

PROCESSO DELL'UTRI: LA REQUISITORIA DEL CONSIGLIERE IACOVIELLO

*Schema di requisitoria integrato con le note d'udienza
del Sostituto Procuratore Generale Cons. Francesco Iacoviello
(Cass. pen., sez. V, ud. 9 marzo 2012, imp. Dell'Utri)*

1. Premessa.

Non si tocca il fatto, se non nella misura in cui si tocca il diritto.
In altri termini, non si intende contestare ciò che dicono i pentiti.
Non si valutano le prove e non si prospettano ricostruzioni alternative.
Anzi, si prende -faticosamente- per vero tutto ciò che hanno detto.
I fatti sono quelli. Ma quali ?

Gli anglosassoni parlano di *teoria del caso* per indicare la sintesi logica del fatto incriminato.

Un public prosecutor statunitense riassumerebbe così il caso: *"te la sei fatta con i mafiosi e hai procurato per tanti anni un sacco di soldi alla mafia. Se non è concorso esterno questo... Dove è il problema?"*.

Il problema c'è.

2. L'imputazione che non c'è.

C'è un capo di imputazione che riempie quasi una pagina.
Ebbene, dopo averlo letto, possiamo metterlo da parte.
Lì dentro non c'è il fatto per cui l'imputato è stato condannato.
Quell'imputazione è un fiore artificiale in un vaso senza acqua.
Ma non ci doveva essere una pronuncia di assoluzione per quelle imputazioni dal momento che era emerso (in base all'attività integrativa) un fatto nuovo ?
In questo processo la cosa più difficile è trovare l'imputazione.
Bisogna andarsela a cercare nelle pagine del processo.
Estrarla da una mezza frase, da un verbo, da un sostantivo.
E' un processo ad imputazione diffusa.

Le *cripto-imputazioni*, le *imputazioni implicite*, le *imputazioni vaghe* sono state poste al bando dal giusto processo.

Se c'è un imputato, ci deve essere un'imputazione.

Qui abbiamo un imputato, un reato. Ma non un'imputazione.
O meglio, un'imputazione liquida. Per una condanna solida.

2.1. Un cambio di prospettiva: dalla violazione dei diritti di difesa al vizio di motivazione.

Probabilmente la giurisprudenza CEDU è ancora un futuribile giuridico, a fronte di una granitica giurisprudenza nazionale che ammette *una contestazione mediante prove* e non *mediante testo linguistico*.

Ma qui si intende proporre una diversa prospettiva: l'esiziale effetto che la mancanza di una formale imputazione ha sulla motivazione della sentenza.

In altri termini, la mancanza di imputazione va vista non sotto il profilo della violazione del diritto di difesa, bensì sotto quello del vizio di motivazione.

Perchè senza le parole precise dell'imputazione l'accusa diventa fluida, sfuggente.

Si altera l'ordine logico del processo, riflesso nella struttura della sentenza: *imputazione-motivazione-decisione*.

Qui dalla motivazione si ricava l'imputazione.

Ma come si può ritenere valida una motivazione se manca il parametro di riferimento dell'imputazione ?

Si sovrappongono i piani della descrizione del fatto e della argomentazione sulle prove del fatto.

Si motiva dando per scontato un fatto e si trae il fatto da spezzoni di frasi, da un verbo, da un sostantivo.

La motivazione diventa assertoria, non indica -non dico le prove- ma neppure i fatti, sovrappone i piani della condotta, dell'evento e del dolo, copre i vuoti logici con slittamenti semantici.

E' quello che è avvenuto.

3. Alla ricerca della imputazione. Il paradosso di un concorrente esterno che dà il suo contributo in una vicenda estorsiva, ma non concorre nell'estorsione.

Qui abbiamo pacificamente un'estorsione continuata.

Il contributo dell'imputato (concorrente esterno) è un contributo al realizzarsi dell'evento estorsivo perché si inserisce nei momenti cruciali della trattativa tra vittima ed estorsori.

Il risultato è che l'imputato risponde di concorso esterno ma non di estorsione !

Si potrà dire: è un affare del Pm il fatto di non aver contestato l'estorsione.

Ma non è evidentemente questo il punto.

Il problema non è di diritto processuale, ma di diritto sostanziale.

Si tratta di definire la condotta del concorrente esterno.

Il quesito giuridico è il seguente: *“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 ?”*.

L’imputato partecipa ad un’estorsione, ma la sentenza non si pone il problema se la condotta dell’imputato deve avere i caratteri tipici di colui che concorre nell’estorsione.

Ma se in sentenza non si parla di estorsione, dovremmo giungere a questo: la condotta dell’imputato si inserisce in una estorsione ma è un *quid minus* rispetto al concorso in estorsione.

Questo *quid minus* non è tale da integrare l’estorsione, ma è tale da integrare il concorso esterno...

Ora.

Come si sa, il semplice fatto di concorrere in un reato-fine non è di per sé sufficiente ad integrare il concorso esterno.

Perfino partecipare ad un omicidio (a meno che non sia di quelli c.d. strategici) non basta per il concorso esterno.

La sentenza avrebbe dovuto seguire il seguente protocollo logico: a) l’imputato ha concorso nell’estorsione; b) trattandosi di un’estorsione strategica continuata per molti anni, possiamo argomentare che il concorso nel reato-fine è condotta di concorso esterno.

La sentenza ignora clamorosamente il problema.

Questo dimostra quanto andavamo dicendo a proposito di mancanza di una formulazione dettagliata dell’imputazione.

Dobbiamo ritenere che l’imputato ha posto in essere una condotta che è un *quid minus* rispetto all’estorsione ma è sufficiente ad integrare il concorso esterno.

Ma è logicamente e giuridicamente possibile ?

Se la Mannino (metodicamente ignorata dalla sentenza) ci dice che il contributo del concorrente esterno deve essere concreto, effettivo e rilevante, il quesito giuridico è: *“come è possibile un contributo concreto effettivo e rilevante ad una estorsione, che però sia qualcosa di meno del concorso in estorsione ?”*.

La sentenza impugnata non si è posto l’interrogativo.

Ma trattandosi di una questione di diritto sostanziale, la Corte deve porselo.

Anche di ufficio (arg. ex art. 129 cpp.).

4. La fondamentale distinzione delle condotte di concorso esterno: concorso consistito in attività illecita o in attività lecita.

Il concorso esterno può consistere in un’attività illecita o in un’attività lecita.

Concorrente esterno può essere colui che compie un omicidio o un’estorsione per conto dell’associazione.

E può essere il medico che sistematicamente cura in clandestinità i latitanti di mafia.

Sotto il profilo della contestazione le cose cambiano.

Se la condotta del concorrente esterno consiste nella commissione di un reato-fine o di un reato strumentale all'associazione, la tipizzazione della condotta del concorrente esterno è definita dal reato compiuto (per esempio, omicidio o estorsione).

Qui il deficit di tipicità è ridotto.

Il deficit di tipicità è massimo invece dove la condotta del concorrente esterno consiste in un'attività lecita.

Infatti, l'illecito penale è tipizzato.

Il lecito no.

Nel caso in esame cosa abbiamo ?

Pacificamente la condotta dell'imputato si iscrive in una vicenda estorsiva.

Quindi si sarebbe dovuto applicare un protocollo logico lineare e usuale in situazioni del genere: contestare estorsione e concorso esterno.

Il contributo del concorrente esterno è la sua partecipazione all'estorsione.

Dal reato-fine dell'estorsione si passa poi al concorso esterno.

Si sarebbero ottenuti due risultati: a) tipizzare il contributo del concorrente esterno; b) adeguare l'imputazione al fatto e la pena alla gravità delle imputazioni.

Il rischio era che se cadeva la partecipazione all'estorsione cadeva tutto.

Si è seguita una diversa strada: a) non si è contestata la partecipazione all'estorsione; b) si è contestato *in fatto* il concorso esterno.

Si è passati così da un'imputazione che poteva essere ben determinata (l'estorsione ha profili scolpiti) ad un'imputazione indeterminata.

Il risultato è questo: nel primo caso l'imputato doveva difendersi da due accuse determinate, ora si difende da una sola accusa. Ma indeterminata.

L'indeterminatezza dell'accusa non giova alla difesa.

E' vero che se gli va male, prende una condanna minore.

Ma il rischio che gli vada male è enormemente aumentato.

5. E' ammissibile la contestazione in fatto del concorso esterno in associazione mafiosa?

La sentenza dice per rispondere ad una eccezione della difesa: c'è la contestazione in fatto.

Ed ha ragione. Ma fino ad un certo punto.

La giurisprudenza della Corte EDU impone una profonda revisione della giurisprudenza corrente.

La Convenzione europea ci dice che l'accusa deve essere dettagliata.

Dettagliata non vuol dire che è sufficiente che io contesti all'imputato cosa hanno detto i pentiti.

Sarebbe come dire: *"io ti contesto le prove, tu difesa trai da tutte le informazioni probatorie i possibili fatti che ti possono venire ascritti"*.

Non si può sub-delegare al pentito di formulare l'accusa.

Nè è l'imputato che deve estrarre dai fatti l'accusa.

Per poi sapere -solo al momento in cui è condannato- ciò di cui è accusato.

In base alla giurisprudenza convenzionale (che è diritto) la contestazione in fatto implica una *reformulazione linguistica dell'imputazione*.

Non è formalismo ma sostanza: se il fatto è un omicidio, l'imputazione è per così dire, *in re ipsa*.

Ma se il fatto è il concorso esterno le cose cambiano drammaticamente.

Rilievo importante: la giurisprudenza in materia di contestazioni in fatto ha sempre riguardato fattispecie tradizionali, cioè ad alto tasso di tipicità.

Fattispecie ben strutturate: come ricettazione e falso, appropriazione indebita e truffa e così via.

Cioè sono tutti casi in cui l'emersione del fatto dalle contestazioni avveniva -per così dire- per forza di inerzia¹.

Ma qui siamo in presenza di una fattispecie intrinsecamente vaga.

L'imputazione è la proiezione processuale del principio di tipicità penale.

Già il concorso esterno è ferocemente contestato in dottrina e giurisprudenza sotto il profilo della sua tipicità sfuggente.

Tre SS.UU. hanno cercato di tipizzarlo.

Ammettere una contestazione in fatto significa platealmente aggirare il principio di tipicità.

Cioè la principale conquista dell'illuminismo giuridico.

Dunque, ci deve essere un atto (esame o altro) in cui l'accusa mi dica dettagliatamente e in forma chiara e precisa la condotta criminosa che avrei commesso.

6. Rimettere la questione nelle mani delle SS.UU.

Non credo che risultino precedenti della contestazione in fatto di un'accusa di concorso esterno.

Aggiungerebbe oscurità ad un reato già di per sé oscuro.

Saremmo ad una doppia indeterminatezza: l'indeterminatezza del reato e l'indeterminatezza della contestazione in fatto.

¹Sez. 4, *Sentenzan.16900* del 04/02/2004 Ud. (dep. 09/04/2004) Rv. 228042 In tema di correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza deve affermarsi che, per aversi mutamento del fatto, occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, così da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto della imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non si esaurisce nel mero confronto letterale tra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie difensive, la violazione non sussiste se l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia comunque venuto a trovarsi nella concreta condizione di potersi difendere in ordine all'oggetto della imputazione (Nella fattispecie la Corte ha rigettato il ricorso, teso al riconoscimento della violazione della disposizione di cui all'art. 521 cod. proc. pen., sul presupposto dell'erronea indicazione, nel capo di imputazione dell'ipotesi di cui all'art.113 cod. pen.: la Corte, pur rilevando tale erroneità, ha tuttavia affermato il principio con riferimento alla **evidente chiarezza** di tutti gli elementi della contestazione circa i profili di colpa addebitati all'imputato).

Nel corso degli anni sono intervenute tre volte le SS.UU. per cercare di dare determinatezza alla fattispecie del concorso esterno.

Il problema era restringere l'area del concorso esterno riportandolo nei confini della tipicità.

Con la teoria della fibrillazione si è tentato di porre un freno.

Il secondo intervento delle SS.UU. è stato sul versante del dolo.

Il terzo intervento (la Mannino) ha operato sul versante della causalità.

E' tutto inutile se si aggirano i limiti posti da queste tre sentenze operando sul piano semantico della formulazione della fattispecie.

La vicenda è nota.

L'aggiramento della tipicità può avvenire usando termini vaghi (la famosa o famigerata *disponibilità*, per esempio).

La Mannino si è resa conto di questa insidia e ha bollato con termini aspri -ha parlato testualmente di "*vaghezza semantica e retorica*"- la formulazione dell'imputazione in termini vaghi.

E' proprio questo spunto importante della Mannino che autorizza ed anzi impone di rimettere alle Sezioni Unite un quesito che riguarda un pericolo ancora maggiore rispetto alla vaghezza dell'imputazione: la *contestazione in fatto*.

La questione è di straordinaria importanza e farebbe davvero fare alla giurisprudenza un balzo in avanti sulla strada della civiltà giuridica e potrebbe completare il ciclo degli interventi delle SS.UU. su questa tormentata e dolorosa fattispecie, evitando le più insidiose forme elusive della tipicità penale e quindi dei diritti dell'imputato a difendersi da un'accusa definitiva.

Si è rimessa alle SS.UU. il quesito se la formula "*indisponibilità degli impianti*" fosse rispettosa delle prescrizioni dell'art. 268 cpp.

Dunque, un problema linguistico.

Qui la posta in palio è enormemente superiore. E le conseguenze di enorme portata.

Va aggiunta un'ulteriore fondamentale considerazione: la contestazione in fatto di una fattispecie sfuggente come il concorso esterno imporrebbe alla Cassazione di ricostruire dagli atti e dalle prove l'imputazione, prima di procedere alla soluzione della *quaestio iuris*: cioè della qualificazione normativa del fatto.

Cioè, la Cassazione prima dovrebbe cercare di estrarre l'imputazione dalle contestazioni in fatto e poi stabilire se l'imputazione così ricostruita corrisponde alla fattispecie astratta di reato.

La prima operazione esorbiterebbe dai poteri cognitivi tradizionalmente fissati al giudizio di questa Corte.

Dunque chiedo che vengano investite le SS.UU. dei seguenti quesiti: "a) *se ai fini della validità della c.d. contestazione in fatto è sufficiente la contestazione all'imputato delle fonti di prova e degli elementi di prova o se si richieda comunque la formulazione dell'accusa in un atto comunicato all'imputato; b) se, alla luce dei principi costituzionali e della giurisprudenza convenzionale, possa ritenersi valida la contestazione in fatto dell'accusa di concorso esterno in associazione mafiosa, trattandosi di fattispecie già intrinsecamente caratterizzata da un deficit di tipicità*".

Si dirà: ma il quesito è stato da sempre risolto dalla giurisprudenza nel senso che la contestazione è valida se non è lesa il diritto di difesa.

Ma il quesito è diverso.

Non confondiamo due problemi: a) il problema della contestazione; b) il problema della correlazione tra accusa e sentenza.

Prima occorre accertare che vi sia stata una *contestazione*.

E poi vedere se c'è *correlazione*².

Se nell'imputazione mi contesti la partecipazione ad associazione e poi nel corso del processo mi contesti il concorso esterno, descrivendomi la condotta incriminata, allora si porrà un problema di correlazione tra accusa e sentenza (pacificamente risolto dalla giurisprudenza nel senso della correlazione).

Ma qui si contesta formalmente il concorso esterno, indicando determinati comportamenti.

Poi si ignorano completamente questi comportamenti e mi si condanna *-senza alcuna contestazione-* per il medesimo titolo di reato, ma per un fatto completamente diverso.

Prima ancora di un problema di correlazione, si pone un problema di contestazione.

Distinguendo i due problemi, si può allora affrontare correttamente il problema della violazione del diritto di difesa.

Si dice: il diritto di difesa è salvo se all'imputato vengono contestate tutte le prove a carico.

E' evidente l'errore di prospettiva: si fa coincidere la salvaguardia del diritto di difesa con il fatto stesso che ti vengono contestati i fatti.

Così si identificano due problemi che vanno scissi: a) innanzitutto ci deve essere una contestazione in fatto; b) una volta che si è accertata questa contestazione in fatto, bisogna accertare che questo modo di contestazione non abbia lesa il diritto di difesa.

L'accertamento in concreto della violazione del diritto di difesa non può esaurirsi tautologicamente nel fatto che ti sono stati contestati tutti gli elementi del fatto.

²Eclatante la differenza in questa sentenza: Sez. 6, *Sentenzan.10457* del 11/07/2000 Ud. (dep. 04/10/2000) Rv. 220534

Non integra violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza di cui all'art. 521 cod. proc. pen., atteso che la partecipazione ad associazione mafiosa e concorso esterno non rappresentano due diverse ipotesi criminose ma distinte modalità di partecipazione criminosa, la decisione con la quale l'imputato, rinviato a giudizio per concorso esterno a una associazione mafiosa, sia stato condannato per partecipazione alla medesima associazione, una volta che il fatto materiale sia stato sufficientemente enunciato nell'atto di imputazione e con la sentenza l'imputato sia stato ritenuto responsabile proprio di quel "fatto".

Aggiunge:

Sicché, una volta che il fatto materiale sia stato sufficientemente enunciato nell'atto di imputazione ex art. 429 comma 1 lett. c) c.p.p., e quindi non vi sia incertezza sulla contestazione, e l'imputato sia stato ritenuto responsabile proprio di quel "fatto", l'aspetto qualificatorio della condotta non incide nè sul diritto di difesa ne' implica una immutazione della imputazione".

Altrimenti sarebbe sempre e comunque ammessa la contestazione in fatto perché essa sarebbe *in re ipsa* non lesiva dei diritti di difesa.

Al contrario, se dalla contestazione in fatto la difesa non riesce a trarre un'accusa dettagliata, chiara e precisa-come in questo caso- la lesività sarebbe evidente.

E comunque - sempre secondo la giurisprudenza costante - il mancato pregiudizio del diritto di difesa va accertato in concreto, cioè caso per caso.

Non può essere presunto.

E questo accertamento nel caso concreto non è stato fatto.

Il quesito allora è fondamentale, perché nel caso di contestazione in fatto di una fattispecie intrinsecamente vaga, la lesività sarebbe *in re ipsa*.

7. Quale è il contributo dato da concorrente esterno all'associazione mafiosa?

Poiché non abbiamo un'imputazione, siamo per forza costretti ad elaborare molteplici teorie del caso, cercando di trovare quella più adeguata al fatto e conforme a diritto.

Ma è un'operazione che non competerebbe alla Cassazione.

Doveva essere fatta nei gradi precedenti.

7.1. La teoria dell'arricchimento dell'associazione mafiosa mediante le prestazioni di denaro estorto?

E' chiaro che la mafia ha ricevuto per anni un contributo rilevante e si è rafforzata.

Ma non possiamo dire che la condotta del concorrente esterno è consistita nel dare soldi alla mafia.

I soldi alla mafia li ha dati la vittima.

Ogni vittima di estorsione mafiosa contribuisce -pagando- al rafforzamento dell'associazione.

Perché la vittima non è allora concorrente esterno ? Perché è appunto vittima.

Allora non possiamo dire che il contributo dell'imputato è consistito nel dare soldi alla mafia.

Avremmo il paradosso che condotta della vittima e condotta dell'imputato coinciderebbero..

Occorrerebbe quindi dimostrare che l'imputato ha dato un contributo diverso da quello dato dalla vittima.

7.2. La teoria dell'istigazione o agevolazione ?

Va rilevata una improprietà semantica della sentenza.

A pag. 319 si addebita all'imputato di aver indotto l'amico-vittima a soddisfare le pressanti richieste estorsive di cosa nostra: "*..inducendo l'amico..*".

Ora, il diritto è tecnica e la parola "*induzione*" ha una lunga tradizione alle spalle.

Indurre la vittima a pagare significa che la vittima era in dubbio se pagare o no e l'imputato l'ha spinto a superare il dubbio e a decidersi a pagare.

Su questo punto convergono due vizi della sentenza:

a) la contraddittorietà logica (coesistenza di affermazioni incompatibili): alla stessa pag. 319 dove si dice: "*...l'imprenditore Berlusconi, disposto a pagare pur di stare tranquillo..*".

Come può l'imputato avere *indotto* la vittima, quando questa era già *disposta a pagare* ?

b) travisamento del fatto. Qui non siamo nel travisamento della prova (una prova c'è e la interpreto male).

Qui siamo proprio nel travisamento del fatto (asserisco l'esistenza di un fatto che dagli atti non risulta). Di *induzione* nessun pentito ha mai parlato.

La sentenza fa un'affermazione ma non motiva. Non esiste né prova logica, né prova storica.

Inutile dire che non è *questione di merito*.

Una questione di merito (per chi ancora crede alla distinzione legittimità-merito) si potrebbe porre rispetto al vizio di motivazione.

Ma non rispetto alla mancanza di motivazione.

Ecco qui un esempio clamoroso di come un'imputazione indefinita danneggi la difesa.

Mettiamo che l'accusa fosse stata consolidata in un'espressione del tipo "*condotta di concorso esterno consistita nell'aver indotto la vittima a cedere alle richieste estorsive..*".

La difesa poteva limitarsi a dire: "*questa è l'accusa ? Bene, dammi le prove*".

E il processo era finito.

7.3. La teoria del garante o – meglio - dell'affidamento della mafia sulla collaborazione dell'imputato?

A pagina 317 la sentenza palesa una variante linguistica (quando un'imputazione è vaga, sono le parole che ti condannano).

Si usa questa espressione a carico dell'imputato "*..adoperandosi affinché il gruppo imprenditoriale.. pagasse cospicue somme di denaro alla mafia*".

Adoperandosi ? Cosa significa ? Mancando una descrizione della condotta, la sentenza avrebbe dovuto dirci in cosa concretamente sarebbe consistito questo *adoperarsi*.

Ancora la Mannino ci dice che il contributo deve essere concreto ed effettivo.

Qualificare il contributo come concreto ed effettivo è *quaestio iuris* (è qualificazione normativa del fatto).

Ma come facciamo a dire che il contributo è stato concreto ed effettivo se non sappiamo in cosa è consistito *l'adoperarsi* ?

Avanziamo un'ipotesi: che senza *l'adoperarsi* dell'imputato, la vittima non avrebbe pagato ?

Cioè l'imputato avrebbe garantito l'esito sicuramente positivo dell'accoglimento delle richieste estorsive ?

Nessuno ha mai detto questo. Né la sentenza ci indica qualcuno che l'abbia detto.

E' ben possibile che la mafia *facesse affidamento* sulla disponibilità (chiamiamola collaborazione) dell'imputato.

Siamo alla *teoria dell'affidamento* .

Quali fossero i calcoli della mafia è irrilevante.

Bisogna stabilire quali garanzie avrebbe dato l'imputato alla mafia.

E' un salto logico dedurre dal possibile *affidamento* della mafia l'esistenza di una *garanzia* data dall'imputato.

La motivazione della sentenza è un'asserzione senza argomentazione.

Forse perché è difficile sfuggire al dubbio che la forza persuasiva dell'estorsione sia consistita - più che nelle parole dell'imputato - nelle bombe della mafia.

7.4. La teoria della riduzione del rischio mafioso?

A pag. 320 troviamo un'altra variante.

L'apporto dell'imputato alla mafia sarebbe consistito nel fatto che la mafia poteva avere un canale sicuro di collegamento con la vittima, senza il rischio di possibili denunce e interventi delle forze dell'ordine.

Affermazione dal senso logico sfuggente.

Il collegamento può essere lecito o illecito a seconda della direzione.

Se io -per conto dei familiari del sequestrato- mi metto in contatto con i sequestratori per trattare la liberazione dell'ostaggio, sono nel lecito.

Se io -per conto dei sequestratori- comunico alla famiglia del sequestrato- le richieste estorsive, sono nell'illecito.

Nel nostro caso il collegamento sarebbe illecito se le richieste estorsive fossero state iniziative della mafia che si è servita dell'imputato per inviare messaggi estorsivi alla vittima ed indurla a pagare senza fare tante storie e denunce.

Ma dagli atti emerge la prova del contrario.

Fu la vittima servirsi dell'imputato per contattare la mafia e trovare un *gentlemen's agreement*.

Quindi la presenza dell'imputato non ha ridotto il rischio dell'impresa mafiosa.

A meno che non vogliamo pensare che la mafia abbia scelto come bersaglio quella vittima confidando proprio sul fatto che braccio destro della vittima fosse l'imputato.

Ma Galileo diceva: "*hypothesis non fingo*". Non costruisco ipotesi.

Meno che mai possiamo farlo noi.

7.5. La teoria del *canale di collegamento o tramite* tra mafia e imprenditore famoso?

La giurisprudenza della Mannino ha fatto giustizia dei termini vaghi (disponibilità, frequentazioni e simili).

Canale di collegamento, tramite sono metafore.

La tipicità dell'imputazione richiede condotte concrete (la CEDU parla di accusa dettagliata)

Cosa ha fatto in concreto l'imputato, dove quando e come ?

Dimmi prima cosa ho fatto e poi vediamo se la mia condotta può essere qualificata come tramite, canale, tunnel e simili.

Le metafore non possono sostituire la condotta.

Non si condanna sulle parole, ma sui fatti.

7.6. La teoria del prestigio interno di Bontate per effetto del *canale Dell'Utri*: cioè il rafforzamento interno?

Anche qui la Mannino ostruisce ogni percorso.

Ma c'è di più.

Cioè non c'è nulla.

Manca la prova che ci fosse questa circolazione interna della notizia dell'esistenza di un canale di collegamento costituito dall'imputato.

Eppoi, qualcuno potrebbe ironizzare: si è tanto rafforzato Bontate che dopo qualche anno è stato ammazzato.

Si è tanto rafforzato come prestigio interno Riina che il capo dei capi fino all'85 neppure sapeva che l'imprenditore era estorto.

7.7. La teoria del *mediatore*?

L'imputato viene qualificato *mediatore* dalla sentenza.

Le metafore sono pericolose, bisogna sceglierle con cura.

Occorrerebbe prima descrivere cosa ha fatto l'imputato e poi qualificare la sua condotta come *mediazione*.

Ma perché *mediatore* e non -per rimanere nella metafora civilistica- *mandatario con procura* per conto della vittima ?

Questa idea della mediazione è paradossale.

Si è mai visto che in un' estorsione (per di più mafiosa) c'è una mediazione tra autore e vittima ?

Che estorsione è ?

La mediazione implica parti contrapposte in posizione di autonomia negoziale che contrattano.

Sarebbe una singolarità strepitosa che la mafia abbia bisogno di un *mediatore*.

Un mediatore che strappi un *pizzo* maggiore ?

Se un mediatore c'è, è per conto della vittima.

Criminologicamente è la vittima di un'estorsione o di un sequestro di persona che cerca una mediazione per spuntare un prezzo migliore e condizioni di pagamento - rateali- migliori.

Anche qui c'è travisamento del fatto e mancanza di motivazione.

L'imputato non fu scelto dalla mafia, ma dalla vittima come *mediatore*.

Dunque, la sentenza ha affermato un fatto che non esiste.

Ma c'è anche mancanza di motivazione: perché mediatore e non *nuncius* della vittima ?

La sentenza avrebbe dovuto rispondere a questo interrogativo: pacificamente il mero *nuncius* della vittima non è concorrente esterno.

Ora che c'è nella condotta dell'imputato di più rispetto a quella del *nuncius* ?

Che conosceva due mafiosi ? Ma questo la vittima lo sapeva e anzi ha scelto l'imputato proprio per questo.

In altri termini cosa avrebbe dovuto fare l'imputato per aiutare la vittima senza diventare concorrente esterno?

Per usare un paradosso: essendo un mediatore *in-civile*, doveva essere ricusato dalla vittima. O doveva astenersi.

Addebitiamo all'imputato *l'omessa astensione* ?

Dunque, il *quid pluris* è dato dal fatto che l'imputato conosceva , era amico ed è rimasto amico di due mafiosi.

Si badi: di due mafiosi che non hanno fruito dei profitti dell'estorsione (che andavano a Riina) e che sono stati solo tramiti tra l'imputato e la mafia ricattante.

Il *quid pluris* è dunque l'amicizia mafiosa.

8. Un esperimento mentale.

La giurisprudenza (dalla Franzese alla Mannino) ci ha abituati ormai a ragionare in termini controfattuali.

Ora applichiamo il controfattuale e facciamo il caso che l'imputato non fosse amico dei mafiosi.

Nessuno lo condannerebbe.

La sua condotta sarebbe lecita, perché a favore della vittima.

Ma allora quale è questo misterioso sortilegio per cui la medesima condotta passa subitaneamente dal lecito all'illecito ?

L'amicizia mafiosa.

Ma la storica Mannino (e in quel caso le amicizie mafiose dell'imputato erano molto più intense e vaste) ha con parole aspre confinato nell'irrilevante giuridico le frequentazioni mafiose.

Al massimo, possono costituire uno spunto investigativo.

9. Il dolo. Ovvero il paradosso del *dolo diviso*.

Monotonamente, va citata ancora la Mannino.

La Mannino ci dice: il concorrente esterno *sa* e *vuole* il rafforzamento dell'associazione criminosa.

Occorre il dolo diretto, non basta il dolo eventuale.

Dunque, occorre dimostrare che non solo l'imputato sapeva che la sua condotta (quale condotta ?) avrebbe potuto rafforzare la mafia, ma ha agito *volendo rafforzare* la mafia.

(Anzi, ad intendere bene la Mannino il concorrente esterno agirebbe con un doppio dolo: dolo diretto rispetto all'*evento-rafforzamento dell'associazione mafiosa*, dolo specifico rispetto all'evento ulteriore dato dalla realizzazione almeno in parte del programma criminoso).

Quindi, non basta dire: "*l'imputato sapeva che così facendo rafforzava la mafia*".

Occorre dire: "*l'imputato ha agito sapendo e volendo rafforzare la mafia*".

Qui non si tratta semplicemente di prevedere ed accettare il rafforzamento della mafia: questo è automatico in ogni fattispecie estorsiva.

Qui si tratta di volere il rafforzamento della mafia e di agire a tal fine (siamo nel dolo intenzionale del rafforzamento)

Nel caso dell'imputato dove è la prova del dolo ?

Mi correggo: dove è la motivazione relativa all'esistenza del dolo.

Se l'imputato ha agito con l'intenzione di aiutare la vittima, *sapendo* così di aiutare la mafia: siamo fuori del dolo³.

Occorre dimostrare che l'imputato ha agito *volendo* aiutare la mafia.

Ma qui abbiamo un altro paradosso.

L'imputato agisce con un dolo diviso a metà. Vuole aiutare al tempo stesso la vittima e gli estorsori.

Ma come è possibile ?

Nel momento in cui vuoi aiutare la mafia, non vuoi danneggiare la vittima ?

La sentenza valorizza l'amicizia dell'imputato con i mafiosi (che -oltretutto- non sono beneficiari dei profitti dell'estorsione).

Qui c'è un doppio errore.

Il primo errore: il dolo non è un atteggiamento interiore del tipo desiderio, speranza e simili.

³ A pag. 321 la sentenza prospetta proprio il dolo eventuale: "*ha contribuito al consolidamento e rafforzamento dell'associazione mafiosa che l'imputato Dell'Ultri si è certamente rappresentato, accettando consapevolmente che proprio dalla sua costante azione di mediazione derivasse tale rilevante profitto conseguito proprio da cosa nostra..*". Se a qualcuno rimanesse ancora il dubbio che la sentenza pensa proprio al dolo eventuale, ecco un altro passaggio sempre a pag. 321: "*dovendo ritenersi che abbia invece operato nella sicura consapevolezza che la sua azione avrebbe procurato il risultato, coscientemente accettato dall'imputato, di favore la mafia..*"

Lo scontro con la Mannino è frontale. E letale. Per la sentenza.

Il dolo è conoscenza e volontà che filtra nell'azione e la irrorà come un vaso sanguigno.

In altri termini, l'azione dolosa è diversa dall'azione senza dolo.

Se io mi limito a portare i soldi del riscatto ai sequestratori per conto dei familiari della vittima, posso anche odiare il sequestrato e fare il tifo per i sequestratori.

Ma questo non sposta di un millimetro il fatto che non sono un complice.

Il secondo errore: diamo pure rilevanza all'amicizia.

La cosa potrebbe pure funzionare: se ci fosse *solo* quell'amicizia.

Ma l'imputato -nessuno lo nega- è legato fortemente alla vittima.

Ora perché privilegiare l'amicizia per i *mafiosi non beneficiari* e non l'amicizia per la vittima ?

E' chiaro che la posizione della vittima e quella della mafia estorcente sono l'una contro l'altra.

Qui si tratta di parteggiare per la vittima o per la mafia.

Ma lasciamo da parte i sentimenti e consideriamo l'*homo oeconomicus*.

A lui giovava di più aiutare la vittima o la mafia ?

E' razionale che l'imputato - amico e collaboratore della vittima da cui veniva pagato - preferisca favorire la mafia contro B. ?

Voleva ingraziarsi la mafia ? E allora come mai, quando si è trattato di fondare un nuovo partito proprio in Sicilia non ha chiesto i servigi della mafia ?

E prima ancora: come mai l'imputato (questo è un fatto incontrovertito) si è più volte lamentato che la vittima era *tartassata*, tanto che è dovuto intervenire Riina ?

E come mai Riina ha dovuto riprendere a fare minacce e attentati alle aziende della vittima per indurla a pagare ed anzi ha raddoppiato il prezzo ?

La sentenza - con la solita metodica delle asserzioni non argomentate - dice (pag. 320): "*..la cordialità di rapporti delineando una vera e propria complicità assoluta...perché sarebbe altrimenti inspiegabile perché chi è amico della vittima continui a tenere una tale cordialità di rapporti. . tali da non disdegnare pranzi e riunioni conviviali con gli estortori..*"

Dunque, le famose frequentazioni nella storia del concorso esterno hanno avuto una vicenda tormentata.

Prima erano la *condotta* del concorrente esterno.

Dopo sono diventate la *prova* del contributo causale (frequentazione=disponibilità).

Ora sono diventate la *prova* del dolo...

Ma è la logicità dell'argomento che traballa, prima ancora che la sua giuridicità.

Innanzitutto, va ripetuto: Mangano e Cinà non hanno preso un soldo e non sono stati loro a fare materialmente le estorsioni. Erano il *canale* (per usare l'abusata metafora) di cui l'imputato si serviva per trattare con i Capi.

Ma analizziamo l'argomento logico della sentenza.

Esso si sostanzia nel seguente criterio di inferenza: "*se tu sei amico della vittima tronchi ogni rapporto con gli estorsori e con i loro emissari, altrimenti sei complice*".

Basta mettere in forma linguistica il criterio di inferenza per vedere quanto sia implausibile.

E perché non dovrebbe essere più razionale il criterio di inferenza opposto: “la vittima e gli amici della vittima cercano di conservare buoni rapporti con gli estorsori perché in questo modo sperano di poter strappare condizioni migliori o comunque di non peggiorare la situazione ?

10. Un po' di curiosità per i precedenti giurisprudenziali.

In effetti, non guasterebbe citare un po' di giurisprudenza, dal momento che il concorso esterno è di fatto una creazione giurisprudenziale.

Un precedente recente potrebbe essere questo:

Sez. F, *Sentenzan.* [38236](#) del 03/09/2004 Cc. (dep. 28/09/2004) Rv. 229649

Ai fini della configurabilità dei reati di favoreggiamento personale e reale occorre, sotto il profilo soggettivo, che la condotta favoreggiatrice sia stata posta in essere ad esclusivo vantaggio del soggetto favorito, per cui i suddetti reati restano esclusi qualora l'agente abbia avuto di mira il conseguimento di interessi propri. (Principio affermato, nella specie, con riguardo alla condotta tenuta da un imprenditore il quale, pur avendo assunto, secondo l'accusa, un ruolo di cerniera tra la criminalità organizzata locale e le imprese disposte a venire a patti con la medesima, aveva tuttavia agito essenzialmente al fine di assicurare la tranquillità delle imprese che a lui facevano capo).

La condotta dell'indagato (siamo in fase cautelare: si badi gip e riesame avevano ritenuto il favoreggiamento personale e non il concorso esterno)) viene così riassunta:

“la figura di imprenditore camorrista dello Iovino, che non si sarebbe limitato a subire la pressione dei clan camorristici della zona (attestata dall'estorsione subita nel cantiere della ditta da lui gestita) ma avrebbe assunto il ruolo di cerniera tra la criminalità organizzata locale e le imprese disposte a venire a patto con la camorra, attivandosi per raccogliere nell'ambito degli imprenditori che stavano effettuando lavori nella zona di Sarno, a seguito della nota alluvione del 1998, una maxi tangente collettiva di L. 80.000.000, così rendendo più difficili le investigazioni sulle associazioni camorristiche, delle quali avrebbe favorito la mimetizzazione attraverso la sua interposizione nella riscossione della somma ed aiutando i componenti dei clan mafiosi ad assicurarsi il profitto del reato di associazione”.

Ora, anche l'imputato di questo processo è un imprenditore (amministratore delegato di una fondamentale società del gruppo societario della vittima), che sarebbe una cerniera tra la vittima (amministratore della holding del gruppo) e la mafia.

Dove è l'iniziativa personale, dove è il profitto personale ?

La sentenza non se lo pone neppure il problema.

Dunque, mancanza di motivazione su un punto decisivo.

La sentenza nelle poche pagine cruciali in cui tratta del concorso esterno dell'imputato non cita neppure una -ripeto una-sentenza.

Eppure il concorso esterno ha vissuto stagioni climatiche estreme nella giurisprudenza.

Si potevano citare almeno le SS.UU. Mannino.

Qui la sentenza ha fatto un'applicazione rigorosa di uno dei fondamentali criteri dell'*ars disputandi*: non fare citazioni imbarazzanti.

11. Ma in questo processo esiste il *ragionevole dubbio*?

Abbiamo un'accusa non descritta.

Un dolo diviso.

Asserzioni non argomentate.

Precedenti che non ci sono.

Sentenza delle Sezioni Unite che c'è ma viene ignorata.

Ma soprattutto nelle centinaia di pagine della sentenza c'è un'espressione che non compare mai.

E che forse ha una qualche importanza: *ragionevole dubbio*.

12. Un problema di diritto: è ammissibile il concorso esterno in associazione semplice?

La sentenza tratta la tematica come se si trattasse di una successione di condotte di partecipazione.

E cita giurisprudenza pacifica sul punto.

Ma qui si tratta di successione di condotte di concorso esterno.

A meno che non si voglia sostenere che l'imputato prima dell'82 era un partecipe e dopo è diventato concorrente esterno !

Qualcuno dovrebbe spiegarci come sia avvenuta questa trasfigurazione...

Qui la legge non si limita ad introdurre reati, cambia pure le condotte storiche.

E allora si sarebbe dovuto affrontare un tema preliminare e cruciale: il concorso esterno -*per come è stato configurato dalle sentenze delle SS.UU.*- è ammissibile anche per il 416 cp. ?

Gli effetti sarebbero devastanti.

Il 416 cp è una norma ancora in vigore.

12.1. Un altro problema di diritto: il concorso esterno è un reato permanente?

La sentenza parla di concorso esterno

Ma poi quando va a discutere della permanenza o meno del reato, parla di *partecipazione*.

E' l'ennesimo effetto perverso dell'*imputazione che non c'è*.

Come si sa, non sono la stessa cosa

Ritenere che la condotta del concorrente esterno (quale condotta ?) è permanente perché permanente è il reato associativo è affermazione che stride con la logica prima ancora che con il diritto.

Perché porterebbe all'ennesimo paradosso: il partecipe può mettere fine alla permanenza recedendo dall'associazione, il concorrente esterno non potrebbe farlo.

Dunque la sentenza commette vistosi errori di diritto.

L'accusa è di concorso esterno. Si chiede quando è cessato il reato.

La sentenza risponde: la partecipazione è reato permanente.

Che risposta è ?

Un quesito giuridico rimasto senza risposta.

Essendo una *quaestio iuris*, deve farlo questa Suprema Corte.

Dunque, il quesito è: *il concorso esterno è reato permanente ?*

La risposta più ovvia dovrebbe essere questa: dipende dal tipo di contributo (può essere un contributo permanente, istantaneo, frazionato).

E questo quesito si intreccia con un altro: se io a distanza di anni do due contributi rilevanti all'associazione, commetto un unico o più reati di concorso esterno in associazione mafiosa ?

Come si vede, il concorso esterno ormai pone problematiche diverse da quelle dell'associazione mafiosa.

Nato dall'art. 416 bis cp, ormai è un reato autonomo.

Un reato autonomo creato dalla giurisprudenza.

Che prima lo ha creato, usato e dilatato. E ora lo sta progressivamente restringendo fino a casi marginali.

In cassazione sono ormai rare le condanne definitive per concorso esterno.

Dall'entusiasmo allo scetticismo.

Ormai non ci si crede più.

Qui l'imputato partecipa alle trattative di un'estorsione e materialmente consegna periodicamente i soldi.

E' reato permanente ?

Non direi proprio per molteplici ragioni.

E' reato unico a condotta frazionata ? Quindi è iniziato nel '77 e si è concluso nel '92 ?

Sarebbe davvero singolare: non c'è dubbio che siamo in presenza di un'estorsione continuata.

Per il concorrente esterno (che -in qualche modo rimasto indefinito- partecipa a questa estorsione) avremmo un reato unico ad esecuzione -per così dire- permanente.

Il che è davvero difficile da costruire.

Nel campo del lecito esistono contratti di durata. Ma nel campo dell'illecito no.

Ogni volta che deve pagare la vittima può decidere di non farlo (ecco perché l'estorsione è continuata).

Ma c'è di più: l'imputato per vari anni (dal '79 all'82-83) ha smesso di lavorare per la vittima ed è andato a lavorare altrove.

Dobbiamo ritenere che anche in quegli anni è continuata la condotta di concorrente esterno ?

Se è così, allora davvero l'imputato non ha scampo.
Ma non ha scampo neppure il diritto.

13. Conclusione: annullamento con rinvio.

Si sono trattate solo questioni di diritto, cioè di qualificazione normativa del fatto.

In questo campo la Suprema Corte se trova che nessuna fattispecie concreta risponde alla fattispecie incriminatrice, ha una strada obbligata: l'art. 129 cpp.

E questa sarebbe la soluzione se ci fosse una imputazione definitiva.

Ma qui si affastellano una serie di ipotesi provvisorie sulla condotta criminosa.

Si tratta di questioni miste di fatto e di diritto: la mancata descrizione del fatto impedisce alla Cassazione la qualificazione normativa del fatto.

Per dirla con un'espressione elaborata da un secolo e mezzo dalla *Cassation* francese, siamo in presenza di un *défait de base légale*.

La scelta dell'ipotesi criminosa non compete alla Cassazione, ma appartiene alla *sovranté du juge du fond*.

Dunque, la soluzione conforme ai poteri cognitivi e decisorii della nostra Cassazione sarebbe quella dell'annullamento con rinvio.

Il giudice di rinvio avrebbe il compito di:

a) parametrare l'imputazione (precisando la condotta, il contributo materiale e il dolo);

b) chiarire se la condotta del concorrente esterno debba presentare o meno i requisiti del concorso in estorsione;

c) stabilire se si sia in presenza di un reato unico o di un reato continuato (anche ai fini di una eventuale, parziale prescrizione);

d) adeguare la motivazione all'imputazione così determinata, seguendo un ordine logico, senza sovrapposizione di piani tra condotta, effetto causale e dolo e – soprattutto – senza slittamenti semantici, espressioni vaghe volte a coprire un vuoto argomentativo.

L'annullamento con rinvio per vizio di motivazione non vuol dire che l'imputato è innocente.

Vuol dire che la motivazione è viziata, non che la decisione sia sbagliata.

E' un annullamento fatto non a favore dell'imputato.

Ma a favore del diritto.

Roma, 9.3.2012

**Il Sostituto Procuratore Generale
Francesco Mauro Iacoviello**