

Il giudice e Strasburgo.

di *Giuseppe Nuara*

Sommario: 1. Tutela multilivello dei diritti fondamentali. - 2. Verso nuovi contenuti del principio di legalità? - 3. Legalità convenzionale e prevedibilità. - 3.1. La prevedibilità (oggettiva e soggettiva) nelle pronunce della Corte EDU quale chiave di lettura della esigenza di certezza del diritto. - 4. La sentenza Contrada e la prevedibilità della condanna nell'ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa. - 5. I fratelli minori di Contrada: estensione del giudicato europeo *inter alios dato*. - 5.1. Segue. - 6. Conclusioni.

1. Tutela multilivello dei diritti fondamentali

La nota dominante nell'evoluzione del diritto seguita alla seconda guerra mondiale, per i paesi del vecchio continente europeo, è senza ombra di dubbio rappresentata dal progressivo consolidamento ed ampliamento della sfera dei diritti umani.

Soddisfatti i bisogni minimi primari- in costante parallelismo con il miglioramento delle condizioni economiche che ha indotto gli individui a prendere consapevolezza di altre esigenze collegate alla loro natura e a maturare il convincimento della necessità di superare le barriere dell'uguaglianza formale fra i medesimi in nome di una uguaglianza sostanziale- si è pervenuti alla individuazione di nuove prerogative esistenziali, ritenute essenziali alla sfera del benessere individuale, prive di un *nomen iuris* e attratte pian piano nella sfera dei diritti soggettivi, per effetto di un progressivo riconoscimento normativo, e ancor prima giurisprudenziale, in nome di una concezione totalizzante o monistica dei diritti della personalità (nel nostro ordinamento fondata sull'art. 2 della Costituzione).

In parallelo, dopo la conclusione degli orrori della seconda guerra mondiale, si è fatta strada la consapevolezza della necessità di superare, anche nel campo dei rapporti internazionali, una visione del diritto legata al dogma della sovranità nazionale e di riconoscere scenari più ampi alla sua sfera in una prospettiva trasversale e in sintonia con i nuovi orizzonti imposti dalla globalizzazione.

La comparsa sul proscenio della storia di nuovi soggetti e protagonisti, appartenenti a lontani ambiti geografici, ha fatto emergere un senso di comune identità ed appartenenza fra i paesi del vecchio continente e la necessità di predisporre nuovi strumenti, nuove "alleanze"- diverse da quelle cui l'esperienza dei secoli precedenti aveva dato vita in una esclusiva ottica di difesa e accordi militari- nell'ottica preventiva di porre un argine a difesa dal rischio di nuove stragi contro l'umanità.

In tale clima vedevano la luce nuove carte e convenzioni che inauguravano una nuova stagione: quella dei diritti umani, anche definiti come diritti universali, pur nella consapevolezza della immanente relatività del loro ambito applicativo, trattandosi di diritti comunque condizionati nella loro effettività da una condizione di benessere materiale che per molto tempo ancora, ed ancora attualmente, sarebbe rimasta appannaggio di pochi.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, si poneva, in particolare, l'obiettivo di porre le fondamenta di una piattaforma giuridica comune a tutti gli stati aderenti, attraverso l'enunciazione di diritti fondamentali che gli stessi firmatari si impegnavano a riconoscere come patrimonio imprescindibile comune e irrinunciabile di ogni singolo individuo.

Premessa imprescindibile era la presa d'atto dell'essere la Convenzione il punto di convergenza fra Stati che presentavano differenze strutturali profonde nei loro sistemi giuridici, tali da toccare la delimitazione dei confini stessi del diritto, evocando la distinzione dei rapporti fra *ius* ed *aequitas*.

L'obiettivo del funzionamento della Corte Europea dei diritti dell'uomo assicurare una tutela multilivello dei diritti della persona attraverso il bilanciamento di contrapposte esigenze, in una nuova prospettiva di "globalizzazione giuridica" che tengano conto, da un lato, della necessità di assicurare una uniformità della tutela dei diritti nello spazio europeo, nel rispetto, tuttavia, delle diversità giuridiche, sociali e culturali dei singoli paesi membri¹, con la consapevolezza, tuttavia, delle difficoltà insite in tale percorso, soprattutto in un ambito, quale quello penale, privo di una propria sistematicità giuridica per la sovrapposizione di fonti eterogenee².

La diversità delle fonti e la mancanza di sistematicità della materia ampliava le difficoltà di convivenza, sotto un unico cielo, del sistema di *common law*, caratterizzato da note dominanti di pragmatismo, e dei sistemi di *civil law*, più influenzati dalla sistematicità dell'esperienza romanistico-civilistica³.

Nel corso degli anni la Corte EDU riusciva, tuttavia, ad operare, conciliando le differenze strutturali ed operando nel rispetto del principio di sovranità dei singoli stati, non mancando tuttavia di affermare la imprescindibilità dei diritti sanciti dalla convenzione, avvolti in una veste paracostituzionale per volere dei medesimi stati aderenti.

E' ormai patrimonio cognitivo comune che l'attività della Corte negli ultimi decenni non sia passata senza lasciare segnali nella vita dei singoli ordinamenti, essendo ben visibile la traccia del suo agire, anche per l'impulso indiretto dato a modifiche costituzionali di non poco conto⁴.

¹ In tal senso Ferrarese, *Globalizzazione giuridica*, in *ED*, Annali, IV, 2011, 563 e ss.

² Per un approfondimento sul tema, M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, in *ED*, Annali, IX, 255-313.

³ Per una ricostruzione delle dinamiche del diritto penale internazionale M. Cherif Bassiouni, *Diritto penale internazionale*, in *ED*, Annali, I, 2007, 492-561 nonché Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna 2005.

⁴ Basti pensare alla modifica dell'art. 111 della Costituzione, all'affermazione del principio del giusto processo, quale conseguenza delle plurime violazioni dell'art. 6 della CEDU da

Per effetto del parallelo ruolo assunto dalla Corte di Giustizia è risultato affermato “un diritto transnazionale, in cui è determinante la circolazione dei modelli “ che “rende le Corti attori indispensabili in quanto soggetti privilegiati della importazione di soluzioni giuridiche attraverso il ricorso a precedenti e fonti straniere”.⁵

Sul versante penale sono risultati particolarmente incisivi quegli interventi che- in nome della difesa dei diritti umani fondamentali- hanno sanzionato, sotto il profilo della violazione dell’art. 8 della Convenzione, l’inadeguatezza di talune fattispecie incriminatrici poste a presidio di diritti e prerogative umane fondamentali quando non assistite da sanzioni afflittive efficaci⁶.

Nella medesima scia vanno collocati altri significativi interventi della medesima Corte di Strasburgo sul tema della legalità, così come definita dall’art. 7 della Convenzione, alcuni dei quali hanno anche determinato delle conseguenti ricadute problematiche negli ordinamenti dei singoli stati, in particolare quando il deficit di legalità nel tessuto normativo interno è stato configurato come potenziale generatore di un numero indeterminato di identiche lesioni⁷.

L’affermazione della “tutela multilivello” e l’irrompere della Corte EDU sul palcoscenico dell’interpretazione dei diritti sanciti dalla Convenzione, al di là dei dubbi nutriti da taluna dottrina sulla possibile “erosione dell’effettivo ruolo riservato alla Corte Costituzionale a favore di altre giurisdizioni”⁸, ha sicuramente determinato l’esigenza di “un cambio di prospettiva”⁹ e di mentalità da parte degli operatori nazionali, ovvero la necessità di adottare “l’ottica della Convenzione” e di superare “l’apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale”¹⁰

parte dello Stato italiano per la eccessiva durata dei processi che si risolveva, per la Corte di Strasburgo, in una violazione del diritto del cittadino ad avere un processo equo.

⁵ F. Palermo, *La produzione giuridica e i sistemi delle fonti*, 842, in *Diritto Costituzionale comparato*, a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari, Roma, Bari

⁶ Il riferimento è alle decisioni pronunciate in merito a ricorsi presentati da donne che lamentavano di essere maltrattate dal rispettivo marito/convivente/familiare, usualmente analizzati alla luce dell’art. 8 CEDU, individuato quale fonte di un *obbligo positivo* discendente in capo agli Stati di adottare le misure necessarie a impedire il verificarsi di atti di violenza fisica o psicologica sorti nel contesto familiare: a tale proposito Corte EDU *Opuz c. Turchia* del 9.6.2009; Corte EDU, *Eremia c. Moldavia* del 28.5.2013; Corte EDU, 26.3.2013, *Valiulienė c. Lituania* e altre.

⁷ Sul punto Greco, *Le sentenze pilota della Corte europea dei diritti dell’uomo: efficacia ultra partes?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, n.3, 108

⁸ In tal senso Carbone, *I diritti della persona fra CEDU, diritto dell’Unione Europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir.Un.eur.*, 2013, 9, ma in senso critico anche Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. Pen.* 2011, 794 e ss

⁹ Così Kostoris, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, 8 e ss.

¹⁰ La definizione è di Zagrebelsky, Corte Cost. n. 49 del 2015, in www.rivistaaic.it, 2015 secondo il quale “se la lettura delle sentenze della Corte europea è invece fatta ricorrendo all’apparato concettuale e linguistico proprio del diritto nazionale si resta vittime di un’incomprensione e distorsione che può avere gravi conseguenze”.

2. Verso nuovi contenuti del principio di legalità?

Gli effetti più tangibili della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – tali da rendere più che legittimo il dubbio sulla permanenza di una sovranità nazionale in materia penale – appaiono collegati alle pronunce emesse sul principio di legalità che hanno determinato uno spostamento di accento da una visione oggettiva che collega la legalità al principio di regolazione delle fonti di diritto penale (e alla riserva assoluta di legge), ad una visione soggettiva legata alla equazione legalità=prevedibilità soggettiva delle conseguenze penali.

Il principio di legalità convenzionale, come enucleato dalla giurisprudenza della Corte Europea, non contempla, in materia penale, una formale riserva di legge, né appare vincolato dalla natura formale della fonte normativa, prendendo piuttosto le distanze da essa, in ragione della specificità dell'ambito applicativo della stessa tutela convenzionale che abbraccia anche ordinamenti di *common law*, fortemente permeati dal principio dello *stare decisis*.

La Corte – muovendo da una sostanziale equiparazione fra diritto giurisprudenziale e fonti legislative, entrambe riconducibili alla nozione convenzionale di “base legale” – ha elaborato una nozione del tutto autonoma di legge, più assimilabile alla nozione di diritto, non ancorata ad una fonte specifica parlamentare.

L'aspetto formale della fonte ha finito con il rimanere del tutto ignorato, essendo privilegiato un approccio sostanziale, volto ad accertare l'esistenza, nel diritto interno dello Stato membro, di una norma giuridica – sia o meno prevista dalla legge - che abiliti all'ingerenza pubblica nel godimento di un diritto fondamentale tutelato.¹¹

La prospettiva adottata è stata tale da attraversare trasversalmente i sistemi giuridici di *civil law* e quelli di *common law*, in un'ottica composita che ha abbracciato sia le fonti ordinamentali di diritto scritto che quelle di diritto non scritto, in quanto ritenute parimenti idonee a determinare una possibile ingerenza negativa sulla tutela dei diritti umani fondamentali previsti dalla medesima Convenzione.

E' stato così ritenuto che, sul piano del diritto scritto, l'ingerenza possa derivare da previsioni di norme costituzionali, del diritto internazionale, di norme primarie o atti ad esse equiparati, o anche di atti sub-normativi; mentre, sul piano del diritto non scritto, che anche un orientamento giurisprudenziale consolidato possa determinare una possibile ingerenza sugli stessi diritti umani¹².

Risulta, in tal modo, delineato un sistema lontano dagli scenari positivisti e lontano dal concetto di legalità fatto proprio dalla nostra Costituzione.

¹¹ Per un approfondimento sul tema A.GAMBARO- R.SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, 2006, pag. 34

¹² Sugli effetti di ridimensionamento del principio di riserva di legge determinati da tale apertura al “formante giurisprudenziale” si veda F.Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, Cass. Pen., 7-8, 2016, 269.

La Costituzione italiana presenta diverse disposizioni sui profili sostanziali dell'illecito penale, disegnando una mappa di limiti¹³. Alcuni sono espressi – si pensi al principio di legalità nei fondamentali corollari della riserva di legge e dell'irretroattività scolpiti dall'art 25 della Costituzione, al principio della personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 comma 1^a Cost., al principio della finalità rieducativa della pena con il divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità e fissati dall'art. 27 Cost.- mentre altri sono implicitamente ricavati dall'ordinamento nel suo complesso- si pensi al principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, o al principio di sussidiarietà¹⁴.

Può ritenersi, dunque, che “l'approccio costituzionale ha messo progressivamente in evidenza una serie di vincoli negativi per il legislatore penale” e che l'illecito penale ricavi dalla Costituzione “una mappa dei limiti all'intervento penale senza però giungere a desumerne indicazioni univoche e perentorie quanto ai contenuti delle singole opzioni incriminatrici”¹⁵.

Il principio di legalità in materia penale evocativo della riserva di legge e del divieto di applicazione retroattiva della norma - come enunciato dall'art. 25 Cost. comma secondo¹⁶ - mira a garantire che il destinatario della norma penale possa

¹³ In dottrina Bernardi A., “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006 p. 41; G.Fiandaca, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig.Disc.Pen.*, V, 1991, 152ss; *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, p. 0013; Id., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 84 ss; Id., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, pp. 1255 ss.; Insolera G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell' "epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012, pp. 285 ss; Manna A., *Il principio di legalità*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2017; M.Ronco, *Il principio di legalità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; F.Palazzo, *Corso di diritto penale, parte gen.*, Giappichelli, 2016, 78 e sss; Id., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, n. 3/2016; Pino G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 167 ss A.Pagliaro, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F.Grosso, T.Padovani, A.Pagliaro, Milano, 2007, 74 e ss; M.Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I 3, Milano, 2004;; G.Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006,XII; G.Vassalli, *Tipicità*, in *ED*, XLIV,1992, 53;Viganò F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007 p. 42; Zagrebelsky G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 2/2008.

¹⁴ Sono plurime le declinazioni del principio di legalità nel nostro ordinamento, se si considera che al principio della riserva di legge, pur unico ad assumere esplicita rilevanza costituzionale, deve aggiungersi quello della determinatezza della fattispecie (*nulla poena sine lege certa*), del divieto di analogia (*nulla poena sine lege stricta*) e della irretroattività della legge penale (*nulla poena sine lege praevia*).

¹⁵ La definizione è di V.Manes, in *Principi costituzionali in materia penale* (Diritto penale sostanziale), Madrid 13-15 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it

¹⁶ Cui fa da contraltare l'art. 1 del codice penale secondo il quale “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge né con pene che non siano da essa stabilite”.

prevedere quale condotta sia vietata e punibile e che la decisione sulla punibilità di una determinata condotta venga assunta *ex ante* da parte del legislatore e non già *ex post* dal potere giudiziario.

E' questo il senso della riserva di legge (*nulla poena sine lege*) che individua la *ratio* del monopolio del Parlamento "sul suo essere rappresentativo della società tutta <unita per contratto sociale>" ¹⁷.

Il principio *nullum crimen sine lege* comporta che la punibilità di una condotta possa essere prevista solo da una legge scritta e la giurisprudenza possa essere configurata solo come strumento interpretativo, chiamato a dare voce allo "spirito" della legge delineandone il concreto ambito applicativo.

Non esistono illeciti penali innominati e atipici e tutti gli istituti fondamentali della responsabilità penale (fatto, elemento soggettivo del fatto, causalità, circostanze, esimenti, benefici) devono essere previsti dalla legge, pur dovendosi dare atto di una recente tendenza del nostro ordinamento all'affievolimento del monopolio legislativo nella produzione del diritto penale per effetto di un "crescente ruolo assunto dal potere esecutivo"¹⁸ che non ha mancato, in taluni casi, di fare fiorire innumerevoli dubbi sulla ragionevolezza di alcune scelte di criminalizzazione, espressione di istanze punitive particolari, che, adottate secondo la tecnica dell'aggregazione, hanno inciso sulla visione unitaria e di insieme dell'impianto codicistico, suscitando talora anche problematiche di coordinamento e difficoltà di approdi interpretativi logici e coerenti.

In ogni caso, comunque, se la ragion d'essere originaria sottostante alla enunciazione del principio della riserva di legge è stata quella di fissare i limiti e di definire gli ambiti operativi del potere legislativo espresso dal Parlamento in quanto sede della sovranità popolare, anche in un'ottica di difesa delle garanzie del cittadino da eventuali protagonismi o tentativi di ingerenza da parte dell'esecutivo, negli ultimi due decenni l'attenzione degli operatori tutti del diritto si è spostata su altri ambiti, volti ad individuare i reali confini del ruolo della giurisprudenza soprattutto laddove vengano in considerazione norme dal contenuto più sfumato e non assolutamente tassativo.

Certamente l'interpretazione giurisprudenziale che si limiti ad evidenziare il significato della legge, attraverso una concretizzazione giuridica del precetto, delineando il concreto ed individuale ambito applicativo della norma (di per sé con imprescindibili connotati di generalità ed astrattezza) non potrà mai essere attratta nel novero delle fonti del diritto.

¹⁷ In tal senso Corte Cost. 25.10.1989 n. 487, in *RP*, 1991, 239 che, oltre a richiamare il fondamento politico, di matrice illuministica, del principio di riserva di legge, non manca di sottolineare che il sistema penale delineato dalla Costituzione "tende ancora oggi a ridurre la quantità delle norme penali e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi o almeno < importanti> per l'ordinato vivere sociale".

¹⁸ F.Palazzo , *Principio di legalità e giustizia penale*, Cass. Pen., 7-8,2016, 2695.

La considerazione del significato individualizzante dell'opera interpretativa giurisprudenziale non può non condurre ad evocare, a tale proposito, la distinzione fra "disposizione" e "norma"¹⁹, avendo i più attenti studiosi della teoria dell'interpretazione sempre sottolineato una natura "creativa" dell'attività dell'interprete insita nel fatto che la norma non è disposizione e che non basta la disposizione affinché la norma venga ad esistenza, occorrendo la sua interpretazione²⁰.

Entro tali fisiologici limiti è certo che non possa attribuirsi valore di fonte del diritto alla giurisprudenza né potrà essere ritenuta tale quella giurisprudenza che pure produca "innovazione giuridica", adattando il significato della legge ad "un sistema *in fieri*", innestando il progresso nella conoscenza della legge²¹ dovendo anche entro tali limiti parlarsi di diritto-concretizzazione, che si mantiene nell'ambito di una preesistente cornice normativa²².

Nessun problema potrà porre ancora quella attività ermeneutica che, pur con un carico di innovazione, si mantenga entro limiti individualizzanti, attraverso l'inserimento di casi e sottofattispecie all'interno della disposizione. Non potrà, invece, apparire immune da censure quell'attività ermeneutica che riscriva la norma estendendone l'ambito applicativo, in violazione del divieto di applicazione analogica²³.

Soprattutto i plurimi interventi della Corte EDU, negli ultimi anni, hanno posto l'interrogativo se anche il diritto giudiziale possa essere configurato come sostanziale fonte del diritto, ed entro quali limiti nel rispetto del principio della separazione dei poteri, in una diversa prospettiva che tenti di fare convivere sotto uno stesso tetto sistemi di *civil law* e di *common law*, e con ridimensionamento del ruolo della riserva di legge.

Si è fatta strada l'idea di un possibile "formante giurisprudenziale" e che la giurisprudenza possa essere considerata "fonte del diritto" "nel senso non già che è abilitata a creare norme astratte, bensì che produce norme applicate ai casi

¹⁹ Per la distinzione fra disposizione e norma V.Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *ED*, XIII, 1964, 196.

²⁰ Anche secondo Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, I, 219

²¹ Si pensi all'interpretazione della colpa penale e al rapporto che lega la colpa al contenuto evolutivo delle regole cautelari.

²² Sul punto ancora M.Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, D.P.C., 2016,3, 13 e ss.

²³ Rischio questo maggiormente elevato nel caso di norme che si affidano a "clausole generali" o di fattispecie poco tassative. Per una sottolineatura della sottoposizione del giudice "solo" alla legge (ai sensi dell'art.101 Cost.) e dei rischi insiti nella distinzione fra disposizione e norma si veda M.Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED*, Annali, IX, 391-476 secondo il quale "riservando la denominazione di < norma > all'interpretazione, non si avanza una proposta lessicale innocente, ma si finisce per suggerire di reintrodurre dalla porta proprio la differenza ontologica che si era cacciata dalla finestra" in quanto "partendo da questa terminologia è facile che la disposizione venga ridotta ad una < proposta > del legislatore al giudice.. e che solo il giudice sia identificato come l'autorità pubblica che può davvero consegnarci la norma".

concreti” illuminando “portata e limiti delle fattispecie incriminatrici”²⁴, lasciando, tuttavia, sottintendere il rischio che attraverso un’opera di concretizzazione possa determinarsi una estensione applicativa della norma medesima²⁵.

Le superiori riflessioni inducono a condividere le perplessità espresse da taluna dottrina che “la legalità ha cessato di essere un motivo unificante e un punto d’incontro tra i penalisti per diventare invece un luogo di disunione se non un terreno di scontro” ponendosi, da un lato, “coloro che constatano e mettono in luce il tramonto del vecchio paradigma positivista, sottolineando come tale fenomeno non possa non investire anche la cittadella fortificata del diritto penale” e, dall’altro, “coloro che non cessando di vagheggiare il ritorno al passato”, mettono in luce sui rischi insiti nel “nuovo paradigma della giuridicità”²⁶.

Il ruolo del giudice ha registrato un progressivo ed esponenziale consolidamento e il diritto giurisprudenziale sembra avere acquistato uno spazio crescente rispetto alla legislazione scritta anche nell’ambito del diritto penale, soprattutto a *fronte* di fattispecie incriminatrici non nettamente delineate dal legislatore che sembrano mettere in crisi la stessa idea di certezza del diritto²⁷.

La conseguenza sembrerebbe essere quella di un ridimensionamento delle differenze tra *civil law* e *common law*, con conseguente mutamento del volto del diritto penale incline ad ampliare gli orizzonti ed il significato tradizionale della riserva di legge e a riconoscere un formante giurisprudenziale²⁸, anche se in ambiti

²⁴ La definizione è di G.Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, Cass. Pen., 2005, 1722. Per approfondimenti ulteriori Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

²⁵ Per un approfondimento sulle problematiche inerenti all’applicazione estensiva delle leggi penali e sul rischio di passare da una concretizzazione estensiva della disposizione incriminatrice ad una estensione diretta, M.Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit..

²⁶ F.Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, Cass. Pen., 7-8,2016, 2695

²⁷ Sul tema dei rapporti fra legalità *in law* e legalità *in action* e sui rischi insiti nel possibile riconoscimento di un valore vincolante al precedente si rinvia al saggio di F.Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, in D.P.C., 2016, 3, 13 e ss., secondo il quale “la tipicità rappresenta l’anima più profonda della legalità, in cui si esprime non solo una garanzia ma quasi la stessa cifra essenziale dello

stesso precetto penale” posto che “nella tipicità, inoltre, trovano finalmente una loro sintesi la legalità della legge e la legalità effettuale, in quanto il tipo è delineato – niente più che delineato – dalla legge, ma concretizzato al contatto col fatto dal giudice. Il miracolo del buon funzionamento del diritto penale sta in questo difficile equilibrio”.

²⁸ Sul punto ancora critico F.Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., secondo il quale “attribuire valore vincolante al precedente può recare un contributo di certezza limitando la libertà interpretativa e i contrasti giurisprudenziali, ma può anche alterare quell’equilibrio esasperando la polverizzazione del tipo criminoso fino a identificarlo nella sostanza con la miriade dei fatti concreti dinanzi ai quali il pubblico ministero prima e il giudice poi avvertano un’esigenza repressiva: e, una volta formatosi un precedente, la strada sarebbe sostanzialmente irreversibile”.

ristretti e ben delineati dallo stesso legislatore²⁹, con la consapevolezza dei rischi insiti in tale operazione.

3. Legalità convenzionale e prevedibilità.

L'art. 7 della Convenzione europea, al primo paragrafo, enuncia il principio di legalità dei reati e delle pene, sottolineando l'esigenza "che l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino il proprio fondamento in una legge, nazionale oppure internazionale, già in vigore al momento del fatto"³⁰.

E' configurabile un primo livello di tutela introdotto dalla prima parte della norma, diretto a garantire che la sanzione penale, per una condotta o omissione, possa essere applicata solo ove prevista dal "diritto", interno o internazionale ("*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale*").

Sussiste, altresì, un secondo livello di tutela concernente l'estensione della garanzia alla entità della pena ("*Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*") così da evitare il rischio di mutamenti *in peius* del trattamento sanzionatorio, successivi allo stesso fatto.

Nell'interpretazione data dalla Corte EDU, l'articolo 7 della Convenzione non si limita a vietare l'applicazione retrospettiva della legge penale a svantaggio dell'imputato, incarnando anche, più in generale, il principio secondo cui solo il diritto può definire un crimine e prescrivere una sanzione³¹ e proibendo, in particolare, di estendere la portata dei reati esistenti ad atti che in precedenza non erano reati, lasciando sottintendere, inoltre, che il reato non deve essere interpretato estensivamente a detrimento di un accusato, ad esempio per analogia³².

Il principio enunciato dall'art. 7 della Convenzione europea appare chiaro e si presenta come un faro che proietta una luce trasversale su paesi diversi e con tradizioni giuridiche radicate su regole e istituzioni differenti.

Qualunque sia la provenienza del cittadino che lamenti una violazione della Convenzione, a condizione che sia appartenente ad uno degli Stati aderenti alla Convenzione, occorre che lo stesso sia posto in grado di prevedere che dalla sua

²⁹ Si pensi alla recente modifica introdotta attraverso il d.lgs 16.3.2015 n. 28 che ha riconosciuto, attraverso l'introduzione dell'art. 131 bis c.p., la possibilità di estendere ad ogni singola fattispecie incriminatrice il principio della offensività in concreto, consentendo di pervenire a pronunzie di assoluzione pur in presenza di condotte astrattamente conformi al dettato normativo penale ma prive di offensività o ritenute di particolare tenuità.

³⁰ In tal senso G.Abbadessa, *Rassegna ragionata delle pronunce in tema di art. 7 Cedu (nessuna pena senza legge)*, in D.P.C.. 18.7.2011, p-3 e ss.

³¹ Per una delle prime affermazioni del principio Corte EDU *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, *ric. n.14307/88*.

³² In tal senso Corte EDU, *Coëme e altri c. Belgio*, *ric.32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96*, § 145, CEDU 2000-VII, e per un esempio di applicazione di una sanzione per analogia Corte EDU *Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia* [GC], *ric.nn. 23536/94 e 24408/94*, §§ 42-43, CEDU 1999-IV).

condotta o omissione possa derivare una sanzione penale (*“Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale”*) oltre che l’entità della medesima sanzione.

Il principio di legalità nella declinazione fatta propria dalla CEDU finisce con l’assumere dunque due distinti profili.

E’ recepita una nozione di legalità proiettata su un profilo temporale, attraverso la sottolineatura del divieto che un individuo possa essere punito per una condotta che non costituiva reato nel momento in cui fu commessa.

Sotto altro profilo la stessa nozione di legalità risulta legata alla condizione che la fattispecie penale incriminatrice sia sufficientemente chiara e tale da delineare con rigore i contorni della condotta incriminata, in modo da consentire al singolo di prevedere le eventuali conseguenze penali della sua condotta.

Ma anche in questo caso il *focus* del tema appare essere quello della individuazione delle fonti che possono concorrere a definire i contorni della fattispecie incriminatrice, risultando non a caso richiamata una categoria – quella del diritto-trasversale, valida per ogni sistema giuridico e sciolta dai legami del principio di riserva di legge, tale da includere sia il formante normativo che quello giurisprudenziale.

La giurisprudenza della Corte europea offre una nozione autonoma di legge e, in particolare, di legge penale.

“Legge” non è tanto l’atto scritto che risulta da particolari procedimenti di produzione, quanto il “diritto applicato”.

Il diritto non è tale per la forma che assume, scritta o non scritta, o per la fonte dalla quale deriva (legislativa regolamentare amministrativa o giurisprudenziale) ma per alcune sue qualità intrinseche, potendo ritenersi come tale solo la regola di giudizio che risulti accessibile e prevedibile.

Nelle intenzioni dei padri della Convenzione- considerato il contesto storico che l’ha vista nascere e le aspettative di garanzia che venivano in essa riposte- il principio enunciato dall’art. 7 della Convenzione ha rappresentato la chiave per garantire i paesi europei, in nome della legalità, dal rischio di altre sciagure e di procedimenti giudiziari arbitrari, di condanne e pene arbitrarie, attraverso la sottolineatura della sua natura inderogabile anche in tempo di guerra.

E’ innegabile, tuttavia, che nel corso degli anni- mutati gli orizzonti politici e consolidato il cammino delle istituzioni democratiche dei paesi aderenti- si è modificato il senso degli interventi della Corte EDU e il principio di legalità ha finito con l’assumere nuove sfumature di significato, trasversali ad ordinamenti di natura diversa rivelando l’esistenza di una dimensione sovranazionale nella quale le aspettative e i diritti dei singoli cittadini europei possono trovare riconoscimento, al di là e successivamente all’intervento delle autorità nazionali preposte all’esercizio della giurisdizione- in nome di una piattaforma comune legalitaria e facendo nascere l’idea di una tutela multilivello nella quale il ruolo delle Corti nazionali potrebbe sembrare a prima vista ridimensionato.

Di fronte a tali interventi, rimane, tuttavia, l'interrogativo se sia comunque configurabile un limite di sistema, ovvero una linea di confine oltre la quale le differenze strutturali fra paesi di *civil law* e paesi di *common law* risultino insuperabili.

Basti pensare al fatto che i giudici di Strasburgo appaiono, in particolare, collegare il principio della prevedibilità anche alle interpretazioni giurisprudenziali, e soprattutto ai mutamenti giurisprudenziali *in peius*, ponendo l'accento sulla necessità che il cittadino possa sapere in anticipo, anche con l'aiuto di "consulenti illuminati"³³, quali siano le conseguenze della sua condotta, non solo con riferimento al testo della norma, che deve risultare il più chiaro possibile, ma anche con riferimento alle interpretazioni che la giurisprudenza ha operato sulla medesima norma, sollecitando in tal modo la necessità di più approfondite riflessioni sul tema delle fonti del diritto e della compatibilità di un formante giurisprudenziale con il principio formale di legalità espresso nel nostro ordinamento dall'art. 25 Cost.³⁴.

Il contenuto della norma incriminatrice deve risultare formulato in termini chiari e precisi con la sottolineatura della possibilità che i medesimi requisiti possano essere assicurati anche attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, purché costante e ragionevole, ammettendosi la possibilità che la norma, per sua natura generale ed astratta, in quanto necessariamente collegata alla previsione di modelli di condotte generali, possa presentare contenuti non sempre assolutamente precisi e chiari.

La norma deve risultare formulata in modo da rendere prevedibile la possibilità di applicazione della sanzione penale e anche la giurisprudenza - secondo l'interpretazione della Corte - può concorrere a delineare e tassellare il contenuto della norma, così contribuendo a stabilire se la stessa soddisfi o meno il requisito della prevedibilità.

La giurisprudenza, interpretativa o creativa che sia poco importa, può concorrere nella definizione della base legale e nella realizzazione dell'obiettivo imprescindibile di garantire la certezza del diritto.

Il fine ultimo quello di far sì che ciascun individuo possa conoscere l'esistenza, nell'ordinamento giuridico nazionale di appartenenza, dei limiti dei propri diritti

³³ Di consulenti illuminati parla la Corte Edu in molteplici decisioni: *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, *Raccolta* 1996 V; *S.W. c. Regno Unito*, § 35, 22 novembre 1995; *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, §§ 40-41, *serie A* no 260 A).

³⁴ In dottrina Bernardi A., "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006 p. 41; Nicosia E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; Viganò F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007 p. 42; Zagrebelsky G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 2/2008.

fondamentali e le conseguenze che possano eventualmente derivare da ogni singola sua condotta³⁵.

Non può negarsi che talune recenti decisioni della Corte Edu sul tema della legalità, e della rilevanza dei mutamenti giurisprudenziali *in peius*, hanno determinato un forte impatto entro i confini nazionali, così come ben sottolineato da taluna dottrina che non ha mancato di evidenziare come tale apertura al “formante giurisprudenziale” determini, in definitiva, il rischio di un ridimensionamento del ruolo della riserva di legge in nome della conoscibilità del precetto e della sua sanzione³⁶.

Il *leit motiv* delle pronunce della Corte EDU è stato, dunque, quello di ancorare la nozione di prevedibilità alla possibilità per il soggetto di individuare e prefigurare le conseguenze della sua condotta, configurando un limite negativo alla stessa prevedibilità nel verificarsi di un inopinato mutamento giurisprudenziale, che non risulti coerente con la sostanza del reato³⁷.

L’art. 7 Cedu non può essere interpretato nel senso che sia proibita ogni interpretazione giurisprudenziale volta a precisare gradualmente il significato

³⁵ Significative a tal proposito la sentenza *Pessino c/Francia* del 10.10.2006, *ric. n.40403/02*, con la quale la Corte EDU ha sanzionato la Francia per avere avuto in maniera urbanistica un brusco cambiamento di giurisprudenza sfavorevole all’imputato e da questi non prevedibile e la sentenza *Del Rio Prada c.Spagna*, 10.7.2012, *ric.n.42750/09*, confermata, poco dopo confermata sul punto anche dalla sentenza *Rohlena c. Repubblica Ceca*, con le quali, i giudici di Strasburgo affermano che “l’articolo 7 della Convenzione non si limita a proibire l’applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell’imputato³⁵” precisando che il principio di prevedibilità può ritenersi soddisfatto solo “se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l’assistenza dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti”.

³⁶ Sul punto F.Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, Cass. Pen., 7-8,2016, 2695 secondo il quale “ questa apertura della legalità- prevedibilità al formante giurisprudenziale, mentre certifica ufficialmente la morte, o comunque, il fortissimo ridimensionamento della riserva di legge, costituisce un potente rafforzamento della più profonda e universale anima della legalità penale costituita appunto dall’esigenza di conoscibilità del precetto e delle conseguenze della sua violazione”.

³⁷ Corte EDU *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC]*, nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, *CEDU 2001 II*; nel medesimo senso *Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990, § 29, *serie A no 176 A* nelle quali si afferma che “ per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria” e che “ nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto penale” pur non potendosi “interpretare l’articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta di chiarire gradualmente le norme in materia di responsabilità penale mediante l’interpretazione giudiziaria da una causa all’altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile”. Sul punto anche Corte EDU ,29 ottobre 2013 - *ric n. 17475/09 - Varvara c. Italia*.

della norma, purché l'approdo conclusivo di tale interpretazione appaia in linea con il nucleo essenziale dell'illecito e sviluppo evolutivo prevedibile in linea con il precedente assetto interpretativo³⁸.

3.1. La prevedibilità (oggettiva e soggettiva) nelle pronunce della Corte EDU quale chiave di lettura della esigenza di certezza del diritto.

Non sempre però la lettura delle sentenze della Corte EDU consente agevolmente di individuare il contenuto della nozione della prevedibilità, apparendo in taluni casi la Corte prediligere un approccio astratto che prescinde dalle caratteristiche soggettive del reo, e dal possesso da parte del medesimo di un bagaglio conoscitivo tale da consentirgli una adeguata valutazione delle conseguenze e rischi della sua condotta, e sembrando, invece, in altre pronunce prediligere un approccio in termini di prevedibilità soggettiva.

Basti pensare al criterio adottato nel caso *Soros c. Francia*³⁹ in cui il ricorrente, un cittadino americano fondatore di un fondo d'investimento, era stato condannato per *insider trading* per avere acquistato un pacchetto di azioni di alcune società da poco privatizzate, compresa una banca francese, sfruttando la conoscenza, in ragione delle sue funzioni, di un'informazione riservata sull'evoluzione dei titoli azionari e dopo aver avuto notizia del tentativo di acquisto della stessa banca da parte di un gruppo di investitori⁴⁰.

Nel caso di specie la Corte, riconoscendo che il ricorrente era un soggetto particolarmente qualificato, ha ritenuto che, per la sua esperienza, lo stesso non avrebbe potuto ignorare o almeno dubitare che la sua condotta avrebbe comportato quantomeno il rischio di incorrere nella contestazione del medesimo reato.

Analogamente la Corte EDU, nel caso *Groppera Radio AG e a. c. c. Svizzera*⁴¹, ha ritenuto prevedibile un testo di legge anche se non ancora pubblicato in quanto, nel

³⁸ Corte EDU, sent. 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito* nella quale la Corte ha escluso una violazione dell'art. 7 della Convenzione nel caso di un soggetto, componente di un giuria in un processo penale, che aveva lamentato una interpretazione in malam partem della norma sull'oltraggio e condannato per avere trasgredito all'ordine del giudice di effettuare ricerche su Internet in relazione all'imputato.

³⁹ Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. n.50425/96, ma in senso analogo si segnalano anche CEDU, ez. V, 1.9.2016, *X e Y c. Francia*; CEDU sez. II, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius c. Lituania*; CEDU, sez. IV, 6 marzo 2012 *Huhtamaki c. Finlandia*.

⁴⁰ Soros, innanzi ai giudici francesi prima e a quelli di Strasburgo poi, lamentava l'indeterminatezza degli elementi costitutivi del reato lui contestato: in particolare, nel procedimento interno, aveva sollevato questione di illegittimità per la mancanza della prevedibilità della legge applicabile all'*insider trading* ritenendo che il suo comportamento, in base alla normativa vigente, non poteva essere considerato illecito al momento in cui aveva effettuato gli ordini di acquisto anche per la mancanza di precedenti giurisprudenziali rendevano del tutto imprevedibile che la sua condotta sarebbe potuta essere ritenuta penalmente rilevante.

⁴¹ Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*, ric. n. 12726/87.

caso di specie, la normativa di riferimento doveva ritenersi comunque *accessibile* facendo appunto leva sull'attività lavorativa svolta dagli imputati⁴².

Più oggettivo, invece, il "criterio evolutivo", sganciato tuttavia dal dato formale e del precedente giurisprudenziale, adottato nella pronuncia *Muller c. Svizzera*, del 24 maggio 1998, nella quale la Corte di Strasburgo ha escluso la genericità del concetto di oscenità, rigettando il ricorso di un soggetto condannato per il reato di pubblicazioni oscene, ritenendo il concetto di oscenità condiviso dalla coscienza sociale e, dunque, considerando prevedibile la condanna.

Nella medesima direzione si collocano le due sentenze gemelle *S.W.c.Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*⁴³ con le quali la Corte EDU ha ritenuto prevedibile la condanna nei confronti di due soggetti responsabili di violenza sessuale in danno delle rispettive mogli, agganciando la prevedibilità al mutamento in materia del "senso comune", pur a fronte di precedenti giurisprudenziali che avevano confermato la validità del principio di *common law* sulla giustificazione della violenza in virtù del "consenso" prestato dalle parti al momento del matrimonio.

Occorre leggere altre pronunce per incontrare una nozione di tipo oggettivo della prevedibilità, ancorata alla sussistenza di consolidati orientamenti giurisprudenziali, come la sentenza sul caso *Sunday Times c. Regno Unito*⁴⁴ nella quale la Corte - dopo avere posto sullo stesso piano le restrizioni imposte dalla *common law* e quelle previste dalla legge - ha ritenuto che il ricorrente avrebbe potuto prefigurarsi le conseguenze giuridiche della sua condotta facendo riferimento alla giurisprudenza precedente che enunciava i limiti entro i quali potevano essere formulate opinioni sull'operato dei giudici.

Nel medesimo solco anche la sentenza *Kokkinakis c. Grecia*⁴⁵ nella quale la Corte ha ritenuto la prevedibilità della condanna emessa dai giudici nazionali per una fattispecie di proselitismo, pur rilevando la scarsa precisione della norme, ritenendo che la Corte di Cassazione greca ne avesse comunque dato una interpretazione consolidata.

⁴² In particolare, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la portata dei concetti di prevedibilità e accessibilità dipende in gran parte dal contenuto del testo, dal settore che deve essere regolamentato nonché dallo *status* dei soggetti ai quali è indirizzato, sottolineando, altresì, come la legge sulle telecomunicazioni fosse altamente complessa ma destinata a specialisti del settore. Pertanto, il contenuto poteva essere considerato accessibile per una società commerciale che intendesse lavorare nel settore delle trasmissioni radiofoniche internazionali come Groppera Radio.

⁴³ Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito, serie A-n.335-B* e *C.R. c. Regno Unito* concernenti due episodi di violenza sessuale in danno delle rispettive mogli, una consumata e l'altra tentata, in cui entrambi gli autori del fatto sono stati condannati nonostante vi fosse un principio di *common law* enunciato da Sir Matthew Hall nel 1736 secondo il quale la violenza coniugale doveva essere considerata scriminata in virtù del consenso prestato nel contratto di matrimonio.

⁴⁴ Corte ED, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito, ric. n. 1311/87*

⁴⁵ CEDU, 24 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia, ric. n. 14307/88*

Di analogo rilievo anche la sentenza della Grande Camera, *Cantoni c. Francia*⁴⁶ con la quale è stata ritenuta legittima una condanna per vendita abusiva di prodotti farmaceutici dato che quest'ultima nozione, nonostante alcune incertezze precedentemente emerse nella giurisprudenza di merito, era stata ricostruita in modo preciso dalla *Court de cassation*.

Il medesimo approdo è stato condiviso nella sentenza *Jobe c. Regno Unito*⁴⁷ nella quale i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione dell'art. 7 della Convenzione nei confronti del ricorrente, cittadino del Gambia, condannato ai sensi dell'art. 58 del *Terrorism Act* (che punisce chi raccoglie informazioni utili a commettere o preparare un atto terroristico o possiede materiale utile allo scopo senza giustificato motivo), ritenendo che la portata della *defence of reasonably be foreseen* non fosse sconosciuta nell'ordinamento inglese, in quanto già adottata per altro reato, e sottolineando la prevedibilità dell'orientamento della giurisprudenza.

Il tema della prevedibilità della condanna in presenza di regolamentazione delle fattispecie incriminatrici poco determinate risulta affrontato anche in pronunce successive nelle quali la Corte ha confermato la possibilità di un'interpretazione integratrice del diritto giurisprudenziale⁴⁸, rigettando le istanze volte al riconoscimento della violazione dell'art. 7 della Convenzione per difetto di prevedibilità della condanna penale.

Sempre sulla scia di tale ultima opzione, non sono mancate, tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, pronunce di condanna emesse dalla Corte di Strasburgo fondate sulla base di soluzioni ermeneutiche ritenute "imprevedibili" alla luce degli stessi precedenti giurisprudenziali.

In tal senso si colloca la sentenza *Pessino c. Francia*⁴⁹ nella quale la Corte EDU ha ritenuto la violazione dell'art. 7 della Convenzione, ritenendo il provvedimento di condanna dei giudici nazionali fondato sulla base di soluzioni ermeneutiche ritenute "imprevedibili" alla luce degli stessi precedenti giurisprudenziali.

Né può mancarsi di considerare che, in altra pronunzia, la Corte ha altresì osservato che, sebbene l'articolo 7 della Convenzione non menzioni espressamente il legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l'autore, tuttavia, "la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) vanno nel senso di una

⁴⁶ CEDU, Grande Camera, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*

⁴⁷ Corte EDU, 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito*

⁴⁸ CEDU, Grande Camera, 8 luglio 1999, *Baskaya e Ockuoglu c. Turchia*, CEDU, Grande Camera, 8 luglio 1999, *Erdogan c. Turchia* nelle quali la Corte ha ritenuto che il reato di propaganda, sebbene disciplinato in termini poco determinati, fosse stato oggetto di interpretazione costante da parte della giurisdizioni nazionali.

⁴⁹ Corte EDU, sez. II, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02 nella quale la Corte rilevava che -essendo stata la condotta di costruzione (dopo la sospensione del relativo permesso) punita per la prima volta in giurisprudenza ai sensi di una fattispecie incentrata sull'assenza di autorizzazione- il ricorrente non avrebbe potuto rappresentarsi l'illiceità della propria azione neanche con l'ausilio di consulenti legali.

interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato" *sottolineando altresì che* "sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che né è vittima"⁵⁰.

4. La sentenza Contrada e la prevedibilità della condanna nell'ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa.

Con la sentenza Contrada i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la condanna inflitta a Bruno Contrada per il reato di cui agli artt. 110, 416 bis c.p. sia stata emessa in violazione dell'art. 7 della Convenzione, per deficit di prevedibilità, considerando, in particolare, che tale requisito avrebbe potuto ritenersi soddisfatto solo successivamente alla pronuncia Demitry a Sezioni Unite del Supremo Collegio del 1994, considerata la mancanza, per il periodo pregresso e all'epoca della condotta, di un orientamento giurisprudenziale consolidato tale da fare ritenere prevedibile la condanna, oltre che l'entità della stessa⁵¹.

Bruno Contrada -prima funzionario di polizia in servizio presso la Questura di Palermo, quindi Capo della Squadra Mobile, nonché funzionario presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e, successivamente, vicedirettore dei servizi segreti civile (SISDE) era stato condannato per avere reso ripetutamente informazioni alla consorte mafiosa denominata "Cosa nostra" dal 1979 al 1988.

Contrada ricorreva alla Corte di Strasburgo lamentando il difetto di prevedibilità della sanzione penale e la violazione dell'art 7 della Convenzione, assumendo che il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso sarebbe stato chiaramente delineato solo da giurisprudenza successiva al tempo della sua condotta.

I giudici di Strasburgo non condividevano la difesa del Governo italiano che aveva rilevato come la giurisprudenza avesse sempre sostenuto la configurabilità di un concorso eventuale in reato associativo fin dagli anni sessanta, ritenendo che i precedenti giurisprudenziali indicati dovessero essere riferiti a diverse fattispecie criminose di reati associativi. Di nessun rilievo veniva ritenuto anche l'ulteriore argomento difensivo, sostenuto dal Governo italiano, tendente a mettere in luce che, anche nelle pronunce con le quali era stata talora messa in discussione la

⁵⁰ Corte EDU, sez.II, 10.5.2012, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/01

⁵¹ Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. n.66656/13.

configurabilità di un concorso esterno in associazione mafiosa, i fatti erano stati ritenuti, tuttavia, integrare una piena partecipazione ai sensi dell'art. 416 bis c.p.⁵².

La Corte europea, in particolare – dopo avere premesso come il *thema* del decidere non dovesse essere quello di stabilire se il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisse o meno un reato di origine giurisprudenziale – rilevava che solo con la sentenza Demitry del 1994⁵³ si sarebbe giunti ad un “consolidamento” giurisprudenziale, tale da rendere conoscibile il contenuto del precetto penale e prevedibile la condanna, attraverso il riconoscimento esplicito della possibilità di configurare un concorso esterno in associazione mafiosa.

Concludeva che, all'epoca della condotta posta in essere da Bruno Contrada, il reato contestato al ricorrente e, conseguentemente, la sanzione penale non fossero sufficientemente chiari.

La Corte Europea ha interpretato, dunque, la norma della Convenzione facendo riferimento – quale parametro valido per la verifica della conoscibilità della rilevanza penale della condotta e dell'entità della relativa pena – non al livello intellettuale e culturale del soggetto interessato e neppure a quella creatura, dalla natura vagamente mitologica, denominata “*uomo medio*”, bensì alla concreta possibilità, per il soggetto agente, di comprendere il disvalore penale della sua condotta, nonché le relative conseguenze, “*a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati*”.

In capo all'interprete assume l'obbligo di verificare, facendo riferimento all'epoca in cui la condotta punita è stata tenuta, se – interpretando la legge anche con l'ausilio di professionisti capaci e aggiornati – al soggetto agente fosse possibile comprendere di essere in procinto di tenere una condotta che la legge penale del suo Paese sanzionava penalmente, individuando altresì con sicurezza l'entità della pena irrogabile per quel fatto.

La sentenza Contrada si è mossa sulla scia di precedenti decisioni che hanno annoverato nella nozione di *law* richiamata dall'art. 7 della Convenzione sia il

⁵² In tal senso, Cass. Pen., 14 luglio 1987, ric. *Cillari*, in *Cass. Pen.*, p. 36, 1989; Cass. Pen., 27 giugno 1989, ric. *Agostani*, in *Cass. Pen.*, p. 223,, 1991; Cass., 27 giugno 1994, ric. *Abbate e Clementi*, in *Foro it.*, 1994, II, p. 560.

⁵³ Cas. S.U. 5.10.1994, n. 16 in *FI*, 1995, 7, II,422 che riteneva configurabile il concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso. distinguendo fra il partecipe all'associazione e il concorrente eventuale materiale, sottolineando inoltre che il primo è colui senza il cui apporto quotidiano, o comunque assiduo, l'associazione non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza, colui che agisce nella “fisiologia”, nella vita corrente quotidiana dell'associazione, mentre il secondo è, per definizione, colui che non vuol far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a “far parte”, ma al quale si rivolge sia per colmare vuoti temporanei in un determinato ruolo, soprattutto nel momento in cui la “fisiologia” dell'associazione entra in fibrillazione, attraversando una fase “patologica” che, per essere superata, richiede il contributo temporaneo, limitato anche ad un unico intervento , di un esterno, insomma è il soggetto che occupa uno spazio proprio nei momenti di emergenza della vita associativa.

diritto di fonte scritta che il diritto giurisprudenziale, sul presupposto che la prevedibilità della rilevanza penale della condotta possa anche dipendere dalla interpretazione giurisprudenziale e richiedere un certo grado di consolidamento della stessa.

Dalla lettura della sentenza traspare, tuttavia, un particolare rigore di giudizio della Corte in ragione del fatto che la prevedibilità risulta agganciata alla sola pronuncia delle Sezioni Unite Demitry, senza il riconoscimento del minimo rilievo a tutte le precedenti pronunce di segno contrario che pure avevano ritenuto la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, e dalle quali era nata la ragione del contrasto giurisprudenziale che aveva determinato la necessità di una remissione della questione alle Sezioni Unite del Supremo Consesso.

Né deve essere sottaciuta la considerazione ulteriore del fatto che non risulta dato adeguato risalto alla circostanza che la fattispecie penale in contestazione era comunque di recente introduzione, almeno fino alla sentenza Demitry, essendo stato fatto riferimento dai giudici europei appunto alla fattispecie associativa di tipo mafioso, introdotta nel 1982.

Anche in ragione di tale ridotto intervallo temporale, non sembra condivisibile la conclusione di ritenere insufficienti, sul punto della prevedibilità delle conseguenze penali, le altre decisioni giurisprudenziali emesse sul tema della astratta configurabilità di un concorso esterno in condotte associative altrui, comune alla problematica dedotta da Contrada con il suo ricorso.

Un ulteriore dato appare, altresì, importante sottolineare: manca nella sentenza Contrada qualsiasi considerazione sul contenuto del binomio normativo dal quale discende la fattispecie incriminatrice in questione- frutto della sinergia dell'art. 110 c.p. e della norma incriminatrice di parte speciale costituita dall'art. 416 bis- essendo stata omessa qualsiasi considerazione sulla qualità del testo sotto il profilo della determinatezza della fattispecie, avendo la Corte di Strasburgo ancorato il deficit di certezza e prevedibilità solo sulla mutevolezza delle interpretazioni giurisprudenziali succedutesi fino al 1994, fino alla sentenza Demitry delle Sezioni Unite della Suprema Corte intervenuta nell'anno 1994, rimanendo, altresì, al di fuori di ogni indagine valutativa i successivi interventi giurisprudenziali, pur della Suprema Corte sul medesimo tema dei limiti del concorso esterno in associazione mafiosa.

Sulla superiore pronuncia sono piovute numerose critiche e molti dubbi sono stati espressi sulla compatibilità della medesima decisione con i vincoli di sistema (e con il principio della riserva di legge soprattutto) nonché in ordine ai limiti insiti nella possibilità di censurare, con conseguenze in punto di violazione del principio di legalità, i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, ovvero i fisiologici orientamenti giurisprudenziali sfavorevoli all'imputato, ritenendoli strutturalmente pregiudizievoli alla certezza del diritto⁵⁴.

⁵⁴ In dottrina, *ex plurimis*, De Francesco G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1/2016, p. 0012B; Id., *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca*

Seguendo le osservazioni del Governo italiano, non può affermarsi che il concorso esterno in associazione mafiosa, o la figura del concorso eventuale in reato plurisoggettivo a fattispecie necessaria, sia una figura nata con la sentenza Demitry, essendosi già registrati a partire dagli anni '60 degli arresti giurisprudenziali specifici in tema di cospirazione politica e di terrorismo.

Da parte della giurisprudenza e della dottrina non era mai stata messa in dubbio d'altronde la possibilità di estendere il meccanismo di cui all'art. 110 c.p. alle fattispecie di reati plurisoggettivi necessari, di parte speciale.

La sentenza Contrada sembrerebbe, allora, il frutto di una lettura frettolosa e di una non chiara comprensione dell'effettivo stato della giurisprudenza, anche all'epoca dei fatti⁵⁵.

di un percorso razionale, in Leg. Pen., 20.02.2017;; Donini M., Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria, in Riv. it. dir. proc. pen., fasc. 1/2016, p. 346; ID., Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo, cit.; ID.; Giordano S. E., Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia, in Archivio Penale 2/2015; Leo G., Concorso esterno nei reati associativi, in Il libro dell'anno Treccani, 2017; Maiello V., Consulta e Cedu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno, in Dir. pen. e proc., 2015, p. 1008; Manna A., La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?, in Dir. pen. cont., 4 ottobre 2016; Marino G., La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?, in Dir. pen. cont., 3 luglio 2015; Milone S., Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo. Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è.... imprevedibile?, in questa Rivista, n. 2/2016, p. 8; Palazzo F., La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità, in Dir. pen. e proc., 2015, p. 1061; Pulitanò D., Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, in Dir. pen. cont., 2015, 2 .

⁵⁵ In particolare, va sul punto evidenziato che la giurisprudenza che, fra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, negava la configurabilità del concorso 'eventuale' nel reato associativo riteneva che fosse sufficiente ad integrare la partecipazione la prestazione di un contributo causale all'associazione mafiosa, senza dare alcun rilievo all'*affectio societatis*. Dunque, chi contribuiva in un qualsiasi modo alla vita dell'associazione era partecipe della stessa (e non mero concorrente esterno) senza che fosse necessario verificare, in modo ultroneo, la volontà del medesimo soggetto di essere parte dell'associazione (in tal senso Cass., 14 luglio 1987, ric. Cillari; Cass., 27 giugno 1989, ric. Agostani; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi). A tale orientamento si contrapponeva quello di altra giurisprudenza che, invece, sosteneva la configurabilità concettuale del concorso esterno, tenendo a distinguere la condotta dell'affiliato, contrassegnata dall'*affectio societatis*, da quella dell'*extraneus* che (privo del requisito dell'*affectio societatis*) si limitava ad intervenire solo in alcune circostanze (sul punto Cass., 13 giugno 1987, ric. Altivalle, cit.; Cass. 4 febbraio 1988, ric. Barbella, cit.; Cass., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, cit.; Cass., 18 giugno 1993, ric. Turiano, cit.). Con la sentenza Demitry (Cass. SS.UU., 5 ottobre 1994, sent. n. 16, in Cass. Pen., 1995, 842) il supremo consesso riconosceva la configurabilità del concorso dell'*extraneus* nel reato di associazione di tipo mafiosa limitandolo, tuttavia, ai momenti di fibrillazione della consorteria mafiosa e definendo il concorrente esterno come «colui che non vuole far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia

Le sentenze menzionate dalla Corte EDU come indicative della impossibilità di configurare il concorso esterno - la sentenza *Cillari* del 1987, in particolare - non negavano il concorso esterno, muovendosi piuttosto nella direzione di includere, come effettiva partecipazione all'associazione, condotte ritenute (dall'accusa) esterne all'associazione, apparendo essenzialmente incentrate sulla valutazione di ciò che sarebbe bastato ad integrare la partecipazione all'associazione, distinguendolo da ciò che invece non avrebbe potuto integrarlo⁵⁶.

Nella medesima direzione anche la sentenza *Agostani* che- oltre a ritenere che l'ipotesi concorsuale ai sensi dell'art. 110 cod. pen. avrebbe potuto trovare ingresso nello schema dell'art. 416 cod. pen. nelle ipotesi di concorso morale - risultava porre in particolare l'accento sul fatto che una condotta concretamente volta a favorire le attività ed il perseguimento degli scopi sociali, posta in essere da un soggetto esterno al sodalizio, avrebbe potuto essere ritenuta condotta di partecipazione al reato associativo (e non mera connivenza), ove accompagnata dalla coscienza e volontà di raggiungere i fini dell'associazione, anche attraverso

dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica che, per essere superata, esige in contributo temporaneo, limitato, di un esterno». Risultava, in tal modo ristretta la platea dei possibili destinatari della norma penale, in un'ottica interpretativa *in bonam partem*. Successivamente, interveniva nuovamente, il Supremo Collegio, con la sentenza del 14 dicembre 1995 nota come Mannino I (Cass. Pen., SS.UU., 27 settembre 1995, in *Cass. Pen.*, 1996, 1087), chiarendo che il dolo del concorrente esterno è il dolo generico rappresentato dalla volontà di contribuire alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'associazione ovvero, alternativamente, il dolo specifico di realizzare il programma criminoso dell'organizzazione senza, tuttavia, farne parte. Un intervento successivo veniva posto in essere, a seguito di un nuovo intervento negazionista della Suprema Corte del 2000 (Cass. Pen. Sez. IV, 21.09.2000, ric. *Villecco*, in C.E.D. Cass.), con la sentenza Carnevale del 2002 (Cass. Pen. SS.UU., 30 ottobre 2002, sent. n. 22327, in *Riv. it. dir. proc. pen.*) con la quale i Giudici Supremi confermavano la configurabilità del concorso esterno, disancorandola dalla esistenza di momenti patologici dell'associazione, e collegandola ad una effettiva rilevanza causale del contributo dato al mantenimento ovvero al rafforzamento dell'associazione. Veniva, altresì, chiarito, in termini di elemento soggettivo, che anche il dolo del concorrente eventuale è un dolo specifico mancando, però, in tal caso, l'*affectio societatis*. Con la ulteriore sentenza a Sezioni Unite del 2005 nota come sentenza Mannino bis (Cass. Pen., SS.UU., 12 luglio 2005, sent. n. 33478, in *FI* 2006, 2,II,80), la Suprema Corte chiariva ulteriormente che la condotta dell'*extraneus* presuppone un contributo concreto, specifico e consapevole che abbia una effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e la rilevanza causale del contributo deve essere accertato ex post alla stregua dei criteri elaborati dalla sentenza Franzese.

⁵⁶ Cass. Sez.I, 19.1.1987 n. 8092, in CED cass. secondo la quale la cosiddetta "partecipazione esterna", che ai sensi dell'articolo 110 cod. pen. renderebbe responsabile colui che pur non essendo formalmente entrato a far parte di una consorteeria mafiosa abbia tuttavia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi, si risolve, in realtà, nel fatto tipico della partecipazione punibile, la quale deve ritenersi integrata da ogni contributo apprezzabile effettivamente apportato alla vita dell'ente ed in vista del perseguimento dei suoi scopi, mediante una fattiva e consapevole condivisione della logica di intimidazione e di dipendenza personale propria del gruppo e nella consapevolezza del nesso causale del contributo stesso.

atti di per sè leciti⁵⁷, rimanendo, tuttavia, più rigorosa la presa di posizione nella sentenza *Abbate e Clementi*⁵⁸.

Di contro, negli stessi anni, altre decisioni del Supremo Collegio non mancavano di rilevare esplicitamente la configurabilità del concorso eventuale esterno in associazione per delinquere di tipo mafioso⁵⁹ almeno in relazione all'agire di soggetti che, pur estranei alla struttura organica del sodalizio, si fossero limitati anche ad occasionali prestazioni di singoli comportamenti aventi idoneità causale per il conseguimento dello scopo sociale o per il mantenimento della struttura associativa, agendo nella consapevolezza dell'esistenza dell'associazione e con la coscienza del contributo che ad essa arrecavano.

Le sentenze della Suprema Corte di Cassazione richiamate dalla Corte EDU, per sottolineare la confusione giurisprudenziale esistente fino al 1994, sono risultate, pertanto, volte a restringere e razionalizzare, piuttosto che allargare, la sfera applicativa del concorso esterno in associazione mafiosa.

La sentenza Demitry ha fatto riferimento a particolari momenti della vita dell'associazione (quelli della fibrillazione) per i quali si rivela fondamentale l'appoggio dell'estraneo, restringendo di fatto indubbiamente la platea dei possibili

⁵⁷ Cass. Sez.I, 21.3.1989 n. 8864 in CED cass.

⁵⁸ Cass. Sez.I, 18.5.1994 n. 2348 che rilevava come nel reato di associazione per delinquere di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis cod. pen., reato plurisoggettivo, fosse ipotizzabile soltanto il concorso necessario di persone, non potendo il concorso eventuale sussistere in considerazione della particolare struttura di detto reato, atteso che comunque l'elemento soggettivo ed oggettivo di ciascun apporto alla realizzazione della fattispecie criminosa in questione, per essere rilevante ai fini della integrazione della stessa, non può differire dagli elementi soggettivo ed oggettivo caratterizzanti la "partecipazione" al reato medesimo. Si sottolineava, inoltre, con la medesima pronuncia come le condotte in vario modo agevolatrici o del singolo appartenente all'associazione ovvero dell'attività dell'associazione medesima fossero state specificamente prese in considerazione dal legislatore, nell'intento di sanzionare ogni possibile "contiguità" con organizzazioni criminose del tipo in questione da parte di soggetti non organicamente inseriti nelle stesse, attraverso la specifica aggravante per il delitto di favoreggiamento personale nonché l'aggravante di cui all'art. 7 D.L. 13 maggio 1991 n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991 n. 203.

⁵⁹ Il riferimento è a Cass. Sez.I, 13.6.1987 n. 3492, *Altivalle*, che rilevava come "anche in relazione ai reati associativi, e particolarmente con riguardo all'associazione per delinquere di tipo mafioso, è configurabile il concorso eventuale di persone, sia come concorso psicologico, nelle forme dell'istigazione e della determinazione, nel momento in cui l'associazione viene costituita, sia - allorché l'associazione è già costituita - nella forma del contributo consapevolmente prestato al mantenimento e al consolidamento dell'organizzazione criminosa". Nella medesima direzione anche Cass. Sez.I, 4.2.1988, *Barbella*, che sosteneva come dovesse essere ravvisato concorso nel reato di associazione per delinquere, e non partecipazione all'associazione stessa, "quando l'agente, estraneo alla struttura organica dell'associazione, si sia limitato alla occasionale e non istituzionalizzata prestazione di un singolo comportamento". Va segnalata anche Cass. Sez.I 23.11.1992, n. 10490, *Altomonte* e ancora Cass. Sez. I 18.6.1993, n. 2902, *Turiano*, che riteneva ammissibile il concorso eventuale di persone in un reato associativo, che si realizza quando la condotta dell'agente non sia intrinsecamente connaturata con la struttura del sodalizio criminoso, ma ne costituisca soltanto supporto esterno non direttamente incidente sugli elementi necessari per la configurazione dell'associazione.

destinatari della norma, esprimendo in definitiva una interpretazione *in bonam partem*.

Nella medesima ottica di fornire un impianto interpretativo razionale, utile a delineare i confini applicativi della fattispecie lungo il sentiero della rilevanza causale della condotta, le sentenze Carnevale⁶⁰ e Mannino⁶¹, a distanza di un decennio, hanno posto l'accento sulla necessità che il contributo dell'estraneo risulti serio, specifico, consapevole e volontario, ponendosi come condizione necessaria per la conservazione ed il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, al di là della "fibrillazione".

Sul versante del dolo, inoltre, la Suprema Corte ha progressivamente nel tempo sottolineato la necessità di un dolo diretto, di un atteggiamento psicologico intenso e qualificato volto a rafforzare l'associazione consentendo a questa di trarre vantaggi⁶².

In definitiva, la diversità degli approdi giurisprudenziali interpretativi fino alla sentenza Demitry non poteva essere ritenuta patologica ma nei limiti del fisiologico, così come la stessa sentenza Demitry non ha rappresentato un'evoluzione giurisprudenziale imprevedibile e dirompente rispetto al passato.

⁶⁰ Cass. S.U. , 30.10.2002, n. 22327 secondo la quale in tema di reati associativi (e con particolare riferimento all'associazione di tipo mafioso) è configurabile il concorso cd. "esterno" nel reato in capo alla persona che, priva della "*affectio societatis*" e non inserita nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisce un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, a carattere indifferentemente occasionale o continuativo, purché detto contributo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione e l'agente se ne rappresenti, nella forma del dolo diretto, l'utilità per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso.

⁶¹ Cass. S.U. 12,7,2005, n. 33748, in GP, 2006,5,II,258 ha sottolineato che, in tema di associazione di tipo mafioso, la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno *status* di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi, assumendo invece il ruolo di "concorrente esterno" il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'*affectio societatis*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima, con la ulteriore precisazione che la valutazione della rilevanza causale della condotta venga compiuta secondo un apprezzamento "ex post", in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente.

⁶² Sulla necessità di una indagine penetrante sul tema del dolo si veda Cass. S.U. 12.7.2005, n. 33748, Mannino, cit. secondo la quale il dolo deve investire sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione, agendo l'interessato nella consapevolezza e volontà di recare un contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

Ciò senza considerare, peraltro, che con la stessa sentenza è stato recepito un orientamento volto a restringere la platea dei possibili destinatari della norma, *in bonam partem*.

Non appare, peraltro, del tutto peregrina l'osservazione del Governo italiano secondo la quale i concetti di prevedibilità, conoscibilità e accessibilità alla norma avrebbero dovuto essere delineati, come un abito su misura, sulle caratteristiche soggettive dell'imputato (sottolineandosi in particolare che un alto funzionario di polizia come Bruno Contrada non avrebbe potuto ignorare le conseguenze della sua condotta)⁶³.

L'utilizzazione di un criterio soggettivo nell'applicazione del principio di prevedibilità avrebbe certamente condotto a risultati diversi in ragione della particolare qualifica del ricorrente e della sua attività professionale.

Né può omettersi di considerare che i giudici di Strasburgo avrebbero ben dovuto tenere conto – anche per le ricadute sul versante della prevedibilità della pena- del particolare contesto storico in cui ha visto la luce la fattispecie criminosa di cui si discute, chiamata ad arginare il livello crescente di pericolosità dell'organizzazione criminale mafiosa “Cosa Nostra” che insanguinava le città siciliane e le strade della città di Palermo in particolare, a seguito dell'adozione di strategie di lotta frontale alle istituzioni⁶⁴.

Una maggiore attenzione alle emersioni del fenomeno mafioso degli anni ottanta, e ai delitti eccellenti, nonché alle ragioni storiche ed alle esigenze di tutela dell'ordine pubblico e ripristino dell'autorità statale che hanno condotto all'introduzione di una nuova e più specifica ipotesi associativa criminosa (l'associazione per delinquere di tipo mafioso delineata dall'art. 416 bis accanto all'associazione per delinquere di tipo comune delineata dall'art.416), ovvero una valorizzazione del “senso comune” del precetto (diverso criterio seguito dalla Corte EDU nel caso *S.W. c. Regno Unito*), avrebbero certamente dovuto condurre ad una diversa conclusione.

A ben vedere, ancora, anche l'applicazione del criterio oggettivo seguito nell'ambito di precedenti decisioni (si pensi al caso *Jobe c. Regno Unito* sopra richiamato) avrebbe potuto condurre la Corte europea al risultato opposto di ritenere ben prevedibile la condanna per Bruno Contrada, anche argomentando sulla base dei soli precedenti giudiziari richiamati dal Governo italiano in materia di reati di “associazione eversiva” , in quanto precedenti decisioni in materia di reati a concorso necessario, plurisoggettivi, aventi struttura analoga a quella del reato di associazione per delinquere di tipo mafioso contestato al Contrada medesimo.

⁶³ Come avvenuto nei casi *Groppera Radio c. Svizzera, ric.n.12726/87* e *Soros c. Francia, ric. n.50425/06* in cui si è valorizzata l'attività professionale degli imputati per affermare la prevedibilità della decisione.

⁶⁴ Il riferimento è alla legge n. 646 del 13 settembre 82 come risposta all'uccisione del Generale Carlo Alberto Dalla Chiesa, e non solo, perpetrata in data 3 settembre 1982.

Né può omettersi di considerare che uno dei *leit motiv* della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo è quello secondo cui “non si può interpretare l’art. 7 come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l’interpretazione giuridica da una causa all’altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile”⁶⁵, e che, nella fattispecie considerata, l’interpretazione giurisprudenziale attuata con la sentenza Demitry, o meglio con le sentenze che l’hanno preceduta, non poteva essere considerata come uno sviluppo imprevedibile o non coerente con la struttura del reato ed i suoi elementi costitutivi.

L’interpretazione giurisprudenziale dello *ius positum* rappresentava, anche all’epoca dei fatti, un fisiologico dato evolutivo, essendo, d’altra parte, da escludere, anche secondo la stessa giurisprudenza della Corte europea, che la mera incertezza della condanna possa equivalere ad imprevedibilità della sanzione penale, dal momento che, in caso contrario, “il più che meritorio intento di sanzionare l’incertezza, di garantire l’individuo contro l’incertezza applicativa, si convertirebbe in una paralizzante sclerotizzazione della giurisprudenza”⁶⁶.

Autorevole dottrina, nella medesima direzione, ha considerato che “*la controversia dottrinale-giurisprudenziale non rende imprevedibile una decisione: la rende incerta*” essendo prevedibile che la decisione possa essere in un senso o in un altro, soprattutto quando alcune di diverso segno siano già state pronunciate, non essendo invece sicuro di quale tenore essa possa essere⁶⁷.

Sul medesimo tema è stato ancora considerato che se i contrasti di giurisprudenza bastassero a rendere “imprevedibile” l’irrogazione di una pena, addirittura in senso retrospettivo, “*l’efficacia del sistema di tutela penale dei beni giuridici sarebbe rapidamente dispersa. Con conseguenze altrettanto perniciose, fra l’altro, in punto di capacità evolutiva del diritto giurisprudenziale*”⁶⁸.

5. I fratelli minori di Contrada: estensione del giudicato europeo *inter alios* dato.

E’, altresì, controverso se la sentenza Contrada possa essere automaticamente applicata anche a soggetti diversi che – in mancanza di un proprio giudicato favorevole CEDU – abbiano riportato condanna penale per condotte qualificate in termini di concorso esterno in associazione mafiosa, commesse in periodi antecedenti al 1994.

⁶⁵ Per tutte Corte EDU *Varvara c. Italia*, 23 ottobre 2013 cit.

⁶⁶ Palazzo F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in DPC, 2015, 1061-1067

⁶⁷ Donini M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 354, secondo il quale ancora “questa incertezza del diritto, dunque, può mai essere “sanzionata” con la sua disapplicazione fino al momento di un guadagnato assestamento ricognitivo? Un tale esito pare francamente improponibile, peggio ancora del male a cui vorrebbe porre rimedio”.

⁶⁸ Leo G., *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Il libro dell’anno Treccani*, 2017.

E' controverso se la sentenza Contrada possa essere considerata "sostanzialmente" sentenza "pilota" e se gli evidenziati profili di violazione dell'art. 7 della CEDU possano essere considerati come una "disfunzione sistemica" dell'ordinamento interno, tale da fare scattare l'obbligo di conformazione previsto dall'art. 46 della Convenzione.

L'interrogativo appare legittimo e di non immediata soluzione soprattutto ove si consideri che la Corte Costituzionale – con una recente pronuncia pur non condivisa unanimemente dalla dottrina⁶⁹ – ha escluso che sussista un obbligo del giudice italiano di conformarsi alle decisioni della Corte europea nelle ipotesi in cui non si tratti di "sentenze pilota" e quando la decisione non sia espressione di un "diritto consolidato"⁷⁰, spettando alla Corte di Strasburgo di pronunciare la «parola ultima» in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, e fermo restando che l'applicazione e l'interpretazione del sistema generale di norme debba essere attribuito in prima battuta ai giudici degli Stati membri, dovendo il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo coordinarsi con l'art. 101, secondo comma, Cost. nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso.

E' pacifico, altresì, che un'applicazione generalizzata della sentenza Contrada anche a soggetti diversi, ma aventi "identità" di posizione processuale, non potrebbe avvenire attraverso la diretta disapplicazione della norma nazionale, sul presupposto di un suo contrasto con le norme della Convenzione, postulando al contrario la necessità di una preventiva declaratoria di illegittimità della stessa norma interna confliggente con la stessa Convenzione.

Sono noti gli insegnamenti sul punto della Corte Costituzionale che ha rilevato come le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, non siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale, trattandosi di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale.⁷¹

⁶⁹ Sul punto A.Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in DPC, 2015,2,318 e ss. che l'ha definita come "affetta da patriottismo costituzionale ingenuo e infecondo".

⁷⁰ Corte Cost. n. 49 del 2015, in FI, 2016,5,I,1623 secondo cui il giudice nazionale non è vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo ma solo a quelle costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto. Ne consegue che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza e fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro

⁷¹ Corte Cost. n. 348 del 2007, in RDI, 2008, 1,197 ha ritenuto che l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali e può ritenersi operativo solo se vengono determinati gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, che

Risulta così rimesso al giudice nazionale, e al giudice delle leggi in particolare, il controllo sulla conformità delle norme CEDU alla Costituzione, nella prospettiva di un ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti previsti da altri articoli della Costituzione, dovendo la completa operatività delle norme interposte superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano.

L'interrogativo se sia possibile estendere anche ad altri soggetti la portata del principio affermato dalla Corte Edu nel caso Contrada rimanda, comunque, ad un interrogativo di più ampia portata, occorrendo chiedersi, in caso di richiesta di estensione di un giudicato europeo reso *inter alios*, quali siano le condizioni giuridiche per procedere a siffatta applicazione e quale sia, inoltre, lo strumento tecnico percorribile, idoneo ad assicurare una effettiva *restitutio ad integrum*.

La risposta al primo quesito può ritenersi astrattamente essere di segno positivo, anche considerando l'illustre precedente rappresentato nel nostro ordinamento dalla sentenza *Ercolano*⁷², con la opportuna avvertenza, tuttavia, che una possibile estensione anche ad altri soggetti degli effetti di un giudicato favorevole della Corte di Strasburgo dovrebbe passare attraverso la considerazione e valutazione del contenuto del giudicato europeo medesimo.

Ad esempio potrebbe rilevare la circostanza che risulti accertato un profilo di contrasto con i principi fondamentali ispiratori della stessa Convenzione, con l'art.7 della CEDU in particolare, dovendosi tale ipotesi tenere distinta da quella in cui la condanna del giudice nazionale sia considerata pronunziata in esito ad un processo non equo, in violazione dell'art. 6 della Convenzione e, in quest'ultimo caso, apparendo necessario verificare se la violazione riscontrata assuma un significato di sistema e generalizzato.

Ma anche laddove dovesse risultare individuato dalla Corte di Strasburgo un profilo di violazione dell'art. 7 della Convenzione, ovvero una carenza di prevedibilità della pena, non è pacifico che il giudicato europeo possa trovare automatica estensione anche in relazione a soggetti privi di un giudicato CEDU favorevole, essendo pregiudiziale una verifica dell'identità di posizione fra il soggetto che abbia ottenuto un giudicato CEDU favorevole ed il soggetto che ne sia, invece, privo.

Ma anche a tale proposito rimane aperto il problema di individuare il contenuto della nozione di identità, essendo stata prospettata la possibilità di intenderla secondo un'accezione meramente temporale (con il risultato, ritornando al caso Contrada, di ritenere che l'identità di posizione riguardi quei soggetti che abbiano riportato condanna penale per una condotta qualificata ai sensi degli artt. 110-416 bis c.p. e riferibile ad identico contesto temporale) ovvero in termini di "identità

assumono quindi la funzione di fonte interposta, in quanto di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria.

⁷² Cass. S.U. 24.10.2013 n. 18821, in *Cass. Pen.*, 2015, 1, 28

processuale”, fondata sul tenore della “condotta processuale” tenuta, e sul contenuto delle argomentazioni difensive spese, con particolare riferimento alle specifiche doglianze espresse in punto di mancanza di prevedibilità della pena, “data l’ineliminabile componente soggettiva del giudizio di imprevedibilità”⁷³.

Di fronte all’interrogativo su quale sia lo strumento giuridico più idoneo ad assicurare l’estensione degli effetti del giudicato europeo a soggetti terzi permangono, in ogni caso, molti dubbi sulla possibilità di percorrere la strada dell’incidente di esecuzione, presupponendo tale strada la necessità che “le situazioni in comparazioni siano identiche” e che “l’intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti alcun contenuto discrezionale”⁷⁴.

Lo strumento dell’incidente di esecuzione per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte EDU ad un soggetto diverso da quello che l’aveva adita potrebbe essere insomma utilizzato- sempre che la predetta decisione (pur non adottata nelle forme della “sentenza pilota”) abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione dell’istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo- solo quando l’intervento di rimozione o modifica del giudicato appaia privo di contenuto discrezionale, ovvero non risulti necessaria una rielaborazione critica della vicenda.

Quando comunque non risulti il requisito dell’identità di posizione, o comunque quando il tenore stesso della decisione europea induca a ritenere necessaria una rilettura della vicenda, lo strumento di adeguamento andrebbe individuato nella revisione, introdotta dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011⁷⁵, che “resta il principale canale di adeguamento dell’ordinamento interno

⁷³ Cass. Sez.I, 11.10.2016 n. 44193, FI, 2016, 12, II, 698 secondo la quale, è bene ricordare, la sentenza Contrada “*appare tesa a riconoscere l’esistenza della violazione dell’art. 7 della convenzione non già sul crinale della scarsa prevedibilità della rilevanza penale del fatto di per sé considerato (art. 7 1^ comma, primo periodo della convenzione) quanto sul tema della sua esatta qualificazione giuridica (art. 7, 2^ comma, secondo periodo caratterizzato dalla equiparazione tra prevedibilità della responsabilità e prevedibilità della misura della pena) e dunque della corrispondente forbice edittale della pena*” anche se, in senso contrario, è stata sostenuta l’inammissibilità del ricorso volto ad ottenere la “revisione europea” quando la richiesta sia relativa a situazione processuale coperta da giudicato, in assenza di esito favorevole dinanzi alla Corte EDU (Cass. Sez.II, 20.6.2017 n. 40889). Ancora si veda Cass. Sez.II, 20.6.2017 n. 40889 in CED Cass.secondo la quale la natura eminentemente “esecutiva” della revisione europea e la sua funzionalizzazione all’emenda degli *errores in procedendo* rilevati dalla Corte Edu non sono compatibili con interpretazioni estensive dell’istituto, tendenti a consentire l’incisione di giudicati relativi a processi relativi che hanno riguardato casi asseritamente analoghi, ovvero connotati dallo stesso vizio procedurale.

⁷⁴ Cass. Sez.I, 11.10.2016 n. 44193, FI, 2016, 12, II, 698.

⁷⁵ Corte Cost. n. 113 del 2011, in Cass.Pen., 2012, 3, 933 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 del codice di procedura penale, sollevata in riferimento all’art. 117, primo comma, della Costituzione e all’art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, “*nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbia accertato l’assenza di equità del processo, ai sensi dell’art. 6 della Convenzione europea*

ai contenuti delle decisioni emesse dalla Cedu, lì dove siano in gioco effetti di < sentenze > sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6 della convenzione) che in rapporto a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art. 7 cui non seguano conseguenze obbligate o predeterminate da altre norme applicabili al caso oggetto di previo giudizio"⁷⁶.

Non vi è dubbio, in ogni caso, che, anche nell'ipotesi di ricorso al giudizio di revisione, andrebbe escluso ogni automatismo⁷⁷, essendo chiamato il giudice della revisione a verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione conforme alla Convenzione della norma interna, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ferma rimanendo la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale ove risulti impossibile una interpretazione convenzionalmente orientata.

5.1. Segue.

Con specifico riferimento alla tematica concernente l'individuazione dei limiti e delle possibilità di applicazione della sentenza Contrada anche a "fratelli minori" occorre fare alcune riflessioni preliminari.

A quanti sostengono che in favore di una possibile estensione del giudicato Contrada a soggetti che si trovano in analoga posizione possa rilevare il precedente caso *Ercolano*, va replicato che, nel caso *Scoppola*, la Corte EDU (nella sua più rappresentativa formazione della Grande Camera) aveva ravvisato una violazione del principio di legalità derivante da una *norma* che, con effetti sostanzialmente retroattivi, aveva precluso a determinati soggetti, sottoposti a giudizio con accusa

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo". La Consulta ha ritenuto, in particolare, che "la revisione- comportando, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo, che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove - costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato".

⁷⁶ In tal senso Cass. Sez.I, 11.10.2016 n. 44193 cit. ed anche Cass. Sez.VI, 2.3.2017, n. 21635, in Cass. Pen.2017,11,4118 secondo cui la c.d. "revisione europea" introdotta dalla Corte Costituzionale con la sentenza additiva n. 113 del 2011, presuppone la necessità di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Edu, vincolante ai sensi dell'art. 46 della Convenzione: necessità che ricorre quando la sentenza sia stata resa sulla medesima vicenda oggetto del processo definito con sentenza passata in giudicato, oppure quando abbia natura di "sentenza pilota", riguardante situazione analoga verificatasi per disfunzioni strutturali o sistematiche all'interno del medesimo ordinamento giuridico, ovvero, ancora, quando abbia accertato una violazione di carattere generale, desumibile dal "*dictum*" della Corte Edu e ricorra una situazione corrispondente che implichi la riapertura del dibattimento. *Contra* tuttavia Cass. Sez.II, 20.6.2017, n. 40889 cit. secondo cui "l'incisione del giudicato a seguito dell'intervento di sentenza della Corte europea possa avvenire con lo strumento della revisione solo se si tratta di "eseguire" la specifica decisione emessa dalla Corte Edu nei confronti della medesima persona che ha ottenuto la condanna dello Stato italiano, e sempre che la *restitutio in integrum* sia effettuabile esclusivamente attraverso la riapertura e dedizione del processo".

⁷⁷ Corte Cost. n. 230 del 2012, in *GC*,2012,5,3440.

di omicidio aggravato, la possibilità di usufruire della riduzione di pena (a trenta anni) in ragione del rito abbreviato prescelto⁷⁸.

La violazione dell'art. 7 della Convenzione europea era stata, dunque, determinata da una norma sopravvenuta che aveva regolato con effetti retroattivi *in peius* una posizione processuale ancora non definitiva, per essere la pena inflitta in corso di esecuzione.

L'effetto della sentenza si determinava anche in deroga al giudicato, con riferimento a rapporti pendenti *in executivis*.

La Corte di Strasburgo - innovando l'orientamento restrittivo della precedente giurisprudenza, che aveva costantemente escluso dalla previsione dell'art. 7 della Convenzione «il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato» - delineava con la sentenza *Scoppola* un nuovo "statuto" della legalità convenzionale, affermando che l'art. 7 della Convenzione non si limita a garantire il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, imponendo anche, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, che il giudice applichi quella le cui disposizioni siano più favorevoli al reo, costituendo violazione del principio di legalità convenzionale l'applicazione della pena più sfavorevole al reo.

Tutto ciò in nome di un "approccio dinamico ed evolutivo" alle norme della Convenzione - così da rendere "le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche ed illusorie"- e di un "consenso a livello europeo e internazionale" tale indurre a considerare la retroattività della legge penale *mitior* espressione di un principio fondamentale del diritto penale.

Le Sezioni della Suprema Corte, con la predetta sentenza *Ercolano*, hanno successivamente ritenuto che la sentenza "Scoppola c. Italia", pur non potendo essere definita "sentenza pilota" – non spingendosi fino al punto di indicare le misure più idonee per risolvere il riscontrato problema strutturale, interno allo specifico settore dell'ordinamento nazionale – avesse individuato comunque una criticità sistemica, rendendo lo Stato responsabile di una violazione del principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU che continuava a perpetuarsi attraverso l'esecuzione di una pena inflitta in base ad una norma (successiva), peraltro dichiarata, nel frattempo, incostituzionale dalla Consulta⁷⁹.

⁷⁸ Corte Edu sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009, *ric. n.1024/03*, che ha ritenuto contraria all'art. 7 CEDU la condanna all'ergastolo e non già alla pena di trent'anni di reclusione del ricorrente, giudicato nelle forme del rito abbreviato.

⁷⁹ Cass. S.U. 24.10.2013 n. 18821, in *Cass. Pen.*, 2015, 1, 28 e prima ancora cfr. Cass. Ord.S.U. 19.4.2012 n. 34472 con la quale veniva rimessa alla Corte Costituzionale della norma "interpretativa" di cui all'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 che limitava la possibilità per gli imputati di ottenere una riduzione della pena a seguito di giudizio abbreviato nella precedente misura di trenta anni, rilevandosi che dall'art. 25 comma 2^a Cost. deriverebbe anche il principio della la retroattività o l'ultrattività della *lex mitior*, in quanto va ad incidere sulla configurabilità del reato o sulla specie e sull'entità della pena e, quindi, su

Pur sottolineandosi una radicale differenza tra chi, a fronte di un giudicato interno di condanna ritenuto convenzionalmente illegittimo, avesse proposto tempestivo ricorso alla Corte di Strasburgo con esito positivo e chi, invece, non si fosse avvalso di tale facoltà, così da precludere la possibilità di un possibile superamento del *decisum* nazionale attraverso il rimedio giurisdizionale previsto dal sistema convenzionale europeo- veniva posto l'accento sulla necessità di un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori primari, costituzionalmente presidiati, destinati a prevalere sul primo, quando, in particolare, l'esecuzione di una sanzione penale si riveli, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima⁸⁰.

Il risultato è stato quello di ritenere la possibilità di un carattere recessivo del giudicato a fronte di evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona, in nome dell'esigenza di emendare "lo stigma dell'ingiustizia" con la conseguenza che ove "la norma generale e astratta, sulla quale il giudice della cognizione ha fatto leva per giustificare la pronuncia di condanna, si riveli ex post incompatibile con il principio di legalità convenzionale e quindi illegittima ex art. 117, comma primo, Cost., dovrà necessariamente porsi fine, in forza delle ragioni innanzi illustrate, a tale situazione di flagrante illegalità"⁸¹.

E, tuttavia, ritornando all'interrogativo di partenza, appare di immediata evidenza che il "caso Scoppola" non può essere equiparato al "caso Contrada", essendo stata, in tale ultimo caso, la violazione dell'art. 7 della Cedu ravvisata per un non sufficiente stato di certezza applicativa fino alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Demitry, e non per l'applicazione di una norma (successivamente rimossa attraverso l'intervento demolitore della Corte Costituzionale).

La sentenza Contrada, al contrario della sentenza Scoppola, pone indubbiamente problematiche diverse, rendendo legittimo l'interrogativo da parte dei giudici nazionali - chiamati a pronunciarsi sulla possibile estensione degli effetti relativi

diritti fondamentali della persona e non solo il principio della irretroattività della legge penale più severa. La Corte Costituzionale, con sentenza del 24.4.2013 n. 210, accoglieva l'eccezione dichiarando l'illegittimità costituzionale della suddetta norma.

⁸⁰ In particolare "l'istanza di legalità della pena, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita" non potendosi tollerare "che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale", dovendo la restrizione della libertà personale del condannato rimanere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) ed assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost.

⁸¹ L'approdo definitivo è consistito nel rilevare la necessità di rimuovere eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si fossero trovati in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola.

anche in favore di altri soggetti - se ed in che misura l'oscillazione giurisprudenziale possa influire sul piano della certezza del diritto e risolversi in una violazione del principio di legalità che, nel nostro ordinamento, trova univoca espressione nella norma di legge.

La considerazione dei diversi assetti strutturali del nostro ordinamento induce ad una profonda riflessione sui possibili effetti estensivi della sentenza Contrada.

Il recente indirizzo espresso recentemente dalla Corte Costituzionale⁸², secondo il quale le sentenze della Corte EDU sarebbero suscettibili di trovare applicazione anche a favore di soggetti diversi da quelli nei cui confronti risultino rese a condizione che siano sentenze “pilota” ed espressione di un “principio consolidato” appare condizionare la possibilità di una risposta affermativa al quesito posto. Sussistono, invero, plurime ragioni per escludere che la sentenza possa essere ritenuta espressione di un “principio consolidato” ove si consideri che non risultano precedenti pronunce in termini, ma soprattutto avendo riguardo al tenore letterale della medesima decisione che non appare fornire indicatori univoci di un generale difetto di sistema rilevato, ovvero di una dimensione impersonale ed oggettiva della stessa, soprattutto per il particolare risalto dato in essa alla specifica posizione del ricorrente e alla sua doglianza in punto di prevedibilità ripetuta nel corso dei processi subiti.

Né d'altra parte potrebbe omettersi di considerare che la nozione di prevedibilità posta a fondamento della sentenza Contrada (fondata, come già rilevato sulla mancanza di un quadro giurisprudenziale costante fino alla pronuncia Demitry del 1994) non corrisponde a quella adottata in altre pronunce, nelle quali particolare risalto è stato dato alle condizioni soggettive degli interessati e alle loro specifiche capacità di percepire il significato del precetto penale violato.

Ancora, non può negarsi che la prevedibilità europea, intesa come possibilità per il soggetto di conoscenza del contenuto del divieto sancito dalla norma penale, presenta indubbi collegamenti con il principio di colpevolezza e con il principio di conoscibilità del precetto penale, e di inescusabilità dell'*ignorantia legis* sancito dall'art. 5 del nostro codice penale, secondo i nuovi confini della stessa norma delineati dalla Corte Costituzionale che ha rilevato come “*l'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma, non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale*” dovendo indurre il dubbio sulla liceità o meno dell'azione ad astenersi dal compimento della stessa⁸³.

⁸² Si veda Corte Cost. 14.1.2015 n. 49 cit., nel medesimo senso anche Corte Cost. n. 210 del 2013 cit..

⁸³ Corte Cost. n. 364 del 1988, in FI, 1990, I, 415 secondo la quale sussistono “*doveri strumentali*” di conoscenza delle leggi, incombenti sui c.d. destinatari dei precetti penali”, nella consapevolezza che “*il passaggio dall'oggettiva possibilità di conoscenza delle leggi penali, assicurata dallo Stato all'effettiva, concreta conoscenza delle leggi stesse avviene attraverso la "mediazione", ovviamente insostituibile, dell'attività conoscitiva dei singoli soggetti.*”

Così intesa la prevedibilità, appare chiaro, peraltro, che la stessa non possa essere considerata in una mera prospettiva generale ed astratta dovendo essere, piuttosto, parametrata alla portata obiettiva della condotta posta in essere dai singoli soggetti

⁸⁴.

6. Conclusioni.

Il tema della configurabilità del concorso cd. “*esterno*” nell’associazione mafiosa costituisce ormai da tempo oggetto di ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, nel cui ambito si rinvencono due diverse esigenze, sottolineandosi, per un verso, la necessità di applicare la sanzione penale esclusivamente laddove ricorra una fattispecie sostanziale adeguatamente delineata e circoscritta nei suoi elementi fondamentali, e, per altro verso, l’esigenza di evitare che pericolose condotte di sostegno e affiancamento delle organizzazioni mafiose, commesse da persone che pur non fanno “parte” del sodalizio criminale, possano restare impunte.

Trattasi di una prospettiva comune a tutte le fattispecie concorsuali del nostro ordinamento, che non ha mancato, in passato, di suscitare dubbi sulla legittima portata estensiva dell’incriminazione attuata dal legislatore penale, in rottura con la differente scelta di campo che aveva ispirato il codice Zanardelli, attraverso l’abbinamento dell’art. 110 alle singole fattispecie incriminatrici di parte speciale⁸⁵. Il ricorso all’applicazione della norma di parte generale sul concorso di persone esercita un’autonoma funzione incriminatrice rispetto a condotte che non presentano i connotati tipici della partecipazione, consentendo di attribuire loro penale rilevanza nella misura in cui risultano strumentalmente connesse alle attività e agli scopi del sodalizio mafioso.

Con specifico riferimento al concorso in reato associativo, le problematiche giuridiche risultano ancora più accentuate in ragione delle più strette connessioni esistenti, in tale materia, fra dimensione giuridica e sociale, considerata l’espansione e rilevanza del fenomeno della contiguità alle organizzazioni criminali mafiose, e l’acquisita consapevolezza che, per una efficace lotta a queste ultime, non possa prescindersi dal rilievo penale di tutte quelle condotte che rimangono nella zona grigia del fenomeno, in quanto condotte che alimentano la forza delle stesse associazioni e le consentono di agganciarsi alla società civile e alle stesse

⁸⁴ E’ questa la scelta di fondo operata dalla Corte di Appello di Caltanissetta nella recentissima sentenza, in data 8 marzo 2018, in sede di revisione su ricorso di Marcello Dell’Utri, nella quale i giudici hanno ritenuto che “l’aver Marcello Dell’Utri riportato condanna per una condotta sussunta nell’alveo dell’ipotesi criminosa di cui agli artt.110,416 bis c.p., relativamente ad un periodo temporale coincidente con quello preso in esame dalla sentenza CEDU emessa nei riguardi di Bruno Contrada, non pare sufficiente ad integrare i presupposti per una estensione del giudicato europeo, non potendo tale <identità temporale> essere valutata in modo disgiunto dalle altre circostanze modali della condotta incriminata, deponenti per un giudizio di sicura colpevolezza e prevedibilità della condanna da parte del medesimo”.

⁸⁵ Di norma “priva di tipicità” parla G.Vassalli, *Tipicità*, in *ED*, XLIV, 535-543.

istituzioni e di operare all'interno delle stesse, in modo meno visibile e camaleontico ma non per questo meno pericoloso.

Basti pensare alla utilità di quegli approdi giurisprudenziali che hanno ricondotto nell'alveo del concorso esterno in associazione mafiosa quelle condotte che, al di fuori dello schema illecito della *societas sceleris*, risultano inserite in un rapporto sinallagmatico (secondo lo schema classico del *do ut des*) rispetto alla condotta dei partecipi, permeate da una finalità utilitaristica personale ma contemporaneamente volte anche ad assecondare gli obiettivi della stessa associazione⁸⁶.

Pur nella consapevolezza della irrinunciabilità dei risultati fino a questo momento ottenuti, in difesa della legalità, in relazione ai tentativi di infiltrazione nelle maglie sane della società civile da parte del crimine organizzato, anche grazie al riconoscimento della rilevanza penale di tali condotte di "contorno" e satelliti rispetto alla stessa, non può non cogliersi il monito che proviene da più voci dottrinali⁸⁷ e (se si vuole anche) dalla stessa giurisprudenza europea ed auspicarsi un intervento anche minimo del legislatore onde introdurre un confine più netto della fattispecie criminosa, così da ammantare con il crisma della formalità gli approdi giurisprudenziali compiuti.

In tal modo, attraverso un intervento formale, potrebbe darsi soddisfazione a quella esigenza di certezza del diritto avvertita ovunque ed espressa dalla Corte di Strasburgo, nel rispetto dei vincoli di sistema derivanti dalla riserva di legge, e facendo venire meno le critiche ad ambiti di creazione giurisprudenziale delle norme.

⁸⁶ Particolarmente significative le aperture sul tema delle imprese mafiose che hanno consentito di perseguire sia il fenomeno dei mafiosi che si fanno imprenditori che quello degli imprenditori (non mafiosi) che si avvalgono dell'azione intimidatrice delle stesse associazioni criminali per inserirsi nel mercato del lavoro, soprattutto nel campo delle aggiudicazione di lavori pubblici, ottenuti attraverso un'alterazione delle vigenti regole legali in materia di appalti e con compromissione dei meccanismi di libera concorrenza del mercato (leggasi delle altre imprese che scelgono di rimanere nella legalità e di non ricorrere ad alcuna forma di "protezione mafiosa" anche a costo di rinunce a facili guadagni).

⁸⁷ Sul punto ad es. M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La Responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP*, 2016, 351 e ss., secondo il quale la giurisprudenza avrebbe compiuto un'opera di tipizzazione di nuove figure di parte speciale, rilevando che non si può concorrere nell'evento associativo, potendo ammettersi il concorso nel fatto proprio di altro partecipe tipizzato. Nel medesimo senso anche G. Fiandaca, *Brevi note sulla portata della sentenza Contrada in tema di concorso esterno*, in *FI*, 2016, II, 742 il quale sostiene che il "vuoto di tipizzazione normativa" sia stato riempito attraverso "un processo di tipizzazione per via giudiziaria".