

LA PRESUNTA VIOLAZIONE DA PARTE DELL'ITALIA DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ EX ART. 7 CEDU: UN DISCUTIBILE APPROCCIO ERMENEUTICO O UN PROBLEMA REALE?

C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n.3)

di Giuseppe Marino

Abstract. *Con la sentenza in epigrafe, la Corte Edu ha sancito la violazione da parte dell'Italia del principio di legalità, avendo condannato Bruno Contrada per concorso esterno in associazione mafiosa a causa di condotte commesse in un periodo antecedente rispetto alla sentenza della Cassazione c.d. Demitry, riconosciuta come sentenza "pilota" su tale reato. Con tale pronuncia, la Corte di Strasburgo sanziona la presunta imprevedibilità per il condannato del diritto applicato, frutto di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole: nel sistema Cedu, infatti, ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività, la giurisprudenza è equiparata alla fonte legale. Le motivazioni seguite dalla Corte, tuttavia, non convincono del tutto: a un carente approfondimento sul piano socio-criminologico dei fenomeni di contiguità mafiosa nell'analisi della giurisprudenza interna sul reato di concorso esterno, si accompagna una discutibile commistione di piani ordinamentali nell'applicazione del principio di legalità, non essendo chiaro se, con la sentenza in questione, la Corte abbia inteso imporre all'Italia una valorizzazione in chiave vincolante del precedente, alla stregua degli ordinamenti di common law. Se così fosse, non sarebbe da escludersi che l'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte, si ponga in contrasto con l'art. 25 comma 2 della nostra Costituzione, essendo quello di legalità, valorizzato nella prospettiva del principio della separazione dei poteri, uno dei crismi fondamentali su cui si basa il nostro ordinamento penale.*

SOMMARIO: 1. La sentenza della C. Edu del 14 aprile 2015, ricorso n° 66655/13: la valutazione della Corte in ordine alla violazione da parte dell'Italia dell'art. 7 della Convenzione. - 2. L'"approdo" al concorso esterno nel reato di associazione mafiosa: la sentenza Demitry e i problemi di contiguità mafiosa. - 3. Le diverse valutazioni della Corte Edu in ordine al principio di legalità tra irretroattività, sufficiente determinatezza e prevedibilità. - 4. *Segue*: la nozione di reato di creazione giurisprudenziale, la sua ricognizione da parte della C. Edu ed il paradosso giuridico espresso dalla sentenza Cedu *Contrada c. Italia*. - 5. I problemi di interpretazione ed applicazione della legge penale posti dalla sentenza *Contrada* della Cedu. - 6. Conclusioni.

1. La sentenza della C. Edu del 14 aprile 2015, ricorso n° 66655/13: la valutazione della Corte in ordine alla violazione da parte dell'Italia dell'art. 7 della Convenzione.

La Corte Edu ha, con sentenza del 14 aprile 2015, scritto l'ennesimo (ma probabilmente, come avremo modo di evidenziare, non ultimo) capitolo del caso riguardante Bruno Contrada, condannato per concorso esterno in associazione mafiosa dalla Corte di Cassazione in via definitiva nel 2008.

La sentenza della Corte Edu, che ha avuto un clamore eccezionale anche in virtù della posizione del suo protagonista, sancisce la violazione da parte dello Stato Italiano del principio di cui all'articolo 7 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, ovvero quello di legalità. La Corte di Strasburgo ha, sulla base di un ragionamento di non diretta intelligibilità, evidenziato come la violazione da parte dell'ordinamento interno si sia concretata nella condanna da parte della magistratura per dei fatti avvenuti precedentemente rispetto all'elaborazione giurisprudenziale sul concorso esterno in associazione mafiosa: in sostanza, Contrada sarebbe stato condannato per dei fatti (risalenti agli anni tra il 1979 ed il 1988) antecedenti rispetto alla sentenza Demitry¹, ovvero la “capostipite” nella giurisprudenza interna sul concorso esterno in associazione mafiosa, che è stata pronunciata dalla Suprema Corte solo nel 1994² e che ha stabilito definitivamente i presupposti applicativi dell'incriminazione in questione³.

Così facendo, la Corte di Cassazione avrebbe violato alcuni corollari del principio di legalità, ed in particolare l'irretroattività, la sufficiente determinatezza e, secondo giurisprudenza in via di consolidazione, la prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Mentre i primi due corollari sono abbondantemente conosciuti dal nostro diritto interno, il concetto di 'prevedibilità' necessita di alcune chiarificazioni, in quanto principio di derivazione internazionalistica, in particolare frutto dell'elaborazione giurisprudenziale garantista della Corte Edu⁴.

Contrariamente a quanto si sarebbe potuto superficialmente pensare all'indomani della sentenza Contrada, la Corte Edu non ha affatto censurato nel “merito” l'incriminazione, tutta italiana, del concorso eventuale in un reato a concorso necessario, bensì ha evidenziato alcune problematiche generalissime, legate a principi cardine di un ordinamento di diritto penale moderno.

Come si rinviene in un passo centrale della sentenza, la giurisprudenza Cedu eleva il principio di legalità a crisma centrale del sistema di tutela della Convenzione: richiamando il caso *Rohlena c. Repubblica Ceca*, la Corte estrinseca la *ratio* garantistica del principio, evidenziando come «*la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation. Ainsi qu'il découle de son*

¹ Cfr. Cass. SS. UU., 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss.

² Cfr. in proposito la sentenza in questione, Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* ric. n. 66655/13, §§ 64 e ss.

³ Cfr. DELL'OSSO, sub *art. 110 c.p.*, in AA.VV., *Codice Penale e leggi collegate*, a cura di FORTI, PATRONO E ZUCCALÀ, Padova, 2012, pp. 821 e ss.

⁴ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires⁵». Proprio per evitare un'applicazione arbitraria della legge penale, essa deve prevedere in modo chiaro sia i reati sia le pene che li reprimono. Ed è proprio la chiarezza della legge che è messa in discussione dalla Corte Edu: nonostante sia riconosciuto che la prima giurisprudenza interna in materia risale alla fine degli anni Sessanta, essa non viene ritenuta sufficientemente consolidata al momento della consumazione della condotta, ovvero nel 1988. Sancendo infine la violazione dell'art. 7, la Corte Edu rileva anche che i giudici italiani non hanno sufficientemente approfondito la questione concernente la possibilità di conoscere il reato ai tempi della condotta (c.d. prevedibilità), questione che lo stesso Contrada aveva sollevato in ogni grado di giudizio, limitandosi essi soltanto a verificare la sussistenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge interna, così come interpretata ed applicata dalla giurisprudenza. In definitiva, la Corte di Strasburgo ha evidenziato l'incompatibilità di tale interpretazione con il principio di legalità ex art. 7 Cedu sia perché non prevedibile, sia perché tale incriminazione risultava, all'epoca dei fatti, non sufficientemente determinata.

D'altra parte, quasi ad attenuare il clamore della decisione, la Corte non ha ritenuto di dover disporre alcun risarcimento del danno materiale che Contrada lamentava di aver subito, accordandogli la cifra di 10.000 euro a titolo di danno morale, in aggiunta al risarcimento di 2.500 euro per le spese sostenute per il procedimento dinanzi alla Corte. In effetti, alla luce della decisione in merito alla violazione del principio di legalità, la statuizione in materia di risarcimento del danno materiale appare non facilmente decifrabile, considerato che la sentenza, salvo l'eventuale ulteriore grado di giudizio previsto dall'art. 43 della Convenzione (che consente, in situazioni eccezionali ed a ogni parte della controversia, entro tre mesi a decorrere dalla data della sentenza, di chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera), è destinata a stravolgere una vicenda chiave del panorama giudiziario italiano degli ultimi anni. Invero, è evidente che il caso in questione crea un precedente appetibile per tutti i condannati per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti antecedenti al 1994: e allora non si capisce il motivo per cui la Corte Edu abbia rigettato la domanda della parte sul punto dell'equa soddisfazione, avendo Contrada chiesto la ricostruzione della sua carriera, oltre agli importi non percepiti a causa della condanna, e basando la Corte il rigetto sulla presunta imprecisione dei documenti allegati⁶.

E comunque, come già prontamente evidenziato⁷, rimane al momento irrisolto un problema di non poco conto, ovvero quello di individuare lo strumento di diritto idoneo, in capo a Contrada, per ottenere, come previsto dalla costante giurisprudenza della Corte, il ripristino della sua situazione antecedente.

⁵ Corte eur. dir. uomo, *Contrada c. Italia*, cit., §60, che cita Corte eur. dir. Uomo, *Gran Camera, Rohlena c. Repubblica Ceca*, 27 gennaio 2015, ric. n. 59552/08, § 77.

⁶ Corte eur. dir. uomo, *Contrada c. Italia*, cit., §§77 e ss.

⁷ Sul punto si veda S. CIVELLO CONIGLIARO, [La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada](#), in *questa Rivista* 4 maggio 2015.

2. L'“approdo” al concorso esterno nel reato di associazione mafiosa: la sentenza Demitry e i problemi di contiguità mafiosa.

Qual è stato il processo evolutivo che ha portato la giurisprudenza italiana ad incriminare, attraverso il combinato disposto tra gli artt. 110 e 416 *bis* c.p., il concorso esterno in associazione mafiosa⁸? La risposta a questo interrogativo, di fondamentale importanza preliminare ai fini di una valutazione razionale della sentenza della C. Edu sul caso Contrada, non è semplice, e richiede una rapida ricognizione storico-giuridica sulla “situazione mafiosa” degli anni Novanta nel nostro Paese.

Come sottolineato in dottrina, prima ancora che giuridica, la questione del concorso esterno in associazione mafiosa è socio-criminologica e storico-politica⁹: in tal senso, è impossibile un'indagine dello stesso per “compartimenti stagni”, in quanto i risultati di una simile prospettiva sarebbero *ab origine* minati da un'incongrua miopia di fondo.

A questo rilievo si aggiunge l'oggettiva difficoltà, in mancanza di una norma di parte speciale che preveda *ad hoc* tale incriminazione, di individuare i limiti applicativi della fattispecie.

Non è possibile, quindi, esaminare in maniera formalistica l'istituto: il ragionamento giuridico deve accompagnare un'approfondita ed accurata meditazione sulla realtà sociale sottostante questa tipologia di fenomeni.

Dal punto di vista storico, si comincia a parlare di concorso esterno in reato associativo alle porte degli anni Settanta, rispetto alle organizzazioni terroristiche di matrice politica allora operanti nel nostro Paese; il problema esplose poi a cavallo degli anni Ottanta e Novanta, con la contestuale ricognizione del fenomeno mafioso in tutte le sue sfaccettature: è evidente, quindi, che alla base dell'elaborazione della categoria da parte della giurisprudenza, sta l'esigenza di cercare utili strumenti atti a reprimere a tutto tondo le condotte orbitanti attorno ai fenomeni di associazionismo illecito, terroristico o mafioso. In entrambi i casi, la ricerca da parte della giurisprudenza di uno strumento utile a reprimere tali condotte, identificato nel concorso esterno, è da mettere in relazione con la necessità di trovare una soluzione che fosse il più possibile duttile e adattabile alla complessa realtà criminologica dell'associazionismo mafioso¹⁰: il reo da incriminare non era più (soltanto) il mafioso – per così dire – per tendenza, cresciuto in un contesto criminale determinato; si poneva, piuttosto, il problema di

⁸ Per un approfondimento monocratico sul tema si veda, tra gli altri, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

⁹ A riguardo, C. VISCONTI, *Il concorso “esterno” nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 1303.

¹⁰ È utile a proposito ricordare le parole del giudice Falcone, riportate da C. VISCONTI, *Il concorso “esterno” nell'associazione mafiosa*, cit., p. 1304, che richiama Trib. Palermo, 17 luglio 1987, inedita: “le manifestazioni di connivenza e collusione da parte di persone inserite nelle pubbliche istituzioni possono – eventualmente – realizzare condotte di fiancheggiamento del potere mafioso, tanto più pericolose quanto più subdole e striscianti, e in quanto tali suscumbibili – a titolo concorsuale – nel delitto di associazione mafiosa”.

reprimere le condotte dei c.d. “colletti bianchi”¹¹, estranei alla subcultura mafiosa in senso tradizionalmente inteso, spesso esponenti della classe dirigente, e il controllo giudiziale sui quali equivaleva ad un controllo di tipo politico-istituzionale¹².

Come evidenziato, dunque, la questione dell'applicazione della disciplina del concorso al reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. è diretta conseguenza di una scelta su una questione di carattere interpretativo-dogmatico che sta sullo sfondo, e a trovare una risposta alla quale la giurisprudenza si è dedicata sin dalla fine degli anni Sessanta: il problema, cioè, di capire se ad un reato a concorso necessario possa essere applicato l'istituto – parallelo e, per molti versi, pericolosamente sovrapponibile – del concorso (eventuale) di persone nel reato.

Le prime sentenze¹³ ad affrontare (e a risolvere positivamente) tale questione, come accennato, sono relative ai reati di banda armata¹⁴ e di cospirazione politica mediante associazione¹⁵, e risalgono a tempi relativamente risalenti rispetto al caso in questione; tale giurisprudenza, peraltro, è stata citata dal Governo italiano nella difesa presentata innanzi alla Corte di Strasburgo, a riprova della consapevolezza, da parte della prassi applicativa, della questione fin dalla fine degli anni Sessanta.

Come d'altra parte ha evidenziato anche la C. Edu nella sentenza Contrada¹⁶, la dottrina su tale configurabilità si è sostanzialmente (da sempre) suddivisa in tre orientamenti distinti: la prima corrente, che nega fermamente la possibilità di applicare la disciplina del concorso ai reati associativi; la seconda corrente che, *a contrario*, ritiene questo uno strumento validissimo per combattere determinate figure di reati legate alla contingenza mafiosa; l'ultimo filone, intermedio, che ammette in astratto la configurabilità del concorso esterno, premendo tuttavia per una delimitazione dell'applicazione di tale disciplina, per restringere la possibilità di decisioni discrezionali da parte della magistratura. Ma la riflessione fondamentale, che sarà ripresa in seguito, è che, al di là delle divergenze di tipo interpretativo, la dottrina è sempre stata tendenzialmente unanime nel ritenere che le condotte di contiguità alla criminalità organizzata, e, nella specie, alla mafia, rappresentino un altissimo grado di offensività per il nostro ordinamento¹⁷, e, come tali, se non di soluzioni di carattere generale (come, appunto, l'applicazione della disciplina ex art. 110 c.p.), necessiterebbero altrimenti di specifiche incriminazioni *ad hoc*.

Pur non potendosi qui analizzare compiutamente queste posizioni, è fondamentale individuare il problema centrale del punto, derivante dal rapporto tra la

¹¹ In tal senso, nella prefazione a cura di G. FIANDACA, V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, p. XI.

¹² Per il rapporto tra l'incriminazione dello scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416-ter c.p. e il concorso esterno, cfr. C. VISCONTI, *Patto politico-mafioso e i problematici confini del concorso esterno*, in *Foro it.*, II, 1997, cc. 442 e ss.

¹³ Si deve però dare atto che già alla fine del XIX secolo il problema era stato preso in considerazione, dalla Corte di Cassazione di Palermo, con due sentenze del 1875, in *Ind. Pen.*, 2000, pp. 425 ss.

¹⁴ Cfr. Cass. 25 ottobre 1983, *Arancio*, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Concorso di persone nel reato*, n. 30.

¹⁵ Cfr. Cass. 27 novembre 1968, *Muther*, in *Arch. Pen.*, 1970, pp. 8 e ss.

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, *Contrada c. Italia*, cit., §7.

¹⁷ V. C. VISCONTI, *Il concorso “esterno” nell’associazione mafiosa*, cit., p. 1307.

condotta del partecipante all'associazione rispetto al concorrente esterno. In particolare, come segnalato dalla dottrina¹⁸, nell'ambito della necessità di reprimere condotte imprevedibili sul piano astratto, espressione della contiguità mafiosa che comunque rappresenta sicura offesa in termini di pericolo per il bene giuridico dell'ordine pubblico, l'assenza di specifiche incriminazioni relative a condotte di assistenza all'associazione criminosa da parte di chi non ne è membro sarebbe da ricollegare, secondo la *ratio* ricostruita in capo alle norme che prevedono tali reati associativi, ad una c.d. "forza espansiva" del concetto di partecipazione all'associazione, derivante direttamente dalla scarsa descrittività (o determinatezza?) della locuzione utilizzata dal legislatore nelle fattispecie coinvolte¹⁹. La scarsa pregnanza in termini di specificazione della condotta di partecipazione ad un'associazione criminosa, infatti, tramuterebbe la sussunzione nella fattispecie astratta di una condotta individuata solo in modo generale in uno strumento repressivo in mano ai giudici per combattere fenomeni dai contorni fumosi, là dove il confine tra il rilevante e l'irrilevante penalmente è di individuazione assai difficile e la posta in gioco, in termini di bene giuridico tutelato, è altissima. L'area della punibilità della condotta di partecipazione era considerata, fino ai primi anni '90, talmente ampia da ritenere assorbite le altre condotte criminose che ruotavano attorno al fenomeno dell'associazionismo criminoso.

Tenuto in considerazione tutto quanto premesso, non è un caso che la sentenza che fa da spartiacque, anche nella ricostruzione della C. Edu sul caso Contrada, rispetto all'ammissibilità del concorso esterno, ovvero la celeberrima sentenza Demitry, sia stata depositata pochissimo tempo dopo un'altra importante pronuncia²⁰ della Suprema Corte in materia di partecipazione all'associazione a delinquere. Con la sentenza Graci, infatti, la Corte ha delimitato definitivamente la condotta del partecipe, stabilendo che *"nella nozione di partecipazione all'associazione di tipo mafioso non possono farsi rientrare tutte quelle condotte atipiche che potrebbero far configurare il concorso eventuale e in particolare che non basti un consapevole apporto causale ad alcune attività dell'associazione per integrare una condotta di partecipazione. [...] La condotta di partecipazione secondo l'art. 416 bis, comma 1, c.p. consiste nel «far parte» dell'associazione cioè nell'esserne divenuto membro attraverso un'adesione alle regole dell'accordo associativo e un inserimento, di qualunque genere, nell'organizzazione con carattere di permanenza. Inoltre, l'adesione deve trovare un riscontro da parte dell'associazione, nel senso che questa, a sua volta, deve riconoscere la qualità di associato alla persona che ha manifestato l'adesione"*.

La presa di posizione, con la sentenza Demitry, sull'ammissibilità del concorso esterno, è conseguenza necessaria della delimitazione della condotta di partecipazione, che altrimenti avrebbe fagocitato, tramite la sua *vis attractiva*, tutte le condotte "grigie", al confine con l'irrilevanza penale ma non *ancora* irrilevanti²¹, e non (come spesso

¹⁸ Cfr., fra tutti, V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., pp. 41 e ss.

¹⁹ V. sul punto G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, pp. 229 e ss.

²⁰ Ovvero Cass., 1 settembre 1994, *Graci*, in *Cass. Pen.*, 1995, pp. 539 e ss.

²¹ Tanto che una delle critiche rivolte al concorso esterno riguardava proprio l'identità della dinamica di tipizzazione causale con la partecipazione. Secondo questa impostazione, l'apporto reso dall'agente

accade nel diritto penale) per questioni attinenti all'offensività della condotta, quanto alla sua specifica determinatezza dal punto di vista della struttura della fattispecie. Sul punto, basti però ricordare le premesse effettuate, per cui non è possibile analizzare i fenomeni di contiguità criminosa esclusivamente tramite la lente formale del diritto, ma bisogna necessariamente tenere conto delle specifiche contingenze socio-criminologiche che ruotano attorno al problema, e che sono già state sottolineate.

La sentenza Demitry ha poi un fondamentale ruolo definitorio: è punibile a titolo di concorrente esterno il soggetto, non partecipante all'associazione, che, in un momento di particolare crisi per l'associazione (letteralmente, di "fibrillazione" della stessa), fornisca *"un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi"*²².

È quindi evidente come le sentenze Graci e Demitry ridefiniscano complessivamente i rapporti tra agenti ed incriminazioni nell'ambito del diritto penale della contiguità mafiosa, creando un filone interpretativo destinato a consolidarsi, ma non attuando alcuna rivoluzione copernicana: la punibilità non è allargata per l'intervento giurisprudenziale, ma vengono chiariti i rapporti tra le varie condotte. Si potrebbe, ipoteticamente, essere portati a pensare che il riconoscimento del concorso esterno volga piuttosto a vantaggio, quasi in un'applicazione del principio del *favor rei*, di agenti che, in assenza della tassativizzazione²³ restrittiva operata dalla giurisprudenza rispetto al concetto di partecipazione, sarebbero potuti essere condannati come partecipanti *tout court* all'associazione mafiosa, e questo comporterebbe, quantomeno, ai fini dell'applicazione dei benefici previsti dall'art. 4 bis della legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario, una situazione complessiva più favorevole per il condannato. Posto che la Cassazione²⁴ ha precisato che, ai fini dell'applicazione della suddetta previsione di legge, il concorso esterno rientra tra i reati esclusi, ai sensi del comma primo dell'art. 4 bis, dai benefici elencati dalla stessa norma, sarà più facile provare, ai sensi della medesima previsione legislativa, la sussistenza di quegli elementi utili (tra cui la mancanza di attualità del collegamento con la criminalità organizzata) a concedere i suddetti benefici.

sarebbe stato inglobato dalla condotta partecipativa se particolarmente significativo, in caso contrario si scivolerebbe al di sotto della soglia del penalmente rilevante per mancanza di offensività; v. G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, pp. 148 e ss.; si veda anche A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere di tipo mafioso*, Napoli, 2003, pp. 270 ss., secondo cui il *punctum dolens* della condotta di partecipazione stia proprio nella tecnica di tipizzazione unitaria su base causale utilizzata dal legislatore; per una specifica analisi del concorso morale in associazione mafiosa, si veda L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, pp. 66 e ss.

²² Cass., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit.

²³ Anche se tale interpretazione tassativizzante, come detto, deve intendersi come approccio al modello organizzativo/strutturale dell'impostazione della condotta del partecipante; v. V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., pp. 52 e ss.

²⁴ Cfr. Cass., 17 marzo 2004, in *Ced*, rv. 227520.

D'altra parte, non è chi non veda come il disvalore ad altissimo tasso di offensività contenuto nella condotta del contribuente, a qualunque titolo, all'associazione, sia totalmente percepibile e percepito dagli agenti, al di là della qualificazione giuridica della fattispecie concreta, e specialmente nel momento in cui quei determinati soggetti rivestano determinate cariche istituzionali e si ritrovino ad agire in determinati contesti.

Alla luce di quanto detto sinora, si può fin da subito rilevare come probabilmente la C. Edu non abbia tenuto debito conto della complessità di tali problemi, e dal punto di vista giuridico, e da quello socio-criminologico: ma si rinvia ad un momento successivo per delle più precise conclusioni a proposito.

3. Le diverse valutazioni della Corte Edu in ordine al principio di legalità tra irretroattività, sufficiente determinatezza e prevedibilità.

Soltanto dopo aver chiarito la problematica evoluzione interna dell'istituto del concorso esterno, è possibile affrontare compiutamente l'analisi della sentenza *Contrada c. Italia* rispetto alle questioni più delicate che essa ha trattato.

La C. Edu, in merito alla violazione dell'articolo 7²⁵, dopo aver sostenuto che compito della stessa nel caso in questione fosse quello di valutare se, all'epoca della commissione dei fatti, l'incriminazione fosse sufficientemente chiara, prevedibile e basata su una previsione legale, sancisce la violazione dello stesso art. 7 Cedu da parte del nostro Paese su vari livelli.

Da un lato la Corte sostiene come la giurisprudenza, all'epoca della commissione dei fatti, fosse contraddittoria (dipendendo da questo un *deficit* di determinatezza, e quindi di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta); dall'altro, sulla base della posteriorità cronologica rispetto ai fatti ascritti a Contrada della sentenza Demitry, riconosciuta come la pronuncia pilota, in giurisprudenza, sul concorso esterno in associazione mafiosa, essa paventa una violazione del principio di irretroattività della norma penale; sotto un altro punto di vista, la Corte di Strasburgo, a premessa di quanto enunciato, afferma la non contestazione tra le parti sulla circostanza che il concorso esterno sia una "*infractio d'origine jurisprudentielle*"²⁶, ovvero un reato di origine giurisprudenziale.

Rispetto alla prima questione, la Corte, a sostegno dell'asserita contraddittorietà della giurisprudenza all'epoca dei fatti, fa riferimento ad una serie di sentenze della Cassazione²⁷, tutte antecedenti alla sentenza Demitry, che hanno negato la configurabilità del concorso esterno. Tra queste, la C. Edu riserva una posizione particolare ad una pronuncia²⁸, la c.d. sentenza Cillari, ritenuta particolarmente

²⁵ Cfr. quindi Corte eur. dir. uomo, *Contrada c. Italia*, cit., §§64 e ss.

²⁶ Corte eur. dir. uomo, *Contrada c. Italia*, cit., § 66.

²⁷ In particolare, Cass. 27 giugno 1989, *Agostani*, n. 8864, in *Cass. Pen.*, 1991, I, pp. 223 e ss.; Cass. 27 giugno 1994, *Abbate*, n. 2342, inedita; Cass., 27 giugno 1994, *Clementi*, n. 2348, in *Foro it.*, 1994, II, c. 560.

²⁸ Cass. 14 luglio 1987, *Cillari*, n. 8864.

significativa in quanto prima pronuncia della Cassazione a menzionare espressamente il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, e – sempre nell'interpretazione della Corte di Strasburgo – particolarmente significativa in quanto abbia negato la configurabilità di tale reato.

Si può asserire che quest'affermazione, sicuramente oggettivamente corretta, sia stata in un certo qual modo fraintesa dalla Corte. In effetti, la sentenza riportata è piena di tutti quei dubbi dipendenti direttamente dalla difficoltà di inquadrare correttamente le varie condotte tipiche della contiguità mafiosa, esposti nel paragrafo precedente. La sentenza Cillari, dunque, si pone coerentemente nell'evoluzione giurisprudenziale italiana che porterà alla distinzione tra le condotte di partecipazione *interna* e di concorso *esterno*: la stessa si pronuncia contro la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, ma, ben lungi dall'affermare la liceità delle condotte di quegli imputati che, nel procedimento in questione, volevano far valere la non ammissibilità dell'istituto (che poi verranno, di fatto, condannati dalla stessa Corte a titolo di partecipazione all'associazione), si limita ad affermare che *“la partecipazione ‘esterna’, che, ai sensi dell’art. 110 cod. pen., renderebbe responsabile - come dice il giudice di appello - «colui che abbia 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 partecipazione²⁹”*.

In sostanza, secondo la giurisprudenza citata, l'ammissibilità del concorso esterno viene esclusa a favore dell'applicazione della partecipazione *tout court*. Si pone nuovamente, dunque, il problema di determinare *quid iuris* rispetto alla “zona grigia” popolata da quelle condotte - che non possono essere ancora o per ciò solo ricondotte alla partecipazione tipica - di contribuzione o contiguità rispetto ai fini dell'associazione mafiosa in assenza di un'affiliazione stabile al sodalizio criminoso; problema al quale la giurisprudenza, come detto, troverà una (prima) soluzione solo nel 1994 con la sentenza Demitry. Ricordiamo inoltre come, al momento della sentenza Cillari, non fosse stata ancora delimitata, dalla giurisprudenza, la condotta di partecipazione: l'approdo al modello organizzativo della partecipazione all'associazione mafiosa si avrà solo con la già citata sentenza Graci, nel settembre del 1994.

Un altro dato da segnalare sul punto, affrontato dalla C. Edu nella sentenza Contrada, è ricollegato al fatto che, come già evidenziato, il problema del concorso esterno in associazione mafiosa non può che configurarsi come specializzazione di una problematica generale, legata all'ammissibilità del concorso ex art. 110 c.p. nei reati associativi. Come rilevato, il problema è stato affrontato (e risolto positivamente) dalla giurisprudenza per la prima volta con la sentenza Muther, del 1968, seguita da altre pronunce in materia di cospirazione politica e banda armata; nonostante questo, la Corte non ha ritenuto tale motivazione convincente, considerando l'evoluzione giurisprudenziale sul concorso eventuale nel reato di associazione mafiosa come a sé stante, per le specificità tipiche di questo fenomeno.

²⁹ Cass. 14 luglio 1987, *Cillari*, cit., § 1.3.

La C. Edu non tiene conto di tutte queste circostanze, applicando in maniera piuttosto formalistica i corollari del principio di legalità: ma, anche a voler accettare l'assunto sulla contraddittorietà della giurisprudenza all'epoca dei fatti, nessuno degli orientamenti contrari all'ammissibilità del concorso esterno si schiera a favore dell'esclusione di condotte ad esso riconducibili (*ex post*, dopo la sentenza Demitry) dall'alveo della punibilità.

Ora, è fuor di dubbio che sancire la violazione del principio di legalità da parte dell'Italia in relazione a tale vicenda possa discendere esclusivamente da un'interpretazione difforme del principio stesso a livello interno rispetto agli standard stabiliti dalla Cedu. Come rilevato da autorevole dottrina³⁰, l'evoluzione del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* ha assunto, nella prospettiva della Convenzione, una portata tendenzialmente diversa da quella che il medesimo crisma riveste nel nostro ordinamento. In particolare, in una prospettiva di avvicinamento tra paesi di *civil law* e di *common law*³¹, il concetto di legge abbracciato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo supera le barriere formalistiche, equiparandosi la fonte legale vera e propria alla fonte giurisprudenziale³². In quest'ottica, anche la mutazione giurisprudenziale sfavorevole al reo ed imprevedibile deve sottostare al principio di irretroattività (il quale, nell'interpretazione dell'art. 7, riveste un ruolo preminente).

Nel sistema della Convenzione, una qualsiasi norma (che abbia essa origine legale o giurisprudenziale), per essere compatibile con il principio di legalità deve soggiacere a due criteri ben precisi: dev'essere accessibile e prevedibile. Contrada non doveva, secondo la Corte, essere punito in quanto non poteva prevedere che la sua condotta sarebbe stata punibile, secondo un'interpretazione giurisprudenziale sulla quale le sezioni unite della Cassazione si sono pronunciate in via, per così dire, definitiva, in epoca successiva rispetto alla commissione dei fatti. Quest'affermazione comporta non poche problematiche.

Iniziamo col dire che, nella sostanza, i criteri di prevedibilità ed accessibilità riportano irrimediabilmente alla tassatività, nelle sue componenti della sufficiente determinatezza e del divieto di analogia. Il principio di tassatività, maturato in tempi relativamente recenti³³ rispetto all'elaborazione del principio di legalità vero e proprio, comporta che la descrizione del fatto costituente reato sia dal legislatore precisata nel modo più specifico possibile. Tuttavia non sono isolate in dottrina³⁴ quelle teorie che, ben lungi dallo sminuire l'importanza garantistica del principio in questione, sostengono come la tassatività, rispetto alla sufficiente determinatezza, vada intesa

³⁰ Cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7*, in BARTOLONE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 258 e ss.

³¹ Cfr. F. MATSCHER, *Il concetto di legge secondo la Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, 1996, pp. 265 e ss.

³² Si vedano in particolare le pronunce: Corte eur. Dir. Uomo, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito*.

³³ Cfr. diffusamente, sul punto, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

³⁴ Cfr. A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 2000, p. 442.

attraverso la lente della proporzione e del bilanciamento di interessi, risultando inaccettabile richiedere al legislatore la precisione impossibile. D'altra parte, rimane sempre compito del giurista eseguire quell'operazione di interpretazione – applicazione della legge, sussumendo nelle previsioni generali ed astratte delle fattispecie concrete.

Tassatività significa anche che nel diritto penale non è lasciato alcuno spazio alle lacune normative: laddove il legislatore non abbia incriminato una determinata condotta, non sarà possibile operare un'estensione analogica al fine di punire quella stessa condotta. Il delicato ambito in cui opera il divieto di analogia è, in un certo senso, sovrapponibile a quello in cui opera il principio di irretroattività³⁵: non è possibile punire un fatto che non costituisce reato, e nel caso in cui la norma incriminatrice sia introdotta in un tempo successivo, e nel caso in cui essa sia ricavata, tramite analogia, da una norma coeva. Ma l'interpretazione estensiva nel diritto penale è ammessa: per determinare il limite tra essa e l'analogia, si assume l'affermazione per la quale la prima è comunque uno dei risultati cui si perviene tramite l'interpretazione teleologica, ancorata in ogni caso al dato letterale.

Per quanto concerne invece l'irretroattività, tale corollario del principio di legalità assume, nei Paesi di *civil law*, un ineludibile presidio a tutela del cittadino nei confronti del possibile uso arbitrario da parte del legislatore del potere normativo in materia legale³⁶; potere normativo, tra l'altro, che, in virtù del principio della riserva di legge, viene attribuito esclusivamente al legislatore a tutela del cittadino rispetto al potere giudiziario, limitato ulteriormente dalla necessaria tassatività della norma penale, onde evitare che l'applicazione delle norme si trasformi in un esercizio arbitrario della potestà punitiva.

Nel sistema Cedu, dunque, la prevedibilità è una nozione onnicomprensiva, che si riferisce all'assunto per il quale il reo dev'essere messo in condizione di conoscere e comprendere in maniera adeguatamente chiara le possibili conseguenze penali della propria condotta.

4. Segue: la nozione di reato di origine giurisprudenziale, la sua ricognizione da parte della Corte Edu ed il paradosso giuridico espresso dalla sentenza *Contrada c. Italia*.

L'altro punto estremamente controverso toccato dalla sentenza *Contrada* riguarda la ricognizione, da parte della Corte Edu, della circostanza per la quale le parti non contestano il fatto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sia un reato di origine giurisprudenziale. Nell'affermare ciò, tuttavia, la Corte non approfondisce in materia adeguata cosa debba intendersi per *reato di origine giurisprudenziale*.

³⁵ Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale I*, Torino, 2012, p. 112.

³⁶ Cfr. T. PADOVANI, *Diritto Penale*, 10^a edizione, Milano, 2012, p. 17.

Il fatto che i corollari del principio di legalità possano essere applicati a un reato di creazione giurisprudenziale è un'affermazione che, nella prospettiva del nostro ordinamento interno, risulta quantomeno contraddittoria sotto molteplici punti di vista. Innanzi tutto, il principio di legalità *in re ipsa* dovrebbe porsi in contrasto con la possibilità di parlare di reato di origine giurisprudenziale; in secondo luogo, la Corte sembra compiere un'indebita commistione tra i concetti di creazione ed interpretazione o applicazione della legge; in ultima analisi, affermare l'applicabilità del principio di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali, significa in un certo senso tradire la *ratio* sottesa al principio in sé.

Cosa si intende per reato di origine giurisprudenziale? Questo la Corte non lo spiega affatto, eppure non è una nozione di patrimonio comune, almeno nei paesi di *civil law*; nei paesi di *common law*, una *judge-made law* consiste in un'interpretazione su un determinato istituto da parte di un giudice, destinata a creare un precedente vincolante e quindi a "creare diritto". Ma tale strumento di produzione giuridica può avere senso proprio (e solo) in quegli ordinamenti nei quali, secondo il principio dello *stare decisis*, il precedente ha carattere vincolante, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti di *civil law*, nei quali esso ha invece funzione di supporto argomentativo alle decisioni dei giudici, i quali, fermo sempre il divieto di analogia, hanno piena libertà di giudizio nell'attività di interpretazione - applicazione della legge. Se è vero che, nell'ottica di un sistema sovranazionale tendente all'armonizzazione degli ordinamenti europei, la giurisprudenza della Corte, in una prospettiva finalizzata alla "fusione degli orizzonti" tra sistemi di *civil e common law*³⁷, ammette la sostanziale equiparazione tra fonte legale e fonte giurisprudenziale, è vero anche che non è possibile mutuare un principio di un ordinamento ed applicarlo indiscriminatamente in un altro: e quest'assunto vale a maggior ragione in considerazione dell'estrema specificità dell'istituto del concorso esterno in associazione mafiosa, frutto, come abbiamo visto, di una drammatica ricerca da parte della giurisprudenza interna al fine di qualificare nel modo più corretto una condotta che in ogni caso appariva fuor di dubbio punibile.

Tra i vari corollari che il principio di legalità partorisce nel nostro ordinamento, il più evidente è proprio quello della riserva di legge: l'art. 25 comma 2 della Costituzione sancisce espressamente che "*nessuno può essere punito se non in forza di una legge*". Il termine legale come fonte normativa assoluta in materia penale non è casuale e sottende una specifica *ratio* di garanzia³⁸: solo il Legislatore, inteso come organo costituzionalmente preposto alla funzione legislativa, in quanto formato sulla base di elezioni democratiche che rappresentano in proporzione la società di un determinato ordinamento giuridico, è dotato del potere di emanare leggi penali, proprio in quanto espressione dei vari orientamenti culturali presenti in un determinato paese e quindi unico organo investito costituzionalmente dell'onere di introdurre norme penali.

³⁷ Cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., p. 274.

³⁸ Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 231 e ss.; A. PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, pp. 36 e ss.

Proprio per questo motivo la nozione di reato di origine giurisprudenziale non può essere accettata, o quantomeno non potrà mai essere compatibile con il nostro ordinamento costituzionale così come inteso allo stato attuale. Lo stesso processo dell'integrazione analogica, proprio perché comporta per il giudice la possibilità di colmare una lacuna normativa estrapolando una norma giuridica da una proposizione normativa destinata a regolare altri fatti ed applicando tale norma ad un caso non regolato dall'ordinamento, è strettamente proibita dal nostro ordinamento.

Altrettanto delicata è la questione relativa al processo interpretativo di applicazione della legge. Come abbiamo già avuto modo di verificare, se non è possibile estendere analogicamente una norma incriminatrice *in malam partem*, sarà sempre consentita un'interpretazione estensiva: la possibilità per il giudice di applicare il diritto attraverso il proprio personale processo interpretativo è caratteristica ineludibile del nostro sistema. I giudici potranno sempre (non a caso si parla di funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione) specificare tramite le loro pronunce la portata di una determinata norma giuridica, ma non per questo essi possono essere considerati organi in grado di creare diritto, nel nostro ordinamento.

Infine, appare fuori luogo, sempre in base alla *ratio* che sottende il principio in questione, parlare di applicabilità del principio di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, per quanto imprevedibili. Ad accettare questa tesi, si creerebbe un paradosso giuridico che la C. Edu non riesce a spiegare: da un lato si applicherebbe un crisma del principio di legalità alla giurisprudenza (mettendo quindi sullo stesso piano fonte legislativa e fonte giurisprudenziale); dall'altro si precluderebbe ai giudici qualsiasi possibilità, in un ordinamento di *civil law* come quello italiano, di applicare il diritto utilizzando un'interpretazione (sfavorevole) difforme rispetto a quella della giurisprudenza costante, precludendo, così, la formazione di orientamenti interpretativi più rigorosi e comunque diversi, o perché innovativi o perché modificativi.

Ma anche al di là di quanto detto, rimane pur sempre incontestabile un dato oggettivo: che la norma sulla base della quale viene contestato il concorso (esterno in associazione mafiosa), ovvero l'articolo 110 c.p., è pur sempre una norma che esprime un principio generalissimo del nostro ordinamento, ed è comprensibile che, in considerazione anche della delicatezza della materia mafiosa, potesse sorgere incertezza sulla qualificazione giuridica da attribuire ad una condotta la cui penale rilevanza non è mai stata messa in dubbio nella complessa vicenda giudiziaria del ricorrente. Non si può in ogni caso parlare di creazione giurisprudenziale laddove vi siano già delle norme di riferimento, e la contraddittorietà della giurisprudenza si condensi unicamente sui limiti oggettivi da attribuire alle suddette norme.

5. I problemi di interpretazione ed applicazione della legge penale posti dalla sentenza Contrada della Cedu.

I problemi relativi ai profili di interpretazione della legge che la sentenza Contrada lascia aperti sono vari e di non semplice risoluzione. Essi non concernono

propriamente il problema della configurabilità del concorso esterno, l'ammissibilità della quale non è stata messa in dubbio dalla C. Edu; in maniera ancora più rilevante, tali questioni attengono più precisamente a profili giuridici generalissimi, che fondano e caratterizzano il nostro ordinamento.

Un primo profilo riguarda ovviamente la questione della violazione dell'art. 7 Cedu. La Corte ha inequivocabilmente stabilito che vi è stata una violazione da parte dell'Italia del principio di legalità, in quanto viene applicato retroattivamente un indirizzo giurisprudenziale sfavorevole e ritenuto imprevedibile. È fuor di dubbio che, nel compiere questa valutazione, la Corte Edu non abbia considerato specificamente il ruolo della giurisprudenza nel nostro sistema penale, oltre che la delicatezza della materia trattata e la peculiarissima realtà socio-antropologica sottesa all'incriminazione contestata.

Per la critica che viene mossa al nostro Paese, la violazione dell'art. 7 sarebbe stata comunque preceduta dalla violazione dell'art. 25 comma 2 della Costituzione, posto che, nell'affermazione della Corte, le parti non contestano l'origine giurisprudenziale dell'istituto del concorso esterno. Ma se così fosse stato, se cioè la giurisprudenza italiana, nel definire i presupposti dell'applicazione del concorso esterno, fosse andata oltre un'interpretazione estensiva, approdando all'analogia o alla vera e propria produzione normativa, questo fatto, prima ancora di violare una norma internazionale, avrebbe violato una fondamentale norma costituzionale.

Sembra quasi che, tramite questa pronuncia, in applicazione di una giurisprudenza in via di consolidamento³⁹, la Corte Edu voglia affermare come corollario del principio di legalità, sia pure in tono garantistico, se non la vincolatività, la maggior rilevanza condizionante di una giurisprudenza favorevole. Premesso che la giurisprudenza in materia non è numerosa, è stato rilevato come il riconoscimento della prospettiva abbracciata dalla Cedu in materia di efficacia del diritto giurisprudenziale confermerebbe un declino a cui la riserva di legge starebbe già andando incontro⁴⁰, laddove il significato garantistico del principio di legalità starebbe cedendo il passo alla dimensione di certezza garantita dalla dimensione universale.

Pur tuttavia, nella prospettiva della Corte, non si intende in che modo sarebbe potuto essere imprevedibile il mutamento giurisprudenziale sfavorevole nel caso Contrada, posto che: 1) la prima giurisprudenza della Cassazione ad ammettere il concorso esterno in un reato associativo risale agli anni Sessanta; 2) anche la giurisprudenza che aveva negato la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa ha sempre ricondotto quelle fattispecie concrete nell'alveo della punibilità per partecipazione all'associazione mafiosa; 3) la clausola generale di incriminazione suppletiva di cui all'art. 110 c.p., peraltro platealmente carente di determinatezza⁴¹, era

³⁹ Si veda, in applicazione di tale principio in materia di reati urbanistici, Corte eur. Dir. Uomo, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*.

⁴⁰ F. PALAZZO, voce *Legalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, pp. 3375 e ss.

⁴¹ Sul punto, L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., pp. 76 e ss., che evidenzia come l'indeterminatezza delle condotte ex art. 110 c.p. sia dimostrata dalla tendenza della giurisprudenza a farvi ricorso nei periodi di

già presente nell'ordinamento all'epoca dei fatti ed era già stata interpretata estensivamente nel senso prospettato.

Nel caso in questione, in mancanza di una sufficiente precisazione normativa del concetto di prevedibilità *ex* giurisprudenza Cedu, non può escludersi che la condanna dell'Italia sia la conseguenza di un approccio ermeneutico opinabile della Corte di Strasburgo. In effetti la Corte non ha mai spiegato in cosa consista il concetto di *prevedibilità*, il che, in un ordinamento di *civil law*, equivale a creare un certo grado di problematicità, posto che, nel nostro Paese, i giudici si limitano ad interpretare ed applicare il diritto e non a crearlo. Si ponga il caso di un'incriminazione penale appena introdotta, sulla quale sorgano, rispetto a specifici profili ed in prima battuta, contrasti giurisprudenziali. A partire da quando la giurisprudenza potrà considerarsi consolidata sul punto? Sarà sufficiente o necessaria una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite? E nel frattempo, *quid iuris* rispetto a tutte le pronunce più sfavorevoli rispetto ad altre? Ragion vorrebbe che, a seguire il ragionamento della Corte, esse non possano essere applicate retroattivamente e quindi nemmeno ai casi che esse hanno deciso.

Si verrebbe quindi a creare, proprio sul presupposto di un contrasto tra i diversi modi di interpretare il principio di legalità, un'aporia nel sistema convenzionale rispetto all'Italia. Una celeberrima pronuncia della Corte Costituzionale⁴², proprio in materia di rapporti tra norme costituzionali e convenzionali, dopo aver rilevato come le norme Cedu siano norme interposte ai fini della valutazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia ex art. 117 Cost., ricorda come questo *“non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali [...] o dei principi supremi [...], ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le 'norme interposte' e quelle costituzionali.*

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.

emergenza politico – criminale; si veda inoltre, per un'analisi della giurisprudenza in materia, A. SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.

⁴² Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348.

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione."

Quanto riportato conferma come la pronuncia Contrada riveli un problema, o per meglio dire, uno scenario futuro che presenta criticità particolarmente rilevanti. Se non si vuole ritenere che il modo in cui l'art. 7 Cedu viene interpretato, rispetto alla potestà in un certo senso "normativa" riconosciuta al potere giudiziario, a livello di giurisprudenza Cedu vada a porsi in contrasto con il nostro sistema costituzionale, bisogna accettare di essere alle porte di una rivoluzione epocale del sistema delle fonti del nostro sistema in materia penale.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto esposto, è possibile rilevare alcune problematiche di fondamentale importanza che non possono passare inosservate, specie in considerazione della sempre maggiore importanza dei fenomeni di integrazione tra ordinamenti nazionali e sovranazionali. Alla sentenza Contrada possono essere opposte, in progressivo subordine, diverse argomentazioni: 1) non viene adeguatamente motivato il ragionamento della Corte Edu, nel caso di specie, sul concetto di prevedibilità, inteso come corollario del principio di legalità; 2) viene applicato un principio che per natura sarebbe da applicarsi ai soli processi propriamente creativi del diritto, ad un procedimento di interpretazione – applicazione della legge; 3) anche a non voler accettare le prime due obiezioni, non viene motivata adeguatamente la decisione sul punto dell'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

Rispetto alla asserita imprevedibilità della decisione, si può innanzitutto contestare il fatto che la Corte abbia affrontato in modo estremamente formalistico la materia oggetto della decisione, senza tenere conto della specificità e del necessario approccio pratico-sociologico da utilizzare nel trattare di diritto penale della contiguità mafiosa.

Se comunque, in chiave internazionalistica, il concetto di prevedibilità in merito alle interpretazioni giurisprudenziali viene inteso come possibilità di prevedere *ex ante* i risultati ragionevoli del processo applicativo della legge da parte del giudice, allora non si capisce il motivo per cui, nel caso di specie, sia stata ritenuta irragionevole l'applicazione dell'istituto del concorso esterno nel processo contro Contrada.

La C. Edu non attribuisce rilevanza al fatto che la questione del concorso esterno fosse già stata affrontata, in chiave generale, dalla giurisprudenza: questo evidentemente avrebbe dovuto giovare alla prevedibilità delle conseguenze giuridiche della condotta tenuta dall'agente. Ribadiamo come, a voler contrariamente argomentare, non si potrebbe mai arrivare ad un mutamento in senso più rigoroso della giurisprudenza in una determinata materia, perché qualsiasi applicazione più sfavorevole della legge penale rispetto ad altre sarebbe da intendersi illegittima in quanto imprevedibile.

Questa interpretazione porterebbe a ritenere allora le Sezioni Unite della Cassazione (sempre che si ritenga sufficiente o necessaria, ai fini della valutazione di prevedibilità del precetto applicato, una pronuncia della Cassazione in tale formazione) come organo con funzione non più soltanto nomofilattica, ma propriamente produttiva di norme giuridiche, in grado di vincolare gli altri giudici sul piano dell'applicazione del diritto. E questo introdurrebbe inevitabilmente, in qualche modo, il principio dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, seppur a determinate condizioni: soluzione non accettabile, alla luce degli specifici principi su cui si regge il nostro ordinamento costituzionale.

Allora, per evitare di chiudersi in pericolosi circoli viziosi, è più corretto pensare che la condanna dell'Italia rispetto alla violazione dell'art. 7 Cedu sia da ritenersi frutto di un'applicazione "anomala" del principio da parte della Corte nel caso di specie, potendo a buon conto ritenersi ragionevolmente prevedibile, seppur non avallata da una specifica sentenza delle Sezioni Unite (fino alla sentenza Demitry), l'interpretazione applicata dai giudici nel caso Contrada anche nel periodo in cui i fatti vennero commessi (la condotta, oltretutto, si protrasse fino al 1988, anno in cui già la giurisprudenza varie volte si era pronunciata sul punto del concorso esterno⁴³); a questo si aggiunga come le stesse condotte condannate a titolo di concorso esterno, già all'epoca dei fatti, venivano ricondotte alla figura della partecipazione all'associazione, da ciò potendosi ricavare che, in una prospettiva generale e come segnalato in precedenza, l'interpretazione sul concorso esterno si pose in realtà come possibilmente e generalmente migliorativa (anche se questo deve affermarsi con estrema cautela) della condizione del reo.

In conclusione: sarà necessario, esaminando eventualmente le future pronunce della C. Edu in materia, chiarire se la decisione della Corte sia semplicemente frutto di un'interpretazione rivoluzionaria, per il nostro sistema penale, del concetto di prevedibilità del mutamento giurisprudenziale, ovvero se vi sia una contestazione vera e propria sulla modalità interpretativa del principio di legalità nel nostro ordinamento. In quest'ultimo caso, potrebbe porsi la necessità di verificare la compatibilità delle norme coinvolte sul piano convenzionale e costituzionale, ed in subordine, verificare

⁴³ La stessa C. Edu cita le sentenze Cass., 13 giugno 1987, *Altivalle*, n. 3492 e Cass., 4 febbraio 1988, *Barbella*, n. 9242.

l'eventuale necessità di attivare i meccanismi previsti dalla Corte Costituzionale⁴⁴ per garantire la sopravvivenza di un principio fondamentale per il nostro ordinamento.

⁴⁴ In particolare quelli messi in luce da Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348, cit. e 349.