-garantistico di concorso esterno, adattandolo ai compendi probatori disponibili e, dunque, condannando l’*extraneus* anche quando manchi la prova che il suo intervento abbia determinato un esito favorevole agli interessi dell’associazione.

Si situa nelle pieghe di questa realtà il preteso scetticismo e/o nichilismo di Iacoviello. Il suo ‘grido’ non ha natura ‘prescrittiva’: non esorta a fare a meno del concorso esterno. La sua è una constatazione: al concorso esterno non si crede perché esso ha smarrito la capacità di disciplinare la materia del fiancheggiamento associativo, secondo criteri capaci di rendere prevedibili gli esiti processuali.

In altri termini, la delicata – e pregevole – costruzione giurisprudenziale del ‘tipo criminoso’ di impronta liberalgarantistica non riesce più a persuadere i giudici del merito.

Da un canto perché, con ogni probabilità, non corrisponde ai giudizi di meritevolezza e rilevanza politico-criminale, diffusi nei circuiti di discussione e di confronto da cui traggono alimento gli orientamenti valoriali di fondo della nostra magistratura; dall’altro, perché non rappresenta uno strumento funzionale all’obiettivo di reprimere con efficacia le collusioni favoreggiatrici delle mafie, che ne costituisce, come viene sagacemente osservato, il ‘capitale sociale’.

Si può ben dire, allora, che l’appello a far uso di schemi propri del ‘diritto penale normale’ per qualificare il sostegno associativo non ha incontrato una convinta accoglienza da parte dei giudici territoriali, i quali, evidentemente, considerano più appropriato collocare il concorso esterno nell’arsenale degli strumenti di ‘lotta giudiziaria’ ed in ragione di ciò impiegano la struttura causale dell’accertamento processuale in una versione ‘debole’ e ‘flessibilizzata’, sostituendola con mere valutazioni di idoneità *ex ante*.

Indicativa dello ‘scollamento’ tra la nomofilachia delle Sezioni unite e le decisioni di merito sarebbe (secondo la requisitoria del P.G.) il vuoto motivazionale della pronuncia di appello del processo Dell’Utri, nella parte in cui avrebbe sviluppato il discorso ricostruttivo della responsabilità dell’imputato senza ‘dialogare’ con i principi affermati dalla *Mannino*.

Qualcosa di simile era accaduto nella sentenza *Tursi Prato* del giugno 2007.

Qui, seppur chiamata a stabilire la configurabilità del concorso esterno in relazione al patto elettorale politico-mafioso - ‘caso tipologico’ sul quale era stata elaborata la massima di *Mannino* – la Corte di Cassazione ha accuratamente evitato di farvi cenno, anche al solo fine di confutarne i principi. E, d’altra parte, in quella vicenda l’obliterazione del riferimento alla *Mannino* è apparsa strumentale a riesumare proprio quella concezione del concorso esterno, di ispirazione sintomatico-spirituale, contro cui l’arresto delle Sezioni unite aveva assunto una posizione di intransigente condanna.

Sulle basi innanzi evidenziate, riesce difficile non definire velleitaria la difesa di ufficio dello *status quo*.

La legittimazione dell’odierno assetto a conformazione giurisprudenziale, caratterizzato, purtroppo, ormai, da spiccata anarchia ermeneutica, non può discendere dalla considerazione che, in virtù della vigenza della fattispecie di concorso esterno, ancora oggi si avviano indagini, si applicano misure cautelari e si imbastiscono processi!

Si tratta di una cripto-argomentazione, che realizza una ‘fuga’ dal confronto discorsivo, collocandosi fuori dalla logica della confutazione di una posizione che non si condivide.

A chi denuncia una cattiva qualità del diritto giudiziario in materia non si può opporre il dato che un diritto giudiziario comunque esista!

Il punto è, all’evidenza, un altro. Si tratta di valutare la capacità di tenuta dell’orientamento nomofilattico, faticosamente costruito dopo anni di gestazione; dunque, la conformità, ai delicati bilanciamenti che in esso hanno trovato formalizzazione, degli atti tipici attraverso i soggetti pubblici del processo (P.M. e giudici) declinano la tipicità dell’istituto, riversandola, rispettivamente, nelle imputazioni che formulano e nelle motivazioni dei provvedimenti decisori che adottano.

Ora, affrontando la questione ‘laicamente’, senza dover temere che il punto di vista che si vuole sostenere (qualsiasi, purché debitamente argomentato) possa essere tacciato di ‘eresia eversiva’, scatenando anatemi e guerre di religione, penso che se la cultura giudiziaria contemporanea appare refrattaria ad accogliere il paradigma di concorso esterno selezionato su basi di rigorosa causalità, occorra prenderne atto ed aprire seriamente il cantiere per una riforma ‘legale’ del campo di materia.

Opporre in nome della cultura dell'antimafia un sostanziale veto a discutere delle odierne capacità di tenuta della fattispecie ostacola il progresso della vita democratica, la qualità discorsiva delle idee nel foro del confronto pubblico.

In questa ottica, il compito del legislatore dovrebbe risultare facilitato dalla possibilità di attingere ad una serie di indicazioni, sia di metodo, sia di contenuto, provenienti dalla dottrina, talvolta nella forma di un compiuto articolato. Il riferimento corre alla prospettiva di riforma delineata da Costantino Visconti nel suo noto lavoro monografico e da lui riproposta sulle colonne di questa rivista.

Essa ha il merito di sdrammatizzare la questione del sovraccarico probatorio imposto dal doveroso accertamento della effettiva causalità del contributo dell'*extraneus*, individuando un felice punto di equilibrio tra il patrimonio di garanzie individuali di un *diritto penale normale* e le pretese interventistiche di tutela che alimentano un *diritto penale di lotta*.

Tralasciando di approfondire ulteriormente il discorso sulle prospettive *de iure condendo* e tornando a concentrare l'attenzione sull'oggetto specifico di questo intervento, un ulteriore spunto di riflessione fornito dalla requisitoria Iacoviello riguarda la compatibilità con il modello causale di concorso esterno delle contestazioni 'ampie', coincidenti con l'assunzione di compiti esterni di mera interlocuzione funzionale.

Si tratta di una modalità imputativa piuttosto diffusa, specie nei confronti di imputati che abbiano rivestito e svolto ruoli istituzionali e/o di politica attiva.

Penso che questo genere di contestazione dovrebbe essere bandita, se si vuol prendere sul serio il paradigma causale elaborato da *Mannino*: l'adesione a quest'ultimo comporta infatti un mutamento della fisionomia del processo per concorso esterno, trasformandolo in un processo volto all'accertamento 'oltre ogni ragionevole dubbio' della realizzazione di fatti produttivi di vantaggi specifici, che possono essere collocati in un tempo definito.

Tali fatti dovrebbero poter essere indicati, in termini enunciativi 'chiari' e 'precisi' (arg. *ex art.* 417, comma 1, lett. b), c.p.p.), non solo per consentire l'esercizio del diritto di difesa, ma anche per promuovere l'ottimale implementazione delle garanzie del giusto processo conforme a Costituzione.

Non si può non concordare con Iacoviello quando invita a proiettare i problemi di legalità delle imputazioni su un orizzonte più ampio di quello additato in giurisprudenza, che individua nella salvaguardia del diritto di difesa la *ratio* di tutela dell'esigenza di completezza e chiarezza della contestazione.

Ben vero, contestazioni strutturate su descrizioni di fatti individuabili sulla base di coordinate spaziali e temporali, giovano al contraddittorio – quello che si esercita nella formazione della prova, ma anche quello puramente argomentativo – nonché alla posizione di terzietà e di imparzialità del giudice ed alla struttura dialettica della giustificazione della decisione.

Il contraddittorio può esplicitare con effettività le proprie pretese epistemiche, consistenti nel procurare una conoscenza qualitativamente utile a ricostruire il fatto nella forma più affidabile possibile, se le parti siano poste in condizione di concentrare sui punti davvero rilevanti la loro acribia dialettica.

In tal modo, si preserva anche la terzietà e l'imparzialità del giudice, il quale può esercitare una funzione arbitrale di scelta dell'ipotesi ricostruttiva ritenuta preferibile, a condizione che ciascuna parte – innanzi ad una chiara perimetrazione della regiudicanda – abbia sviluppato un pertinente progetto di sentenza. Si evita così che il giudice debba elaborare un'ipotesi ricostruttiva propria, che non abbia formato oggetto di confronto dilemmatico.

Ciò consente, infine, di attuare il modello dialettico di giustificazione della decisione, scolpito dall'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p.

4

LA CONFIGURABILITÀ DEL CONCORSO ESTERNO NELL'ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE COMUNE

Un'ultima notazione merita il passaggio della requisitoria in cui il Procuratore Iacoviello si domanda se sia configurabile il concorso eventuale nel delitto associativo semplice, avvertendo che in caso di risposta positiva la situazione sarebbe “devastante”.

Osservo che la risposta non può che essere – purtroppo – affermativa, ove si consideri l'argomento di diritto positivo che la sentenza *Demity* ha utilizzato per ammettere la configurabilità di una partecipazione atipica nel delitto associativo.

Demity ha tratto dalla clausola di riserva racchiusa nella formulazione dell'art. 418 c.p. (“fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento”) l'indizio rappresentativo della inequivoca volontà legislativa di considerare applicabile la disciplina dell'art. 110 c.p. alle condotte di natura associativa.

Paradossalmente, un dubbio si sarebbe potuto prospettare circa la riferibilità della clausola contenuta nell'art. 418 c.p. alle condotte associative di stampo mafioso, considerata la sopravvenienza dell'art. 416 *bis* alla disposizione che punisce l'assistenza agli associati. Naturalmente, ove prospettata, questa tesi avrebbe poggato su basi fragili, sul presupposto che il rinvio contenuto nella clausola dell'art. 418 c.p. non può che essere di tipo “mobile”, anziché “fisso”.

Mi rendo conto che la configurabilità del concorso eventuale nel delitto associativo comune può determinare esiti di assai pregiudizievole e, perciò, preoccupante estensione della punibilità.

A ben vedere, argomenti di natura sistematico-teleologica non mancano per paralizzare l'applicabilità dell'art. 110 c.p. al delitto associativo; deve essere, tuttavia, chiaro che il loro impiego finirebbe, inevitabilmente, per spazzar via l'istituto stesso del c.d. concorso esterno.

5

LA CULTURA DEL PROCESSO NEI MEDIA

Sia consentito, infine, un rilievo di carattere più generale, stimolato dall'enfasi attribuita nella vicenda Dell'Utri alla requisitoria del Procuratore Iacoviello.

In una società democratica, tra i compiti dell'informazione vi è la rappresentazione delle modalità di funzionamento degli apparati istituzionali e dei valori che dovrebbero governarlo.

In rapporto alle questioni giudiziarie, questo compito dovrebbe tradursi nella diffusione del modello costituzionale di amministrazione della giustizia.

Partendo da queste, per vero, scontate considerazioni, lascia perplessi la ricostruzione che i mezzi di informazione hanno fornito dell'annullamento, da parte della Cassazione, della sentenza Dell'Utri.

Il messaggio trasmesso finanche con declinazioni insistite ha veicolato uno spaccato di funzionamento irrealistico del giudizio di legittimità, laddove ha più volte comunicato che la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di appello accogliendo le richieste del Procuratore Generale e non invece il ricorso presentato dalla difesa. Anche questo è un segno dei tempi.

In tal modo, da metafora della democrazia partecipata, fondata sul modello di uno spazio dialetticamente ordinato di discussione, attento alle ragioni di verità dell'accusato, il processo così rappresentato degrada a simulacro di ‘affare circoscritto ai soggetti pubblici della giurisdizione’. Anche questo, ahimè, è una delle piaghe del nostro tempo.