

IL "CONCORSO ESTERNO" OLTRE LE AULE DI GIUSTIZIA

di Piergiorgio Morosini

SOMMARIO: 1. Semplificazioni mediatiche. – 2. Scetticismi non condivisibili. - 3. La sfiducia nei magistrati. - 4. Alla ricerca di definizioni condivise. - 5. La profilassi delle Sezioni Unite. - 6. Le conseguenze della supremazia del processo.

1. Semplificazioni mediatiche.

Svolgo le funzioni di giudice delle indagini preliminari a Palermo. Da qualche anno sono chiamato a trattare anche processi dove è contestato il concorso esterno a politici, imprenditori, liberi professionisti, magistrati. E non mi ritrovo in affermazioni del tipo *"Al concorso esterno ormai non crede più nessuno"*, comparse sui mezzi di informazione all'indomani della requisitoria del procuratore generale della cassazione nel processo a carico del senatore Marcello Dell'Utri. Ho letto lo schema di requisitoria divulgato da Francesco Iacoviello e non vi ho rintracciato testualmente l'espressione oggetto di molti "titoli" di stampa. Ma il senso di alcuni passaggi di quell'intervento non si discosta poi tanto da quei "titoli", esprimendo un evidente scetticismo verso la fattispecie di "concorso esterno in associazione mafiosa" e la gestione giudiziale della stessa. In questa impostazione naturalmente non vi è nulla di scandaloso sul piano tecnico, ma non appare condivisibile nel merito anche per la semplificazione che, mi pare, proponga.

2. Scetticismi non condivisibili.

Non condivido l'ostentato scetticismo verso l'istituto del "concorso esterno". Soprattutto lo "scetticismo" gridato da noti esponenti del mondo politico. E non lo condivido non solo per l'esistenza di importanti pronunce delle sezioni unite della Cassazione che riconoscono la piena legittimità del reato in questione. Ma, in particolare, perché vi sono decine e decine di processi attualmente pendenti che si fondano sulla contestazione ricavabile dagli artt.110 e 416 bis del codice penale, su tutto il territorio nazionale (in particolare in certe regioni del sud). E, comunque, ancora oggi, sulla base di quella imputazione non pochi indagati sono sottoposti alla misura della custodia in carcere. Questi dati mi paiono sufficienti, almeno sino a quando non mutano le leggi o certi orientamenti giurisprudenziali di carattere generale, per una difesa dell'istituto anche dalle semplificazioni mediatiche.

Ma un certo scetticismo sono portato a respingerlo anche per una altra ragione, forse di natura ideologica. A mio avviso, è proprio grazie al concorso esterno e

all'investimento di fior di risorse investigative, che molte procure hanno potuto, finalmente, esercitare un controllo di legalità più incisivo anche sul versante antimafia. Una certa diffusione applicativa dell'istituto rappresenta una novità degli anni novanta. Per la verità, certe contestazioni appaiono già all'epoca dell'irredentismo altoatesino (anni sessanta) e poi ai tempi del terrorismo eversivo (in particolare le Brigate Rosse). Ma la svolta, nella applicazione della menzionata fattispecie, si registra negli anni novanta sul fronte antimafia e anticamorra. In queste inchieste la magistratura, con il concorso esterno, ha dimostrato di non volersi fermare sulla soglia del potere. E' stata capace di attraversare quella sottile linea di demarcazione che di rado nella storia italiana era stata valicata. In effetti, il "concorso esterno" consente di indagare più efficacemente e agevolmente sulle "alleanze nell'ombra" fra clan e classe dirigente, che costituiscono la vera anomalia italiana. Si accetta il principio che non vi sono più "fasce criminali protette e coperte", portate a delinquere con pratiche più discrete che inspiegabilmente allarmano meno. Così si fa luce sul "capitale sociale" delle cosche, in cui ritroviamo i complici nelle istituzioni, nella società, nel circuito economico-finanziario.

3. La sfiducia nei magistrati.

Nelle numerose applicazioni giudiziali del "concorso esterno", naturalmente, non sono mancate cadute di stile ed eccessi di attenzione. Ma molte aggressioni all'operato dei magistrati sono, all'evidenza, strumentali a paralizzare la novità di una stagione giudiziaria molto importante. Negli anni, tante polemiche hanno accompagnato i processi nei confronti di imputati eccellenti, accusati di patti oscuri con i Riina, i Bontade e i Provenzano di turno. Dai processi per "concorso esterno" sono scaturiti i nodi centrali dell'attuale dibattito politico-giornalistico sulla "lotta alla mafia". Lo scontro tra "garantisti" e "giustizialisti"; i processi paralleli sulla stampa, occupati da entità diverse dalla sentenza e per finalità non sempre riconducibili all'accertamento della verità; l'acuta conflittualità tra politica e magistratura. Le parti politiche più esposte a certe iniziative giudiziarie hanno tentato in vari modi di neutralizzare alla radice la possibilità di contestare il reato in questione. E' avvenuto anche con progetti di riforma non strettamente legati ai temi della giustizia penale. Come emerso dai lavori preparatori della discussa riforma introdotta con la legge n.150 del 2005, il tema della interpretazione della fattispecie associativa avrebbe dovuto assumere risvolti ordinamentali. Quando si intendeva inibire, anche con reazioni sul piano disciplinare, le forme improprie di "attività creativa" della giurisprudenza di merito, in tanti pensavano proprio all'istituto del "concorso esterno". E non è casuale che proprio in occasione di una vicenda giudiziaria cosentina riguardante la rilevanza penale del patto tra politica e mafia, nell'ormai lontano 1995, approdò al Consiglio superiore della magistratura una iniziativa disciplinare a carico di due pubblici ministeri responsabili di avere iscritto per "concorso esterno" nel registro degli indagati due parlamentari (On.li Sgarbi e Maiolo) sulla base di ciò che venne definita una "abnorme" interpretazione della norma penale.

Al di là dei garantismi di comodo, rimane sullo sfondo la difficoltà di trovare nella stessa giurisprudenza una descrizione condivisa di “apporto esterno”. Autorevoli studiosi hanno sostenuto che l’adozione di rigidi criteri normativi potrebbe immunizzare pericolose forme di complicità nonostante producano gravi lesioni a beni di rilevanza costituzionale, quali il buon andamento della pubblica amministrazione, le libertà economiche e il metodo democratico nella distribuzione del potere reale tra consociati. Tuttavia, stando alla esperienza degli ultimi venti anni dei processi di mafia, risulta non agevole trovare una formula in grado di evitare preventivamente “eccessi” o forme improprie di supplenza a meccanismi di responsabilità extrapenale che finiscono per valorizzare in chiave criminale generiche accuse di “disponibilità” o “vicinanza” del “colletto bianco” al *clan*.

Occorre, quindi, ragionare se vi siano gli spazi per una equilibrata tipizzazione delle condotte. Ricordo, però, che quando il Parlamento ha tentato questa strada, come nel 1992 con il patto di scambio politico mafioso (art.416-ter c.p.), ha confezionato un qualcosa di assolutamente sganciato dalla realtà criminale e, quindi, di inutile. A dimostrazione che l’operazione di tipizzazione non è poi così agevole, sia sul piano tecnico che politico-criminale, come qualcuno vorrebbe farci credere.

4. Alla ricerca di definizioni condivise.

Tornando ai nodi problematici della questione “concorso esterno”, anche con riferimento al processo Dell’Utri, pare opportuna una premessa sugli strascichi polemici degli ultimi giorni. I punti critici della materia non possono essere inquadrati in una inesistente prospettiva in cui si confrontano il “metodo Falcone” e il “metodo Carnevale”, secondo una sbrigativa proposizione. E’ improprio sostenere l’“arretramento nella azione antimafia” solo perché c’è qualcuno che esprime dubbi sulla fattispecie di “concorso esterno” o perché una pronuncia, di cui ancora non conosciamo le motivazioni, annulla “con rinvio” una sentenza di condanna. Certe affermazioni, destinate ad un pubblico di non addetti ai lavori, risultano giuridicamente inutili e, per lo più, foriere di polemiche che incrinano la credibilità delle istituzioni giudiziarie. In effetti certi stereotipi giornalistici, non dicono nulla a chi nelle aule di giustizia deve confrontarsi con i problemi dell’inquadramento della condotta in una fattispecie di reato, della esplicazione del contraddittorio nella formazione della prova, del ragionamento probatorio.

Il punto centrale rimane trovare una definizione condivisa di concorso esterno. La sua distinzione, da una parte, dalla condotta partecipativa e, dall’altra, dalla condotta esterna, magari moralmente riprovevole o sintomatica di un malcostume politico, istituzionale o professionale, ma penalmente irrilevante. Questi sono ancora i nodi seri per l’interprete, nonostante le quattro pronunce delle sezioni unite. Nei processi per “concorso esterno”, è accaduto di frequente che un medesimo quadro probatorio venisse valutato con criteri differenti dal pubblico ministero e dai giudici. Ad esempio, il pubblico ministero contesta il “concorso esterno” e porta a dimostrazione della responsabilità penale dell’imputato una serie di circostanze che vengono tutte effettivamente provate, ma per il giudice non sono sufficienti a integrare

il reato. Spesso, nell'ambito del medesimo procedimento, diversi giudici sono approdati a diverse definizioni del concetto. Talvolta, si sono registrati anche profondi dissidi all'interno di una stessa procura, plasticamente rappresentati dalla formazione di veri e propri "partiti" nell'ambito dell'ufficio sul come qualificare le condotte (come nel "caso Cuffaro"). E, non di rado, le opzioni finali sulla imputazione è parso dipendessero non tanto da valutazioni tecnico-giuridiche quanto da intuizioni strategico-processuali. Ad esempio, contesto il favoreggiamento per non drammatizzare il caso con il concorso esterno per portare a casa più facilmente un successo. Oppure contesto il "concorso esterno" perché sul piano simbolico produco un effetto di stigmatizzazione più accentuato rispetto al favoreggiamento. Inoltre, si sono non di rado verificate modifiche della nozione penal-sostanziale di concorso esterno nel passaggio dalla fase cautelare alla fase del giudizio di cognizione, con "aggiustamenti" modellati sulle concrete evenienze disponibili.

Appare a tutti chiaro che si tratta di situazioni di non poco momento per chi si deve difendere da accusa comunque grave.

5. La profilassi delle Sezioni Unite.

Su questo quadro problematico, negli anni, le Sezioni unite della Cassazione sono intervenute in più occasioni. I giudici di legittimità hanno cercato di "disinfettare il bisturi" del concorso esterno con cui ogni magistrato di merito opera. E in questa attività di profilassi, hanno proposto definizioni concettuali e indicazioni di metodo sulle scansioni cronologiche del procedimento giudiziale di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta. Il prodotto del lavoro delle sezioni unite è stato molto utile per comprendere cosa "non sia" concorso esterno, ed invece appare ancora, forse inevitabilmente, lacunoso sulla definizione della fattispecie.

Le Sezioni Unite Mannino, ad esempio, adottando il criterio di tipizzazione causale, hanno il merito di mettere alcuni "paletti" ad un uso incontrollato del concorso esterno. Escludono la rilevanza probatoria di indicazioni di mera "disponibilità" o "vicinanza" alla associazione da parte dei collaboratori di giustizia; escludono la rilevanza della causalità in senso psicologico ("diffusione del senso di impunità e sicurezza", "sicura fiducia di poter continuare a delinquere"), e in questo modo si attivano concretamente per mettere la "museruola" a "intuizionismi giudiziali" e "precomprensioni" sganciate dalla materialità della condotta. Le sezioni unite richiedono un giudizio da compiersi *ex post*, fondato su massime di esperienza affidabili, sul risultato di "conservazione" o "rafforzamento" della associazione prodotto dal "sostegno esterno". Sennonché stiamo parlando non di un "evento in senso naturalistico" (come la morte di un paziente) ma di un "evento in senso giuridico", con tutte le complicazioni del caso sotto il profilo dei modi di dimostrarne la sussistenza (giudizio contro fattuale). Parlare di evento in senso giuridico per il concorso esterno in associazione, significa considerare il "contesto associativo in un determinato frangente storico-temporale" e , quindi, le concrete condizioni in cui l'organizzazione versa, le esigenze che con priorità intende soddisfare, le difficoltà da superare, le eventuali lacerazioni che sia pure in potenza lo attraversano. Insomma le

variabili sono tante e le incertezze restano tante. I confini tra lecito e illecito appaiono mobili. E, comunque, anche dopo la *sentenza Mannino* non sono mancate pronunce di legittimità che hanno recuperato il concetto della “idoneità *ex ante*” per attribuire rilevanza penale a condotte qualificabili in termini di concorso esterno.

6. Le conseguenze della supremazia del processo.

Non vi è dubbio che la materia del reato associativo, e quindi del “concorso esterno”, è tra quelle in cui si avverte maggiormente il peso crescente del diritto penale giurisprudenziale. E’ un terreno su cui si manifesta la problematicità del rapporto tra il giudice e la legge. Alla base ci sono scelte legislative che esprimono una sorta di “delega all’interprete”. La realtà dei processi degli ultimi anni mostra un intreccio sempre più complesso tra opzioni legislative e attività giudiziaria. Fondamentale appare l’attività di colui che concretizza casisticamente il diritto. Costui dovrà tenere conto delle molteplici condizioni di variabilità criminologica nella applicazione delle norme. E dunque, grandi responsabilità vengono attribuite nel caso concreto alla magistratura, soprattutto a quella requirente. Come evidenziava Massimo Nobile, la difficoltà di rinvenire una effettiva funzione orientativa nella legge scritta determina la reciproca strumentalità tra diritto e prova e sposta il “baricentro verso le supremazie del processo e della magistratura penale”.

E’ evidente, quindi, che molti dei punti critici del reato di concorso esterno dipendono dalla gestione giudiziale dell’istituto, e dal modo in cui si formula l’imputazione. Formulazioni chiare dei fatti addebitati mettono l’imputato in condizione di difendersi concretamente e di porre basi stabili per le argomentazioni da sviluppare nella motivazione della sentenza. Ma valutiamo anche la realtà di certi processi in un certo periodo storico. Valutiamo l’impatto sulla ricostruzione dei fatti di collaboratori di giustizia che, per motivi assolutamente indipendenti dall’operato della magistratura requirente, intervengono nel corso del processo di primo grado o, addirittura, dopo il giudizio di primo grado, svelando particolari inediti molto importanti. Che si deve fare in questi casi? Ritornare al punto di partenza? Rinunciare a quei contributi nel processo che si sta celebrando? O sviluppare quel dato “nuovo” nel processo pendente se collegato alla imputazione, avendo cura di salvaguardare tutte le garanzie dell’imputato?

In altri termini, ci sono profili specifici dei processi per fatti di criminalità organizzata che condizionano orientamenti giurisprudenziali, moduli operativi e interpretazione dei ruoli nel processo. Proviamo a ragionarci laicamente. Senza imbarbarimento del dibattito con attacchi alle persone, da una parte e dall’altra. La delicatezza istituzionale di certi interventi forse richiede un supplemento di attenzione verbale nell’esprimere il proprio legittimo punto di vista.