

**Archivio selezionato:** Dottrina

**IL CASO CONTRADA E LA CORTE EDU. LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER CARENZA DI TASSATIVITÀ/TIPICITÀ DI UNA LEGGE PENALE RETROATTIVA DI FORMAZIONE GIUDIZIARIA.**

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 2016, pag. 346

Massimo Donini - Ordinario di Diritto penale Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

**Classificazioni:** CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO (Strasburgo) - Nessuna pena senza legge (Nullum crimen sine lege)

Sommario: 1. Se tre Sezioni Unite in undici anni non dimostrano una carenza di tassatività/tipicità di una fattispecie a formazione giudiziaria. — 2. Quattro punti fermi relativi al caso Contrada. — 3. La questione (non affrontata) della legittimità dell'interpretazione nazionale e dell'applicazione innovativa di regole di parte generale al fine di costruire figure “di parte speciale”. — 4. (Segue). L'impatto “estensivo” delle norme di parte generale. Perché nel caso di specie si è riscritto l'art. 416-bis, non l'art. 110 c.p. — 5. Il contributo chiarificatore delle tre Sezioni Unite: Demitry, Carnevale, Mannino e il permanere di una fattispecie aperta. — 6. Il principio della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto e della “conoscibilità della pena” ad esso irrogabile. — 7. (Segue). Il difetto di tassatività come violazione di un diritto-dovere, non come “scusante” per il singolo. — 8. Prevedibilità vs. certezza e tipicità. Il giudizio di fatto sotteso alla decisione della Corte Edu e la sua ricognizione della tassatività del diritto interno. — 9. Le precomprensioni sul ‘caso’ e le scelte razionali nella valutazione della sentenza europea su Bruno Contrada. — 10. La gestione degli “illeciti interpretativi” del passato e del futuro. — 11. Corte Edu, Sezioni Unite, Corte costituzionale e Rule of Law.

*Abstract*

Il commento chiarisce le ragioni della sentenza della C. Edu 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, nel definire il “concorso esterno” nei reati associativi come un'ipotesi di costruzione giurisprudenziale di un nuovo tipo di partecipazione, una figura autonoma di parte speciale del reato di associazione mafiosa che si pone accanto alla partecipazione interna e non già come normale applicazione di criteri generali del concorso di persone (art. 110 ss. c.p.). La Corte europea non ha valutato la specifica prevedibilità individuale-soggettiva del ricorrente come parametro, ma una prevedibilità obiettiva e generale del titolo di reato ascritto, essendo detta fattispecie non ancora sorta come “tipo” di reato, almeno fino alla sentenza Cass. SU Demitry del 1994, e in realtà diversamente ricostruita dalle successive Cass. SU Carnevale (2002) e Mannino (2005). Viene così stabilita una figura di illecito interpretativo/applicativo a corresponsabilità statale-giurisprudenziale che pone con urgenza il tema della soluzione istituzionale dei conflitti sincronici di giurisprudenza, ma anche del controllo di costituzionalità sulle fattispecie indeterminate, come ancora oggi è l'art. 416-bis c.p.

*(1-2) The Contrada Case and the ECHR. The State is liable for violating the rule of law through a retroactive criminal law created by judicial law-making*

*Abstract*

*The comment clarifies the reasons for the ECHR judgment April 14, 2015 Case Contrada v. Italy in defining the “external participation” in a criminal organization as a case of judicial construction of a new type of offence, an autonomous figure of the special part in the frame of the crime of mafia enterprise that arises next the internal participation and is not a normal application of the general criteria of accessories responsibility (art. 110 f. penal Code). The European Court did not assess the specific individual-subjective foreseeability of the applicant as a parameter, but a general and objective predictability of the charged offence, because this case had not yet arisen as a “type” of crime, at least until the judgment United Sections of the SC Demitry 1994, and actually it was differently rebuilt from subsequent United Sections of the SC Carnevale (2002) and Mannino (2005). The Judgment establishes a figure of state-judicial*

*co-responsibility in unlawful interpretation / application of the law that puts urgently the issue of the institutional solution of synchronic conflicts of jurisprudence, but also of constitutional review in the cases of lack of accessibility and foreseeability of the constituent elements of the offence, as is still the case of art. 416-bis penal code.*

1. *Se tre Sezioni Unite in undici anni non dimostrano una carenza di tassatività/tipicità di una fattispecie a formazione giudiziaria..* — 1.0. La sentenza in commento, Corte Edu 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, ric. 66655/13, rappresenta la prima vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano rispetto all'irresponsabilità dell'interprete in materia penale. Nessuno lo aveva fatto con tanta semplice chiarezza. E i primi commenti (1), quando non celano la voglia di sottodimensionare un filone di giurisprudenza europea che incombe da lustri, magari spostando gli effetti solo in termini di prevedibilità soggettiva e art. 5 c.p., ricordano opportunamente che la Corte non ha detto proprio qualcosa di nuovo in diritto (2), ed è semmai la statuizione di fatto sul nostro sistema nazionale a gettare nell'inquietudine. L'applicazione del diritto al fatto riguarda un aspetto paradossale di una vicenda processuale di pesante etichettamento criminale, uno dei più gravi reati ascrivibili a un servitore dello Stato, *ex capo della Squadra mobile di Palermo, ex dirigente della Criminalpol, ex capo del Gabinetto dell'Alto Commissariato per la lotta contro la mafia ed ex direttore aggiunto dei servizi civili (SISDE)*. La partecipazione a “Cosa nostra”, anche se dall'esterno, anche se senza la prova di moventi legati a interessi privati personali se non dubbi o saltuari, è il titolo esecutivo che incatena Bruno Contrada. Vicenda dolorosissima e tormentata (3), un'intricata e lunga storia di pentiti (elemento centrale di prova), di servizi segreti, d'infamie, collusioni e sospetti, mai veramente consolidata nella scrittura pubblica della storia giudiziaria che l'ha contrassegnata (4).

Noi non staremo certo qui a ripercorrerne le numerose tappe, dalla custodia cautelare all'assoluzione in appello dopo una prima condanna nel 1996, al suo annullamento in Cassazione e alle successive e definitive sentenze di responsabilità, quasi trent'anni dopo i primi fatti, sino alle proposte di grazia, e da ultima quella di una precedente decisione contro l'Italia da parte della Corte Edu (C. Edu 11 febbraio 2014, ric. 7509/08) per violazione dell'art. 3 Cedu (trattamento inumano e degradante) in rapporto alla mancata concessione della detenzione domiciliare per motivi di salute. Dopo questo tormentone infinito, la Corte dei diritti si pronuncia su un fatto che, ridotto all'osso, può essere scolpito in questa immagine: Bruno Contrada viene definitivamente giudicato dalla Corte d'Appello di Palermo il 26 febbraio 2006 (poi confermata in Cassazione) per *fatti commessi tra il 1979 e il 1988, motivando in diritto l'istituto del concorso esterno sulla base di tre sentenze delle Sezioni Unite penali, pronunciate tutte successivamente ai fatti commessi, e cioè nel 1994 (SS.UU. Demitry), nel 2002 (SS.UU. Carnevale) e nel 2005 (SS.UU. Mannino)*.

Se sono state necessarie ben tre pronunce delle Sezioni Unite successive alle condotte contestate per chiarire prima se sia ammissibile, e poi comunque che cosa è il concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ciò significa che al tempo dei fatti il reato, *non previsto* nella parte speciale del codice penale — anzi *escluso* dalle ipotesi ammesse ai sensi delle figure di parte speciale — non solo non era chiaro, ma essendo di formazione tutta giudiziaria, non era neppure veramente tipico. Questo il sillogismo della Corte Edu (5).

1.1. Al § 6 della pronuncia sono così descritti sommariamente i fatti accertati: con sentenza del 5 aprile 1996, il Tribunale di Palermo condannò Bruno Contrada alla pena di dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione di stampo mafioso (articoli 110, 416 e 416 *bis* del codice penale). In particolare, il Tribunale lo ritenne colpevole di avere, *tra il 1979 e il 1988*, in qualità di funzionario di polizia e poi capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia e di vicedirettore dei servizi segreti civili (SISDE), apportato sistematicamente un contributo alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa denominata « Cosa nostra ». Secondo il Tribunale, il ricorrente aveva fornito ai membri della commissione provinciale di Palermo della suddetta associazione informazioni riservate riguardanti le indagini e le operazioni di polizia di cui essi, ed altri membri dell'associazione in questione, formavano oggetto”.

Al § 65 aggiunge la Corte Edu: “Nella parte in diritto della sentenza, tale concorso veniva definito « eventuale » o « esterno ». Tale condanna, dapprima annullata da una sentenza della Corte d'Appello di Palermo, fu poi confermata da un'altra sezione di quest'ultima e, in via definitiva, da una sentenza della Corte di cassazione”.

1.2. Si riportano di seguito altri punti salienti della pronuncia europea in commento:

“64. La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, *a partire dal testo* delle disposizioni pertinenti e *con l'aiuto dell'interpretazione* (6) della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale. 65. [omissis]. 66. La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ora, come ha giustamente ricordato il tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996 (si veda il paragrafo 7 *supra*), l'esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti. 67. L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 *supra*) dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994. 68. Nel frattempo, in altre cause, la Corte di cassazione ha riconosciuto l'esistenza del reato di concorso eventuale in associazione di tipo mafioso (si vedano la sentenza Altivalle, n. 3492, del 13 giugno 1987 e, successivamente, Altomonte, n. 4805 del 23 novembre 1992, Turiano, n. 2902 del 18 giugno 1993 e Di Corrado, del 31 agosto 1993). 69. Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno. “74...la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di *una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry*. 75. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie *la pena in cui incorreva* per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti”.

2. *Quattro punti fermi relativi al caso Contrada.* — 2.1. Un primo punto fermo della giurisprudenza precedente i ‘fatti’ contestati a Contrada è che *esistono condotte di aiuto* a un'associazione criminosa che *non sono atti di partecipazione “interni”* alla stessa. Non è vero che se non si fosse applicato l'art. 110 insieme all'art. 416-*bis* c.p., si sarebbe applicato direttamente l'art. 416-*bis*. Anche nella giurisprudenza coeva ai fatti che ammetteva il concorso esterno emergeva un rispetto formale della legalità della figura del partecipe interno, che ha alcune sue connotazioni *invalidabili*. Proprio il rispetto della legalità della singola fattispecie è all'origine della giurisprudenza che amplia la punibilità sulla base di una normativa di parte generale nata per estendere la punibilità delle singole incriminazioni a tipologie che queste di regola non siano in grado di tipizzare: il concorso di persone.

Non è vero dunque che se Contrada non fosse stato condannato per concorso esterno sarebbe stato condannato per partecipazione in associazione mafiosa. È vero il contrario. Tutte le sentenze che lo riguardano hanno *escluso la sua partecipazione come intraneus* (7). Dunque, senza il concorso esterno, sarebbe rimasto il solo favoreggiamento personale (prescritto). Reato ben differente, dalla commissione del quale non è possibile “prevedere” una condanna per l'art. 416-*bis* c.p.: ed esattamente per questo esiste (dal 1982, cioè dalla nascita dell'associazione mafiosa) una specifica

aggravante del favoreggiamento quando questo riguardi soggetti che risultano favoriti in quanto partecipi di associazioni di tipo mafioso (art. 378, co. 2, c.p.), mentre *solo dal 1991* esiste l'aggravante speciale dell'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, della finalità di agevolazione dell'attività delle predette associazioni (8). Il “favoreggiamento”, infatti, per rilevare *ex art. 110 e 416-bis c.p.*, non deve riguardare cose o singole persone, ma oggettivamente (e non soggettivamente) l'attività dell'associazione stessa. Però questo discorso presenta un vizio interno: la *sommatoria dei fatti* ascritti a Contrada — *come fonti di prova o come condotte tipiche, non è mai stato chiaro* (9) — esprime il “ruolo” di un soggetto pubblico che si sarebbe “messo a disposizione” di Cosa nostra: e questo fatto, *se ci si fosse creduto fino in fondo*, avrebbe potuto portare a un giudizio di vera partecipazione interna all'associazione. Poiché non si è creduto completamente a tale teorema, in quanto di un'affiliazione *formale* manca ogni indizio — anche se la giurisprudenza supera continuamente in tutti i settori dell'ordinamento gli schemi “formali”, quando lo ritiene equo, mentre qui ha sempre subito una sudditanza “culturale” all'ordinamento mafioso —, si è ripiegato sul concorso esterno: che peraltro andrebbe riferito ai fatti commessi almeno dopo il 1982, mentre vari fatti contestati come episodi di concorso esterno (o come condotte che lo supportano a livello probatorio) *precedono* la stessa entrata in vigore dell'art. 416-bis c.p., avvenuta con l. 13 settembre 1982, n. 646, e riguardavano semmai l'art. 416 c.p.

2.2. Un *secondo punto fermo* è che *non è vero che fosse imprevedibile dopo il periodo 1985-1987 una condanna per concorso esterno*. Ma non è qui il punto decisivo, perché una prevedibilità come questa non vale a inficiare il vizio di retroattività contestato dalla Corte europea. Dato che esisteva una giurisprudenza già rilevante — ma che s'inizia ad affermare in Cassazione solo alla fine degli anni '80 — che imputava forme di partecipazione esterna al reato associativo, ciò poteva essere tenuto presente da parte delle persone che avessero inteso agevolare in qualche modo l'attività di quelle associazioni con forme che non fossero di mero “favoreggiamento” personale o reale, ma appunto dell'associazione. Ai fini della mera *prevedibilità* di un coinvolgimento penale in un'incriminazione non è necessario che esistano dei precedenti pubblicati, ma se esistono, non è richiesto che si tratti di precedenti numerosi e consolidati. Non solo. Qualunque legale sa che in un'attività di consulenza giuridica non può affidarsi neppure alla giurisprudenza maggioritaria, nel nostro sistema vigente: e ciò ancor più (come vedremo) ai tempi delle vicende giudiziarie che ci interessano. Il contrasto giurisprudenziale sincronico (10) è in parte fisiologico, se non perdura troppo a lungo, ma anche quando è patologico, rende assolutamente prevedibile, e non imprevedibile la possibile rilevanza penale di un comportamento: vi è prevedibilità, senza esservi certezza. Si tratterà dunque di *differenziare opportunamente (infra) tra la protezione costituzionale della mera prevedibilità e la sanzione per l'obiettiva incertezza di decisioni legate a una sorta di “atipicità di sistema”*, non essendo sufficientemente determinata nei suoi confini la fattispecie “giurisprudenziale”.

2.3. Un *terzo punto fermo*. La giurisprudenza *non ha “creato” direttamente una fattispecie di parte speciale*, come ha fatto viceversa in altri casi: corruzione per la funzione (attuale art. 318 c.p.), malattia-infortunio nell'art. 437 c.p., disastro ambientale innominato *ex art. 434 c.p.* etc. La Corte Edu afferma apoditticamente (§ 66) che non sarebbe in contestazione il fatto che l'istituto del concorso esterno costituisca “un reato di origine giurisprudenziale”. Ma ciò non è del tutto esatto (11).

La giurisprudenza ha applicato una clausola generale di parte generale essa stessa, l'art. 110 c.p., che possiede potenzialità applicative molto estese e indefinite. Questa è una “patologia” del concorso di persone, da tempo segnalata in dottrina. Siamo in presenza di una normativa la cui insufficiente determinatezza, pur contestata in letteratura, è stata sempre di fatto ritenuta superabile in virtù di una consolidata tradizione applicativa dell'istituto (istigazione, agevolazione etc.) che è invero molto oscillante, ed è stata indebitamente tollerata. Nel caso di specie, però, la lettura dell'art. 110, applicato ai reati associativi, è stata di segno diverso e ulteriore: esso è stato impiegato come se autorizzasse la tipizzazione giurisprudenziale, cioè una tipicità prasseologica, legata a “fenomenologie nuove o classiche di comportamenti non legalmente tipizzati”, analoghe a

quelle dei *contratti innominati*. Si osservano nella prassi forme di “criminalità” non registrata negli annali di giurisprudenza come atti di partecipazione interna (“aggiustare processi”, fare da tramite tra il carcere e gli associati in libertà, offrire prestazioni tecnico-professionali decisive per una qualche vicenda, organizzare aiuti politico-amministrativi in cambio di favori politico-elettorali, “mettersi a disposizione” di un'associazione etc.), e l'art. 110 c.p. è lì a bella posta pronto all'uso. Si rispetta apparentemente la tipicità della partecipazione interna (art. 416-*bis* c.p.), che non viene estesa e semmai meglio delimitata, ma si usa direttamente la regola estensiva tipica di parte generale: proprio in virtù del fatto che essa stessa non è determinata e dunque può essere modulata verso queste nuove forme comportamentali. La domanda è se ci stiamo muovendo solo nella “parte generale” o se questa nuova tipizzazione non sia in realtà un problema squisitamente “di parte speciale”. Di ciò dovremo ancora trattare a fondo.

2.4. *Quarto punto fermo*: la Corte Edu non ci dice che cosa avrebbero dovuto fare i giudici prima del 1994 (e prima ancora), né cosa avrebbero dovuto fare le SS.UU. Demitry nel 1994: assolvere tutti i concorsi esterni precedentemente “commessi” (anche se ascritti), in quanto non realizzati a fronte di una consolidata giurisprudenza? La Corte Edu non lo dice, ma essa *sancisce implicitamente l'esistenza di un illecito giurisprudenziale: un illecito di applicazione retroattiva di un tipo formatosi solo dopo i fatti*. Dobbiamo vagliare qui di seguito la correttezza di questa costruzione d'illecito ermeneutico. Il *modus operandi* della Cassazione pre-Demitry era negli anni '80 e '90 del tutto ammesso come al di fuori di ogni logica di *prospective overruling*, applicandosi la regola della “retroattività” della nuova giurisprudenza. Certo, statuire *ex post*, nel 2015, una regola di *prospective overruling* con effetti “sanzionatori retroattivi” sarebbe ingiusto e inaccettabile, *se la Corte Edu non avesse praticato da almeno vent'anni questi principi*, almeno da *S.W. c. regno Unito del 22.11.1995 e CR c. Regno Unito, 22.11.1995 sul marital rape* (12). Però è vero che i casi più famosi, quelli appunto della violenza sessuale del coniuge che costringe la moglie al rapporto non voluto e quello degli spari dal muro di Berlino (13), sono vicende dove la Corte Edu ha ritenuto in concreto *prevedibile* il successivo mutamento nell'applicazione giudiziale, pur se in contrasto con il *common law* anteriore in un caso, e con la giurisprudenza della ex DDR nell'altro, così assolvendo lo Stato inglese e quello tedesco nelle due vicende. È solo nel caso *Pessino c. Francia* del 10.10.2006, riguardante un illecito edilizio, che si è affermata concretamente *in bonam partem* la violazione del divieto di retroattività occulta (14), poi consolidatasi, sempre in senso favorevole, con C. Edu, Grand Chamber, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, relativo a un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva, come tale escluso da tematiche di scusanti-prevedibilità soggettiva, richiamato dalla stessa sentenza Contrada (15). L'irrogazione della sanzione europea per questo caso di retroattività occulta nel quadro di un delitto non artificiale (l'associazione di tipo mafioso), ma comunque “nuovo” e inesistente nella maggior parte degli ordinamenti, rappresenta dunque una novità parziale.

3. *La questione (non affrontata) della legittimità dell'interpretazione nazionale e dell'applicazione innovativa di regole di parte generale al fine di costruire figure “di parte speciale”*. — 3.1. La Corte Edu non si pronuncia sulla legittimità dell'interpretazione giurisprudenziale italiana in tema di concorso esterno. Ovvio, si dirà. Essa assume l'interpretazione nazionale come un dato sul quale non è competente. Vero. Purché quell'interpretazione non violi parametri della Cedu, come il divieto di analogia (così espressamente la sentenza ai §§ 68-71). Ma la violazione del divieto di analogia non era stata eccepita nel ricorso. Dunque il tema non entrava nella questione devoluta, anche se avrebbe potuto essere sollevato d'ufficio: ma ciò avrebbe comunque comportato un vaglio non richiesto sul “comportamento ermeneutico implicito” e dunque sull'interpretazione nazionale, esistendo in diritto penale (quasi) solo ipotesi di *analogia occulta*, dato il divieto internazionale di analogia *in peius*. Esistono poi anche le interpretazioni semplicemente sbagliate, estensive della punibilità, ma illegittime in quanto erranee, non in quanto necessariamente analogiche.

La correttezza della giurisprudenza sul concorso esterno rimane pertanto un problema nazionale. Non possiamo però esimerci da un rilievo, che è propedeutico all'analisi del caso Contrada.

3.2. *L'analogia è da sempre il lato oscuro dell'indeterminatezza.* Solo nei manuali di diritto civile, dove l'analogia è esposta e presentata come ovviamente legittima, abbiamo esempi di lacune chiare che vengono colmate mediante un'estensione “fedele all'*eadem ratio*” di norme tassative. Nel nostro caso invece si sanziona l'indeterminatezza quale fonte d'innovazioni stratificate nell'ordinamento in anni di conflitti irrisolti. Come subito vedremo, è accaduto esattamente questo: un difetto di tassatività della fattispecie di costruzione ermeneutica (sia pur su base legale) viene “sanzionato” per il suo impiego retroattivo, ma il vero punto nodale rimane quello dei *limiti sostanziali e anche temporali della legittimità non tanto di “mutamenti interpretativi”* in peius, quanto di costruzioni ermeneutiche di fattispecie.

3.3. Si aggiunge a quanto ora detto che *la Corte Edu non distingue tra norme di parte generale e di parte speciale*: discetta dell'interpretazione innovatrice come se riguardasse solo norme incriminatrici, ma la situazione è differente quando si applicano norme di parte generale estensive della punibilità (tentativo, concorso di persone, causalità omissiva) o definitorie di modalità di azione (colpa, dolo etc.): queste discipline sono sempre poco determinate e suscettibili di evoluzione interpretativa capace di cambiare tutte le fattispecie di parte speciale alle quali trovano applicazione. Le vicende dell'evoluzione della causalità omissiva, della causalità (sic!) “epidemiologica”, del dolo eventuale come rischio etc. sono lì a illustrare con dovizia di esempi analoghe prassi. Le *regole* estensive di parte generale si prestano anche a questo. I *principi costituzionali*, invece, servono a delimitare l'uso di quelle regole, quando siano — come normalmente sono — poco determinate.

3.4. Nel caso di specie vedremo (§ 4-5) che *si è usata la “parte generale” in modo strumentale per costruire nuove tipologie di partecipi-esterni*: non si sono create certo nuove figure di concorrenti da applicarsi a reati diversi da quelli associativi! E dunque l'operazione *ha riguardato strettamente i soli reati associativi*: un'operazione solo apparentemente di parte generale, dunque, ma in realtà condotta sul corpo dell'art. 416-bis c.p.

4. (Segue). *L'impatto “estensivo” delle norme di parte generale. Perché nel caso di specie si è riscritto l'art. 416-bis, non l'art. 110 c.p.* — 4.1. Quando si amplia l'estensione d'istituti come il tentativo, la causalità omissiva, l'istigazione o la cooperazione colposa, non si riscrivono implicitamente tutte le disposizioni di parte speciale: sono quelle di parte generale che conoscono una diversa lettura con conseguente incidenza su tutte le incriminazioni. La legalità e la tipicità di queste ultima, formalmente, rimane integra. Ciò pone all'evidenza un problema molto serio. La parte generale dei codici penali, nata per delimitare il potere giudiziario, che era immenso quando essa non esisteva, essendo spesso costruita su clausole generali e regole assai ampie, consente applicazioni che non sempre sono veramente “predeterminate per legge”, ma sono solo “previste dalla legge”: la causalità non è predeterminata nell'art. 40 c.p., è solo prevista in esso. Del resto, anche a prescindere dai sistemi di *common law* che siano privi di leggi penali sul reato in generale, in molti codici penali contemporanei, più avari di definizioni del nostro codice Rocco, la situazione non è certo migliore, e si opera talvolta in assenza di regole di parte generale, affidandosi direttamente e integralmente alla giurisprudenza (per es. per le definizioni di dolo, colpa, evento, pericolo etc.).

Sono dunque i *principi costituzionali* (determinatezza e divieto di analogia, offensività e colpevolezza, divieto di responsabilità per fatto altrui e per fatto proprio incolpevole, eguaglianza etc.) o *sovranazionali* (per es. prevedibilità delle decisioni...), che devono guidare nella lettura delle norme di parte generale che — per loro tradizionale previsione (non per loro intrinseca “natura”) (16) — siano costruite su clausole generali di modesta tassatività.

4.2. Ciò premesso, va finalmente chiarito che nel caso del concorso esterno l'attività costruttrice della giurisprudenza non ha operato sugli art. 110 ss. c.p. per estendere questi ultimi. *Il risultato della costruzione del concorso esterno nelle associazioni mafiose è stato quello di estendere l'art. 416-bis c.p. attraverso il passepartout del concorso di persone.* Chiarire questo concetto è molto importante. L'operazione si è svolta in *due tappe principali*: a) si sono in primo luogo individuate

alcune tipologie di condotte di concorrente esterno sul piano della tipicità comportamentale, non su quello dell'incidenza sulla vita dell'associazione: dovevano essere condotte di soggetti estranei e dunque non incriminabili come associati interni; dovevano dare un contributo; non dovevano essere meri favoreggiatori, assistenti degli associati etc.; occorreva muovere da tipologie empirico-criminologiche emergenti dalla vita sociale, politica ed economica; b) successivamente, almeno in ordine logico, si è dovuto raccordare queste “figure” con l'unico titolo di responsabilità disponibile: non valendo i titoli autonomi delle figure tipiche di associati previste dal reato associativo — neppure il finanziatore è stato mai inserito nell'art. 416-bis.... —, non restava che il titolo “concorso” generale degli art. 110 ss. c.p.; con la conseguenza che mentre si può essere associati interni senza dare nessun contributo rilevante alla vita dell'associazione (il disvalore della condotta assorbe il disvalore di evento), in caso di concorrente esterno ciò non è possibile, dovendosi recuperare attraverso il disvalore di evento un disvalore di condotta meno pregnante in termini di *affectio societatis*. Si è così sviluppato, già a far data *almeno dal 1985*, il *paradigma eziologico* per l'assimilazione del concorrente esterno al partecipe intraneo (17): mediante la ricerca di un contributo causalmente significativo all'associazione in sé considerata.

4.3. Ecco allora che chi “aggiusta processi”, o “si mette a disposizione”, o “informa i boss” in carcere, o assicura la latitanza di alcuni elementi di spicco, o costituisce il “riferimento” dell'associazione in Parlamento, in un consiglio regionale o comunale, ovvero la “finanzia”, potendo contribuire dall'esterno ad assicurare la sopravvivenza del sodalizio o comunque l'appoggio politico, amministrativo, istituzionale, costante alle sue iniziative o in una fase cruciale della sua esistenza, ne diviene concorrente, ma *a certe condizioni*.

4.4. Poiché, come tutti sanno, *nel nostro ordinamento* il concorso di persone è articolato in ‘forme’ assai varie, e poiché ciascuna di esse (a parte l'autoria) può essere anche “*di minima importanza*” *ex art. 114 c.p.*, l'estensione ai reati associativi di questo complesso di tipologie comportamentali richiedeva *precisazioni importanti*: potendosi altrimenti iniziare (almeno a livello di indagini) una vera “caccia alle streghe” a tutte le possibili condotte potenzialmente agevolatorie o di fiancheggiamento di soggetti esterni o non provatamente intranei. Le tre Sezioni Unite sul tema hanno risposto a tale quesito, al fine di chiarire definitivamente l'ammissibilità del concorso esterno (Demitry) e poi di delimitare, piuttosto che di ampliare ulteriormente, i suoi confini. Solo in parte ci sono riuscite.

5. *Il contributo chiarificatore delle tre Sezioni Unite: Demitry, Carnevale, Mannino, e il permanere di una fattispecie aperta.* — 5.1. Diciamo subito che se impostiamo le cose *in modo tradizionale*, sul piano soggettivo della mera prevedibilità di un'incriminazione (*retro*, § 2.2), la sentenza europea ne verrebbe svuotata. Ci sono contributi che nessuno può dire di aver compreso che fossero potenzialmente incriminabili solo dopo aver letto le Sezioni Unite Demitry (18). Chi salva dall'arresto una serie di affiliati, tra i quali magari il capo di Cosa nostra, fornisce un contributo rilevante alla vita dell'associazione, anche se non è affiliato. Ma solo dagli anni 1987-1994 il *titolo* di questa *autonoma* partecipazione è diventato più percepibile, anche se controverso come puro diritto giurisprudenziale. Nondimeno, dopo le Sezioni Unite del 1994, molti altri contributi sembravano esclusi dalla rilevanza penale autonoma come concorso esterno. Per es. chi avesse finanziato quell'associazione in un momento di prosperità, per quanto rilevante fosse l'apporto, non avrebbe dovuto rientrare nella fattispecie, e lo stesso dicasi per chi avesse fatto fuggire un affiliato fra i tanti con beneficio ordinario durante la vita normale del gruppo criminale (v. *infra*).

E dunque: se il capo della Squadra mobile si mette “a disposizione di” Cosa nostra, passando alla bisogna informazioni rilevanti sulle indagini, aiutando vari affiliati a eluderle etc., dovrà attendere le Sezioni Unite per capire che è un concorrente? (19).

5.2. *La Corte Edu non compie una vera valutazione di tipo soggettivo. Essa solleva due diversi problemi per il penale diritto italiano ante 1994:*

a) se il concorso (veramente) *esterno*, ancorché già (ambiguamente) praticato dalla giurisprudenza, fosse *comunque ammissibile* come titolo di responsabilità *ex art. 416-bis c.p.*;

b) se il concorso esterno, riguardando *singole condotte di partecipazione*, e non una “tipologia indipendente” di condotte abituali o di tipo “organizzatorio”, rilevi e *a quali condizioni di efficienza*, escludendosi che sia *una forma (per es. un finanziamento, rivelazione di notizie riservate, rilascio di un provvedimento amministrativo o giudiziario pilotato) indipendente dal suo contributo causale*.

Se sono partecipe interno, un qualunque “soldato”, e non un “avvicinato”, posso anche non fare nulla d'importante, ma risponderò penalmente *ex art. 416-bis c.p.* Se invece sono esterno devo compiere qualcosa di rilevante, non bastando neanche la commissione di singoli reati autonomamente punibili, a prescindere dall'art. 416-bis c.p. *Ma la domanda più radicale è questa: se sono esterno, ogni contributo dovrà avere valenza causale autonoma e indipendente (tot crimina tot poenae), o potrà essere valutato per “sommatoria” negli anni, come condotta abituale o quale indice di una complessiva agevolazione? Ma che cosa è questa complessiva agevolazione?*

5.3. Orbene, *le Sezioni Unite Demitry rispondono ai primi due quesiti solo nel 1994*. Il concorso esterno è ammissibile *ex art. 110 c.p.* e non costituisce una forma indipendente dalle conseguenze del suo contributo alla vita dell'associazione. Anzi. Esso rileva solo se offre un apporto così rilevante da collocarsi *perlopiù* (20) nei momenti cruciali, topici, critici, di “patologia”, di “emergenza”, “fibrillazione”, della vita di un gruppo criminale (21). *Sul terzo quesito (prova del paradigma causale di ogni singolo contributo come se fosse un reato a sé stante o rilevanza di tutti per sommatoria) non si è mai avuta una vera risposta*. La delimitazione del concorso esterno, nel momento in cui se ne sanciva la legittimità, ai soli contributi alla soluzione di momenti patologici ed emergenziali, “tagliava fuori” una serie di condotte possibili, anche dello stesso Contrada. Essa non sarà ribadita dalle successive Sezioni Unite. Ma se la si volesse sin da ora svalutare, in quale momento successivo alla sentenza Demitry si dovrebbe “fotografare” l'immagine nitida del riconoscimento del “tipo”? Quando nasce davvero la nuova figura nei suoi tratti conclusivi?

La Corte Edu responsabilizza lo Stato italiano a prendere atto che comunque *solo da quella data* era ufficialmente nato in modo “legittimo” (perché chiaro) un tipo concorsuale nuovo: che non era, si badi bene, una forma generale di partecipazione al reato, ma *una tipologia essa stessa di parte speciale*, applicabile solo all'art. 416-bis c.p., perché la sua stessa applicazione ad altri tipi di associazioni aveva comunque contenuti diversi.

5.4. Dopo le Sez.Un. Demitry, *le ulteriori Sez.Un. 30 ottobre 2002, Carnevale* (22) ribadiscono l'idea che i partecipi intranei sono tali se “accertati” dal sodalizio, non se imposti da valutazioni giudiziali (23), che il concorso esterno non è una “partecipazione nana” (24), non si applicandosi ad esso, dunque, l'art. 114 c.p., non potendo essere di minima importanza. Ma esse allargano l'area della responsabilità rispetto alla sentenza Demitry, escludendo che l'apporto debba avvenire in una fase di anormalità della vita dell'associazione (25). Ne risulta meno definito *il secondo termine del rapporto causale*, che è il vero *punctum dolens* di tutto l'istituto: la vita dell'associazione! Ma ne risulta meno definito *anche il rapporto causale in sé considerato*: infatti, anche se il processo a Corrado Carnevale si concluse con un'assoluzione dovuta fra l'altro alla mancata prova dell'avvenuto aggiustamento di processi, cioè dell'effettiva incidenza sulla decisione di condotte *ex ante* idonee a determinarla, nondimeno la definizione generale della causalità rilevante *ex art. 110 e 416-bis c.p.* utilizzata dalla S.C. rimane il medesimo concetto in realtà ancora ambiguamente prevalente sino all'inizio del XXI secolo nella giurisprudenza sul concorso esterno (26): un “contributo...idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione” (27). Una definizione compatibile con una mera idoneità causale *ex ante*.

5.5. Le successive Sez. Un. 12 luglio 2005, *Mannino* (28), affrontano in modo più chiaro e diretto questo punto centrale, innovando ancora rispetto alla sentenza Carnevale: innanzitutto esse



realizzano un'applicazione dei principi delle Sezioni Unite “Franzese” sulla causalità (29) al concorso di persone in generale (30), escludendo radicalmente che si possa accertare *ex ante* la rilevanza causale del contributo di concorso. Esse si preoccupano quindi di meglio definire il secondo termine del rapporto causale nel concorso esterno, l'evento della partecipazione, e lo precisano riferendosi a condotte che “abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle *capacità operative* dell'organizzazione criminale, essendone derivati *concreti vantaggi o utilità*” per l'associazione (31), ovvero che “abbiano inciso effettivamente e *significativamente*...sulla conservazione o sul *rafforzamento* delle *capacità operative* dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali” (32), escludendo altresì l'utilizzo “ausiliario” di contributi materiali inefficienti *ex post* come forme di “rafforzamento psichico” (33).

5.6. Senza potere analizzare in profondità questa evoluzione, possiamo dare atto che i grandi sforzi di tipizzazione lasciano ancora in ombra, nel 2005, *il secondo termine del rapporto causale del contributo* del concorrente esterno: se si pone una *c.s.q.n.* della sopravvivenza dell'associazione o del suo “rafforzamento” o di un risultato “utile” per le sue “capacità operative”, ognuno coglie come l'apporto possa, a seconda dei punti di vista, essere qualificato come agevolatorio o decisivo, o soltanto utile in riferimento a profili anche molto parziali della mera organizzazione dell'attività criminosa di un sodalizio. Non solo: se il secondo termine si allarga nel tempo, esso può diventare il punto di riferimento non più di singole e puntuali condotte di aiuto, ma di vari episodi ciascuno dei quali di per sé non rilevante. Annacquandosi così condotta ed evento in una forma partecipativa “mista” protrattasi nell'abitudine. È come aver introdotto una nuova figura (sic) “tipica” di parte speciale, che per l'appunto oscilla tra il paradigma causale e quello organizzatorio. La definitiva sentenza di Cassazione che conferma la condanna di Contrada nel 2007, ammette esplicitamente che vi è una “complessiva condotta antigiuridica” che “non può essere frazionata nelle sue complesse e continuative manifestazioni” di *reato unitario e permanente* (34).

5.7. La circostanza che qui *non si abbia a che fare con un evento puntuale nello spazio-tempo* (estorsione, omicidio, rapina commessi il giorno X nei confronti del soggetto Y), *ma con uno stillicidio di condotte disperse negli anni o nei decenni*, e che di per sé neppure devono costituire un reato autonomo, non può che conferire all'istituto un nucleo identitario problematico e inappagante di *fattispecie aperta*, superabile solo in prospettiva di *riforma legislativa* (35). Siamo infatti in presenza di “tipologie aggiunte” all'art. 416-bis c.p.: cioè fattispecie nuove, perché ogni figura partecipativa interna è un **titolo autonomo di reato**, come risaputo. Ma *questo* titolo autonomo è *estraneo* al 416-bis, dove ci sono tanti *altri* titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori), **essendo stata abbandonata dal codice Rocco, qui, in queste ipotesi di parte speciale, la “concezione unitaria” del concorso di persone ex art. 110 c.p.** Infatti, un “normale” concorso sarebbe un concorso nella partecipazione interna (titolo di reato cui si accede *quoad poenam*), mentre qui si partecipa dall'esterno alla *associazione*, che **non** è come tale un titolo di reato autonomo, ed è *escluso* da quelle previsioni. La funzione dell'istituto perciò è di creare un nuovo “titolo autonomo” di reato, che come tale non è di parte generale, ma di parte speciale, in quanto la regola di parte generale (art. 110 c.p.) è impiegata per l'invenzione giuridica di una tipologia comportamentale utilizzabile solo in questi reati associativi. Sarebbe come se una qualche nuova tipologia di istigazione fosse costruita ex art. 110 c.p. per allargare le sole forme di condotta del reato di istigazione a delinquere o di quello di atti di discriminazione razziale.

6. *Il principio della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto e della “conoscibilità della pena” a esso irrogabile.* — 6.1. Tra i principi di rilevanza costituzionale, da molto tempo e non da questa pronuncia riguardante l'Italia, dobbiamo annoverare, quale *corollario dell'art. 7 Cedu*, anche la *prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come un reato determinato*: tale diritto del cittadino va oltre la formulazione della legge, del suo *enunciato*. Esso tocca direttamente il *law in action*, il diritto giurisprudenziale nella sua dimensione di *Rechts-anwendung*. Dalla legge al diritto (reinterpretata la legge: *Rechts-auslegung*), dal diritto ai casi, al rapporto tra legge e casi. Questo diritto alla prevedibilità/conoscibilità della qualificazione giuridica della condotta e comunque del fatto, *supera totalmente il tema della precisione del testo*. Preciso o meno che esso sia, legittima o meno che sia una sua ri-lettura che lo renda

eventualmente più tassativo, ciò che importa è che questa rilettura sia prevedibile-conoscibile al tempo della condotta e dunque non operi retroattivamente *ex post facto*.

Non tutto ciò che appare nuovo era imprevedibile *ex ante*. Spesso anzi un buon consulente avrebbe potuto avvertire che un certo comportamento si muoveva in un'area penale, magari con alternative qualificazioni possibili. Questo margine d'incertezza è “normale” nella vita del diritto.

Il *problema vero* non sorge quando su una determinata fattispecie vi sia qualche dubbio di qualificazione, ma *quando essa possa ragionevolmente ritenersi estranea al penalmente rilevante e risulti invece incriminata ex post, oppure, se perseguita ex ante, lo sia in base a parametri indeterminati*.

Nel dubbio, la prevedibilità non è esclusa, ma soltanto la certezza. C'è dunque un problema di carente tassatività della legge, per come interpretata, qualora quell'incertezza sia patologica, permanga nel tempo e dia luogo a contrasti permanenti.

6.2. *Sino ad oggi* il difetto di tassatività dovuto a tali incertezze trovava soluzione (molto più teorica che pratica, invero) *ex art. 5 c.p.*, nella misura in cui si poteva scusare il singolo per la carente conoscibilità oggettiva, in realtà, della legge: un difetto di sistema veniva riconosciuto “scusando” il singolo soggetto.

*La giurisprudenza della Corte Edu, nel caso Del Rio Prada e nel caso Contrada, “rompe” con questa tradizione teorica e politica, anche se si esprime in termini di prevedibilità (36).*

Essa non si concentra neppure sulla mera qualificazione giuridica, sull'esistenza di un istituto, ma si indirizza direttamente alle conseguenze: era possibile conoscere le *conseguenze penali* di quegli atti? l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 416-bis c.p., sapendo di essere estranei al sodalizio criminoso? Questa (ritenuta) impossibilità oggettiva, impersonale (non puramente soggettiva) elimina ogni richiamo a cause di esclusione della colpevolezza per orientare la soluzione in termini di doveri dell'ordinamento.

7. (Segue). *Il difetto di tassatività come violazione di un diritto-dovere, non come “scusante” per il singolo. — 7.1.* Una delle ragioni di maggiore perplessità rispetto all'affermazione della scusabilità degli errori “inevitabili” sulla legge penale, introdotta con la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale era costituita dall'ipocrisia di “scusare” il cittadino per una “colpa” dello Stato. Non solo gli errori inescusabili erano rilevanti quando dipendevano da situazioni soggettive del singolo, da problemi di inesigibilità personale di conoscenza della legge in qualche determinato caso, ma anche se la legge era inconoscibile per difetti di ordinamento, il “trasgressore” veniva mandato a casa con una pacca sulla spalla: incolpevole, ma trasgressore. Lo Stato non è *fair*, ma ti scusa (37).

Nel primo caso (cause *soggettive* d'inesigibilità/inconoscibilità (38)) la “scusante” era del tutto adeguata a restituire il senso della non punibilità, o meglio della “non colpevolezza”. Nel secondo caso (cause *oggettive* d'inesigibilità/inconoscibilità) l'incolpevolezza più che essere personale era dovuta a difetti del sistema, a una colpa dello Stato, delle sue leggi o delle sue istituzioni.

7.2. È per queste situazioni che si può dire che venga in gioco un vero “diritto” del cittadino che risulta violato. Non è vero, infatti, che si è commesso un fatto previsto dalla legge come reato: ciò può essere vero per lo straniero che, entrato da poco in Italia, non conosca bene alcune sue discipline penalmente sanzionate. Nel caso qui ipotizzato si è commesso un fatto che *oggettivamente non era chiaro se fosse reato oppure no*. O meglio: un fatto che non era possibile oggettivamente qualificare come reato in modo affidabile per *carenza di informazione cognitiva* da parte del sistema *sulle stesse condotte punibili*. Il concorso esterno esisteva come tipologia di condotta, ma i suoi contorni non erano definiti e la sua stessa legittimità era *da anni* ancora *sub iudice*.

Questa situazione obiettiva, secondo la Corte Edu, era quella esistente al tempo delle *singole condotte* — giudizio di fatto — e viola un diritto del cittadino alla conoscibilità della materia del divieto e il dovere dello Stato di non punire retroattivamente quei comportamenti. Non è una situazione eccezionale, esterna al sistema e riconducibile al singolo, che renda per lui inesigibile l'osservanza o la conoscenza di una legge scontata. Non è una situazione personale.

7.3. Le “*vere scusanti*”, infatti, attengono a situazioni personali, codificate (per es. vizio di mente, costringimento psichico, erronea supposizione di una scriminante, ignoranza personalmente inevitabile della legge) o riconducibili a principi (per es. misura soggettiva della colpa, inesigibilità situazionale dell'osservanza di una regola adatta a un modello di agente o a una posizione di garanzia), che introducono *regole di giudizio* per chi ha *violato una regola di condotta* (39): ma *qui manca una statuizione della stessa regola di condotta*.

Perché *la regola di condotta* è ancora vuota, incerta, imprecisa, o peggio, ancora *in fieri*.

Sotto tali presupposti non va scusato il singolo, ma responsabilizzato lo Stato. Questo il senso “politico”, ma anche “giuridico”, della sentenza Contrada, sotto questo profilo.

8. *Prevedibilità vs. certezza e tipicità. Il giudizio di fatto sotteso alla decisione della Corte Edu e la sua ricognizione della tassatività del diritto interno.* — 8.1. Naturalmente la Corte Edu basa la sua decisione su una *valutazione di fatto*, come tale del tutto controvertibile e sottoponibile a verifica. Rileggiamo.

“74...la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry.

75. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione *non era sufficientemente chiaro e prevedibile* per quest'ultimo. Il ricorrente *non poteva dunque conoscere* nella fattispecie *la pena in cui incorreva* per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti”.

Si noti bene: Contrada era accusato di violazioni di segreti d'ufficio e di favoreggiamenti realizzati per favorire esponenti di Cosa Nostra e tali ‘fatti’ non sono oggetto di contestazione nel processo europeo. Essi (alcuni) costituivano comunque reato. La Corte Edu afferma dunque che: *a)* le controversie interne sulla figura del concorso esterno non rendevano “prevedibile” la qualificazione di quei fatti *ex art. 110 e 416-bis c.p.*; *b)* solo nel 1994 ciò sarebbe avvenuto.

8.2. Tale duplice giudizio di fatto è ovviamente *discutibile*. Sub *a)*: negli anni '80 era prevedibile la contestazione del concorso esterno da parte delle Procure per fatti analoghi. Non era invece prevedibile l'esito di un giudizio. Come anche oggi del resto.....Mancava dunque la certezza del diritto. E sub *b)*: la sentenza SS.UU. Demitry del 1994 non ha affatto chiuso la discussione sui confini del concorso esterno, ma anzi la sua portata ricognitiva dell'istituto è stata via via rivista e anche ampiamente “estesa” dalle successive SS.UU. Carnevale del 2002 e Mannino del 2005 (40).

A ragionare in termini di certezza, dunque, dovremmo forse attendere almeno le SS.UU. Mannino del 2005 per dire che c'è stato un riordino più equilibrato dell'istituto (41). Ma neppure la Corte Edu si è sentita di spingersi tanto in là...

Da questo piccolo osservatorio possiamo fin d'ora rilevare che innumerevoli sono le questioni rese più certe (non necessariamente con soluzioni tutte accoglibili) da una decisione delle Sezioni Unite, ma *in nessun caso tali decisioni hanno reso prevedibile la pena: semmai il contrario*. O l'hanno resa più certa, se decisioni estensive della punibilità, quando prima quella pena era solo prevedibile; oppure, se restrittive della punibilità, hanno escluso per il futuro la prevedibilità di una pena che prima esisteva.

8.3. La questione circa la definizione migliorativa dell'inquadramento giuridico è comunque *in parte di diritto*, attenendo alla tassatività di una previsione. Sotto questo profilo, la sentenza della Corte Edu nel caso *Contrada riguarda a nostro avviso una ricognizione della tassatività e della tipicità dell'istituto, non la semplice prevedibilità delle conseguenze di una condotta*, come subito andiamo a chiarire.

9. *Le precomprensioni sul 'caso' e le scelte razionali nella valutazione della sentenza europea su Bruno Contrada.* — 9.1. Diciamoci la verità. Chi pensa che Contrada abbia comunque “fatto” ciò di cui viene accusato in sentenze passate in giudicato (e magari oltre quelle sentenze), perché dovrebbe preoccuparsi di “riabilitarlo” con una revoca di sentenza che non lo riabiliterà? Magari non si sarebbe realmente potuto azzardare una partecipazione interna? (42) O voleva egli davvero solo aiutare alcune persone affiliate, per ragioni del tutto personali e non di fiancheggiamento del sodalizio criminoso? Ha “giocato sporco” il suo ruolo di uomo della Polizia, della Criminalpol e poi dei Servizi segreti, per meglio lucrare posizioni di conoscenza privilegiata, perseguendo disegni paralleli tipici di un “doppio Stato” (43)? Queste diverse “precomprensioni” della vicenda possono condizionare sicuramente l'interprete. Poiché il senso di questa discussione giuridica ci indirizza verso una soluzione ermeneutica collettiva, comune, verso il problema *giuridico* generale che la sentenza solleva, non mi parrebbe opportuno farsi condizionare da conoscenze “eccentriche” al tema giuridico. Ciò posto, ritengo che sia comunque corretto esplicitare le premesse, renderle palesi. Noi muoviamo dal presupposto che sia esclusa giuridicamente e storicamente una partecipazione interna e che il concorso esterno (nelle modalità specificamente rilevanti per questo processo) non rappresenti un grado di coinvolgimento sempre facilmente percepibile nelle sue differenze rispetto al favoreggiamento personale aggravato (44). Però gli atti attestano una disponibilità servita all'intera associazione, non solo ai singoli.

Ma qui subentra una seconda precomprensione. A qualcuno forse proprio non è gradito che si possa interferire nella “lotta alla mafia” con questioni che attengono a mere qualificazioni giuridiche. Non si ammette che la magistratura antimafia venga sindacata “da Strasburgo” per aver supplito all'assenza di definizioni legali di fenomeni emersi da anni, per aver sostituito e difeso uno Stato assente, negligente o colluso. Anche questo vero pregiudizio deve essere tenuto fuori dalle premesse implicite della nostra argomentazione: si sta discutendo di un vizio di legalità che non va dissimulato perché riguarda la lotta alla mafia, presentando una valenza paradigmatica per altri processi e altri reati costruiti in sede giudiziaria per diversi tipi di criminalità. Il *modesto impatto sul passato* nel caso di specie (45) è invece giusto che sia *bilanciato* con possibili grandi vantaggi derivanti da *più virtuose prassi future* in molti altri casi.

9.2. È oggi comprensibile a chiunque che l'incertezza dovuta a *contrasti sincronici di giurisprudenza* sia patologica e debba essere risolta istituzionalmente in tempi brevi, implementando il ruolo delle Sezioni Unite (v. infra). Infatti, *il perdurare di contrasti sincronici* è capace di produrre una sostanziale violazione della certezza del diritto, ma ancor più di ingenerare *una permanente decadenza della tassatività della legge*.

Un simile evento si verifica soprattutto *quando un nuovo istituto “di costruzione giurisprudenziale” è in corso di formazione*. In tal caso, quell'incertezza permanente produce automaticamente *un difetto di tipicità*.

È richiesto, si capisce, che l'istituto abbia, come nel nostro caso, un'evidente “base legale” (l'art. 110, e anche l'art. 416-bis, c.p.). Ma tale base non significa che la legge (di parte generale) abbia predeterminato gli elementi della fattispecie che si accresce dentro a quella di parte speciale.

È stato puntualmente osservato, a seguito di specifiche analisi storico-comparate, che anche nell'Ottocento italiano esistevano sentenze per fatti analoghi e che in altri sistemi si giunge a soluzioni corrispondenti senza ricorrere al concorso esterno (46). Ma altrettanto innegabile è la formazione *in progress* di una fattispecie.

Orbene, la grande durata e l'instabilità di questa *law in progress* a base giudiziaria non sono tollerabili. Vero che decisioni di condanna (come di assoluzione), in tale situazione, restano “prevedibili”. Però che cosa ce ne facciamo di questa prevedibilità nell'incertezza permanente? A che cosa serve se non a legittimare la perdurante violazione di doveri dello Stato?

E quale può essere la “sanzione” per tale vizio della legalità *in action*?

*La Corte Edu, mescolando un po' imprevedibilità, incertezza e carenza di tipicità* (espressione estranea al suo linguaggio, quest'ultima), ha applicato al diritto non tassativo e incerto la “sanzione” di quello imprevedibile perché nuovo e retroattivo. Ma questa sorta di *confusione semantica* è poi davvero censurabile?

A noi pare che *una lunga carenza di tassatività di un istituto in formazione meriti la sanzione del diritto imprevedibile*, proprio perché si tratta della costruzione ermeneutica di *nuovi istituti*. Il suo esito sociale, infatti, è quello di una violazione dei diritti *di ogni destinatario* dei precetti — sia anche un “delinquente diversamente qualificato” — di conoscere la legalità, e ciò per effetto di una perdurante violazione da parte delle istituzioni del dovere di definirne i contorni o il nucleo stesso. In questo senso, con le precisazioni (e differenti motivazioni) enunciate, ci pare di condividere pienamente il dispositivo della decisione della Corte Edu nel caso Contrada, la cui linea interpretativa abbiamo da tempo patrocinato e ritenuto doveroso introdurre nel sistema interno (47).

9.3. Il discorso è diverso nei *tempi brevi di un fisiologico contrasto interpretativo*.

La controversia dottrinale-giurisprudenziale in atto non rende imprevedibile una decisione: la rende incerta. È prevedibile che la decisione possa essere in un senso o in un altro, soprattutto quando alcune di diverso segno siano già state pronunciate, mentre non è sicuro di quale tenore essa possa essere. *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* (48). Basterebbe una controversia giuridica seria per indubbiare qualsiasi decisione su di essa.

Per queste ipotesi, onde impedire che si giunga alla situazione patologica del consolidarsi irrisolto della controversia, è giocoforza attivare il più frequente intervento delle Sezioni Unite in funzione nomofilattica, sia esso o meno formalmente vincolante (v. *infra*) per le Sezioni semplici: un vincolo che peraltro dovrebbe essere introdotto — come da tempo patrocinato in dottrina (49), e previsto anche da recenti progetti di riforma (50), uniformando la disciplina processualpenalistica a quella civile e amministrativa.

Solo un intollerabile protrarsi di una patologica incertezza ermeneutica dovrebbe condurre alla sanzione dell'obiettiva imprevedibilità ‘di sistema’ delle decisioni in una materia relativamente nuova: cioè al riconoscimento della violazione di diritti di conoscenza che comportino la disapplicazione retroattiva delle sentenze *in malam partem*. Sennonché questa ‘sanzione’, attualmente, può essere solo europea, e non nazionale. Ma non deve escludersi neppure la possibilità di un controllo da parte della Corte costituzionale in sede di giudizio di tassatività, non di irretroattività (§ seg.).

10. *La gestione degli “illeciti interpretativi” del passato e del futuro.* — 10.1. Chi scrive ha respirato anni di piena *libertà ermeneutica* nella magistratura. Era bello sentirsi liberi quando ci si percepiva comunque come soggetti alla legge. Non c'erano sanzioni, è vero, ma c'era *self-restraint* (in diritto penale, beninteso).

Poi è venuto il tempo in cui una parte dei giudici ha cominciato a leggere le fattispecie penali come “mezzi per uno scopo” (non: mezzi che hanno uno scopo), strumenti utili per raggiungere obiettivi politici anche *esterni alla loro tipicità*. Ermeneutica di lotta, vittimocentrica. Ed è

aumentata, insieme alla conoscenza del diritto giurisprudenziale, la consapevolezza dei contrasti sincronici e di prassi dirette a concepire le fattispecie come strutture aperte, a dare spazio a illeciti atipici come se fossero contratti innominati, da ricondurre a qualche figura legale già esistente. È cresciuta anche, ma per fortuna soprattutto presso alcuni studiosi a tempo pieno, una cultura ermeneutica di massima libertà insofferente delle regole: l'interpretazione non sarebbe suscettibile di discipline deontologiche vincolanti, il testo sarebbe una struttura aperta e il legislatore un mero proponente. “Non esistono fatti, ma solo interpretazioni” (51).

10.2. La sentenza Contrada della Corte Edu costruisce invece una figura d'illecito: *l'illecito dell'applicazione retroattiva di nuove regole non tassative*. Non è propriamente un illecito d'interpretazione, ma di gestione ermeneutica del passato e del presente in virtù di nuovi strumenti d'incriminazione (siano essi di parte generale o speciale) e in assenza di una precisa tipicità. Questo illecito, si noti, può strutturarsi su una base del tutto legale: la legge è indeterminata (per es. l'art. 110 c.p.) e ha bisogno, se la si utilizza in chiave innovativa, di essere resa tassativa per trovare applicazione a fatti pregressi. Ma nel concorso di persone ordinario ci sono secoli di ermeneutica alla base dell'istituto. Rispetto alle innovazioni, finché questa *tipizzazione interpretativa* (52) non sia raggiunta, l'innovazione incriminatrice resta problematica, e se retroattiva illegittima. *Non si tratta di una codificazione “europea” dell'istituto del prospective overruling*: la sentenza Contrada non dice che in presenza di un (qualunque) “nuovo precedente” (53), o “nuovo caso” (54) il quale modifichi le pregresse applicazioni contrarie, esso dovrà trovare applicazione solo per il futuro. La decisione si muove ancora, al riguardo, se non nel solco, comunque nella cornice delle tradizionali concezioni dichiarative dell'interpretazione innovativa: nuove interpretazioni possono avere applicazioni normalmente retroattive, se rispondono pur sempre a un “contenuto normativo” che rientri tra i significati possibili e prevedibili al tempo della condotta (55), pur cambiando giurisprudenza. Quando una nuova applicazione è prevedibile, anche se il caso è nuovo, non può essere sanzionata come retroattiva. E se il caso è già noto, ma riceve una soluzione opposta, la prevedibilità di tale soluzione assicura una gestione del passato ragionevole, salvo il limite dell'inevitabilità dell'errore di diritto. Occorre pertanto avere ben chiaro che non stiamo parlando (v. *retro*, § 4) di semplice applicazione di una fattispecie a “casi nuovi”, mai recepiti in precedenza, ma neppure esclusi dalla sua portata. Non si mette in discussione la “normale” evoluzione interpretativa che è anzi percepita dalla giurisprudenza della Corte europea, ma anche dalle Sezioni Unite italiane, come una “qualità” della legge per la sua capacità di adattamento ai mutamenti sociali (56). Certo rimane molto problematica la “gestione” della prevedibilità, che la stessa Corte Edu manipola a seconda delle diverse circostanze (57). Ma siamo in presenza di un classico corto circuito ermeneutico: *quis custodiet custodes?* Ci chiediamo se sia diversa la legittimazione della “gestione ermeneutica” della sufficiente determinatezza da parte della nostra Corte costituzionale, che ha “salvato” quasi tutto il salvabile di regole del tutto indeterminate, attraverso la porta di sicurezza della previa interpretazione tassativizzante.

10.3. Piuttosto, ci troviamo qui in presenza della enucleazione di *un fatto patologico*: una intera serie di tipologie comportamentali nuove viene fatta rientrare in una fattispecie di parte speciale attraverso una lettura del tutto innovativa di una regola indeterminata di parte generale (o grazie alla costruzione di un nuovo tipo di parte speciale). La portata della nuova regola (nuova “norma” dentro a vecchie “disposizioni”) non è ancora consolidata e genera incertezza semantica. Impregiudicata la legittimità della costruzione di tale istituto (inammissibile se analogico o direttamente creatore del nuovo), rimane il fatto che il perdurare annoso (anni di contrasto, lo si ricordi, anni di contrasto) di incertezza sul *contenuto reale* della nuova regola produce una imprevedibilità sostanziale del diritto, confusa con la sua incertezza sistemica. La teorica prevedibilità sfuma dentro all'incertezza permanente del tipo.

Questa situazione — dice in sostanza la Corte — lede un diritto obiettivo e viola il dovere statale alla predeterminazione del contenuto normativo della materia del divieto penale. *Essa equivale alla presenza di una norma penale che viola l'art. 25 cpv. Cost. per difetto di tipicità/tassatività*.

Per tale motivo la sentenza Contrada della Corte Edu *equivale a un giudizio di insufficiente*

*determinatezza/tipicità della norma prima del 1994*. Essa dovrebbe essere colpita, tanto più per i casi dove la pena è già stata espiata come nel caso Contrada, da effetti analoghi a quelli di un giudizio di illegittimità costituzionale, cioè *la revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p.*: vuoi applicando analogicamente tale disciplina, vuoi per effetto di intervento della Corte costituzionale o del legislatore. Non è un “minus” rispetto a un *revirement* giurisprudenziale *in bonam partem* (come invece nel caso giudicato da C. cost. n. 230/2012): è molto di più (58).

10.4. *Che cosa avrebbero dunque dovuto fare i giudici nel 1996 (prima sentenza del Tribunale di Palermo)?* Certo non esisteva allora un dovere consolidato di promuovere decisioni nomofilattiche delle Sezioni Unite (peraltro non attivabili dai giudici di merito...) e dunque non esistono “illeciti interpretativi” ascrivibili ai singoli. Il problema resta di sistema. Valutato *ex ante* il comportamento della magistratura non aveva allora i parametri ordinamentali e istituzionali odierni per apprezzare l'urgenza d'interventi nomofilattici superiori: valevano del resto le concezioni dichiarative delle interpretazioni innovative sopravvenute, anche *in peius*. E lo Stato si guardava bene dall'intervenire in Parlamento. Restava, in ipotesi, l'art. 5 c.p. come *scusante* non tanto soggettiva (la quale rimane e può operare nei suoi confini a fronte di regole pur sempre chiare), quanto ancheobiettiva, allorché il diritto incerto sia *in fieri*, in cerca di stabilizzazione, e non si possa pretendere che si interrompa la sua costruzione (là dove ammessa dall'art. 25 cpv. Cost.): sì che non resta che scusare i singoli, anche se solo temporaneamente, in vista di una certezza da raggiungere in modo tempestivo. Oggi, però, osservando *ex post* il perdurare annoso dell'incertezza definitoria del nucleo del concorso esterno, non possiamo continuare a non vedere o a dissimulare la *violazione obiettiva* del parametro della tipicità e della tassatività dei reati che è alla base del diritto alla conoscibilità della materia del divieto.

10.5. Ci chiediamo ora. Quanti casi Contrada abbiamo nel sistema? L'impressione è che non ce ne siano molti, se circoscriviamo la portata della decisione nei termini sopra tratteggiati. A parte tutti i fratelli, non sempre minori. Ma ci sono altre fattispecie coinvolte. Certo, nella parte speciale si sono costruiti nuovi “disastri” innominati (prima delle riforme, con l'autorizzazione della stessa Corte costituzionale!) (59), nuove corruzioni per la funzione (prima delle riforme), nuove omissioni di cautele antinfortunistiche in chiave preventiva di malattie professionali, anziché d'infortuni sul lavoro etc.: estensioni in bilico tra l'analogia e la costruzione diretta di nuove fattispecie. Ora che la sensibilità degli interpreti è stata sollecitata (oseremmo dire: “ri-educata”?) dalla giurisprudenza della Corte Edu, il suo insegnamento potrà orientare la gestione del passato, ma soprattutto del futuro.

10.6. La giurisprudenza europea, lo si segnala da tempo, *disinnesca il tema dell'analogia* (60). Un'esatta distinzione tra interpretazione estensiva e analogica — quasi una quadratura del cerchio per ogni interprete — è pragmaticamente sdrammatizzata dal fatto che conta di più la prevedibilità del nuovo diritto: ferma in linea di principio quella distinzione, essa diviene negli esiti meno importante, perché se prevedibile il *novum*, esso comunque potrà essere “dichiarato” in una decisione che si applica al passato. Altra questione è se sia illegittima o sbagliata l'interpretazione. Da lasciare alle soluzioni del diritto “nazionale”.

Però *il problema, a livello di diritto interno, rimane grave*. Noi non temiamo le analogie palesi, che quasi non esistono, ma quelle occulte. E ancor di più temiamo *la diretta costruzione di nuove fattispecie*. Se ce le annuncia il *Praetor* nel suo “editto” annuale che differenza fa, dato che neppure lui è vincolato, nel nostro ordinamento, alle proprie pronunce?

A ciò si aggiunga la *continua rilettura di vecchi istituti (e disposizioni) in chiave regolarmente estensiva della punibilità*.

11. *Corte Edu, Sezioni Unite, Corte costituzionale e Rule of law*. — 11.1. L'insegnamento della sentenza Contrada della Corte Edu è nel segno di una responsabilizzazione forte dei doveri dello Stato e delle sue istituzioni verso la garanzia di un diritto conoscibile *ex ante*. *La soluzione pratica più immediata rimane quella dell'incremento del ruolo delle Sezioni Unite della Corte di*

*Cassazione* in funzione preventiva del cronicizzarsi di conflitti sincronici e stabilizzatrice del diritto nuovo. Si tratta dunque di una soluzione istituzionale, che chi scrive, insieme ad alcuni studiosi rimasti in minoranza (61), da tempo ha indicato come imprescindibile, e capace come tale di introdurre regole prescrittive, deontologiche nelle prassi dell'ermeneutica, senza produrre intollerabili conformismi burocratici.

Ma il discorso tocca da vicino anche la *Corte costituzionale*: che ha gestito l'art. 25 cpv. Cost., in punto di tassatività/determinatezza, con una timidezza che ha ammansito anche i più celebri sostenitori del diritto penale a base costituzionale: tutto l'approccio costituzionalistico è rimasto indebolito da queste resistenze a sanzionare le promesse non mantenute (62) di quel principio. Se oggetto del sindacato è la 'norma' più che la 'disposizione', che si prenda sul serio l'esistenza patologica di contrasti sincronici permanenti che svuotano la tassatività della norma reale. Dobbiamo dunque salutare con favore la riviviscenza del principio, anche se attraverso percorsi indiretti (via irretroattività) che potevano essere benissimo seguiti in modo più lineare dalla Corte costituzionale sulla base del testo della Carta del 1948: perché dobbiamo attendere "sanzioni" da Strasburgo o da Lussemburgo per riscoprire i *nostri* principi? Perché non deve essere possibile eccepire la carenza di tassatività di una norma introdotta da nuove letture e permanentemente non consolidata dopo anni di conflitti? Solo perché il Parlamento è latitante? O esattamente per questo occorre un bilanciamento con soluzioni tipiche dello Stato di diritto, e non da Stato giudiziario?

La risposta *reale* al problema, però, a parte i doveri definitivi inadempiti dal Parlamento, rimane quella di un costume ermeneutico di *self-restraint* e di rispetto sostanziale della tassatività quale obiettivo "costituzionalmente orientato" dell'attività costruttiva, non meramente ricognitiva, dell'interprete (63): con le garanzie dei predetti controlli di Sezioni Unite e Corte costituzionale. Per quella del legislatore, anche la Corte Edu non offre e non può offrire indicazioni rilevanti: la sua declinazione della determinatezza è soprattutto concentrata sul diritto giurisprudenziale.

11.2. Come sappiamo bene, quando la criminalità organizzata e quella d'impresa riescono a infiltrarsi nelle istituzioni e in Parlamento, può accadere che certe riforme ritardino di decenni e che solo il diritto giurisprudenziale svolga un ruolo esso stesso di "contropotere". Questa patologia di sistema si misura su un piano distante e con forze superiori a quelle di qualsiasi studioso di cose penalistiche. Quando lo Stato non c'è, possiamo fingere che l'« ordine giuridico » resti quello di una legalità assente o sovranazionale: ma non siamo sicuri che tale ordine sia giuridico solo perché pronunciato in qualche sentenza. *Nella tutela del principio di tassatività* — che riguarda la riconoscibilità del contenuto della *norma* giuridica penale e delle sue conseguenze sanzionatorie tipiche, *dopo* l'interpretazione di una *disposizione* di legge —, *la declinazione della legalità europea si spinge oggi più avanti della Corte costituzionale* (64). Questa tutela disturba la libertà di manovra della magistratura ed è già stata ampiamente avversata da tale istituzione, che viene imputata di avere violato per alcuni anni la legalità penale, addirittura da Falcone in avanti. Essa farà di tutto per respingere quest'accusa, con argomenti solo in parte spendibili nella fattispecie (v. *retro*, i §§ 4, 5, 6 e 8), e già lo ha fatto, *contro Contrada*, nel procedimento per revisione instaurato a seguito della sentenza della Corte Edu (65), ma non potrà sottrarsi al dovere di prendere sul serio una giurisprudenza ventennale europea, progressivamente affermata *in bonam partem*, e di trovare dei rimedi anche al suo interno per il futuro.

11.3. La Corte Edu, che non gode di grandi consensi in Gran Bretagna, la quale minaccia di uscire dalla Convenzione, da quando ha imposto meccanismi premiali che consentano la riduzione dell'ergastolo a una pena temporalmente limitata durante l'esecuzione, è stata accusata di non rispettare abbastanza il *rule of Law* (66). Esso significa, da Platone e Aristotele a Cicerone, sino alla *Magna Charta libertatum* del 1215, alla Costituzione del Massachussets del 1780, alla nascita del Consiglio d'Europa nel 1949, che la legalità esprime un governo delle leggi (stabili) e non degli uomini (che cambiano). Non so quanto sia corretta questa critica, quando proviene dal Paese del *judge-made-law* (67), che pensa ancora che i diritti umani siano *made in the UK*. Infatti, sembra che proprio quando non si basa sul "consenso" (e sul governo degli uomini) ma su una "rule", la Corte Edu conosca opposizioni e censure. Anche se le *rules* mutano nel tempo. Certo è



peraltro che la sentenza sul caso Contrada si colloca nel segno dell'affermazione del diritto come *rule of law*, nel significato ora detto: proprio quando i giudici fanno il diritto, il loro diritto è sottoposto alla legge “dei diritti”. Che sia una Corte a dovere esplicitare questa legge superiore è inevitabile: senza leggi potrebbe esistere il diritto, ma senza tribunali no. Il *rule of law* può infatti nascere anche dentro a ordinamenti consuetudinari, ma prima o poi deve essere (ri-)scritto, come l'art. 416-bis c.p.

#### Note:

(1) Fra le prime letture, S. Civello Conigliaro, La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: prime osservazioni alla sentenza Contrada, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; O. Di Giovine, Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2015; D. Pulitanò, Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015; A. Esposito, Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2015, 1 ss.; F. Palazzo, La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061 ss.; Id., Legalità fra law in the books e law in action, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, 1 ss.; V. Maiello, Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno, in *Diritto penale e processo*, 2015 fasc. 8, 1019 ss.; G. Marino, 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; G. de Francesco, Brevi spunti sul caso Contrada, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; S. E. Giordano, Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia, in *Archivio penale (Rivista web)*, fasc. 2, 2015; E. Selvaggi, Osservazioni (alla sentenza Contrada), in *Cass. pen.*, 2014, 2865 ss.; M.T. Leacche, La sentenza della Corte Edu nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale, in *Cass. pen.*, 2015, 4611 ss.

(2) Sul punto, opportunamente, A. Esposito, Ritornare ai fatti, cit., 6 ss.

(3) V. la sua autobiografia giudiziaria: B. Contrada, L. Leviti, *La mia prigionia. Storia vera di un poliziotto a Palermo*, Marsilio, Venezia, 2012.

(4) Si trovano nei media e nelle pubblicazioni edite posizioni radicalmente contrapposte di forte virulenza e profondo convincimento. Il che lascia sempre perplesso, se non perfino scettico, il lettore estraneo alla partecipazione diretta al caso giudiziario.

(5) È stato ricordato (da G. Caselli, in *Il fatto quotidiano*, 15 aprile 2015) che anche vicende legislative sopravvenute ai fatti hanno reso necessari quegli interventi. In particolare, l'aggravante speciale dell'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che prevedendo l'ipotesi non di concorso dell'aver commesso un delitto (non punito con l'ergastolo) al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, introduce una forma che “toglie spazio al concorso esterno” e allo stesso favoreggiamento personale aggravato. V. infra sul punto, il § 2.1. Peraltro, questa possibilità, di finalità agevolativa non costituente concorso esterno, non nasce nel 1991, con questa aggravante. Essa era già “nelle cose”: solo l'agevolazione avvenuta può trasformare il “dolo specifico” dell'aggravante in concorso esterno. E dunque l'aggravante rende solo più palese una forma “non concorsuale” già esistente. V. A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Esi, Napoli, 2003, 273 ss., e da ultimo la recente ricostruzione critica di E. Reccia, *L'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991: una sintesi di “inafferrabilità del penalmente rilevante”*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2015.

(6) Corsivi aggiunti.

(7) Si è ricordato che proprio contemporaneamente alle SS.UU. Demitry, la Corte Suprema, nella coeva sentenza Graci (Cass., 1 settembre 1994, Graci, in *Cass. Pen.*, 19995, 359 ss.), ha ridefinito restrittivamente la figura del partecipe al sodalizio associativo mafioso (cfr. G. Marino, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu*, cit.): così la “riduzione” dell'area della partecipazione interna compensava una riconosciuta (anche se molto circoscritta, allora) “estensione” del concorso esterno. Tuttavia, da sempre, dall'inizio della giurisprudenza sul concorso esterno, il suo presupposto normativo insuperabile era l'inapplicabilità della partecipazione interna a un soggetto che non era riconosciuto intraneo dall'associazione e non si riteneva tale. Ampiamente, sui rapporti tra la sentenza Graci e la Demitry, C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003, 171 ss.

(8) Aggravante successiva ai fatti, dunque, e che ha contribuito a rendere più urgente la ridefinizione del quadro dei rapporti fra art. 110, 416-bis e partecipazione interna: una ridefinizione dei confini normativi tra le diverse figure (favoreggiatore personale, agevolatore occasionale del sodalizio, concorrente esterno, partecipe intraneo). Bruno Contrada, peraltro, non è mai stato considerato un mero agevolatore occasionale: di qui l'oscillare delle sentenze tra il paradigma causale dei singoli episodi e quello complessivo tipizzante del ruolo assunto da Contrada. Sul rapporto di apparente alternatività fra paradigma causale e organizzatorio è incentrata l'analisi di C. Visconti, *Contiguità alla mafia*, cit., cap. III (e 238 ss.), 309 ss., 483 ss. di vent'anni di giurisprudenza (al 2003). Non dissimile negli esiti, ma con maggior tasso ideologico di critica a legislatore e giurisprudenza, A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit. In entrambe le monografie, accanto alla descrizione scientifica di come il concorso esterno sia un istituto sostanzialmente a contenuto giurisprudenziale, la risposta ai problemi posti dalla sua costruzione ed applicazione viene trovata de lege...ferenda.

(9) Tra i quali vi sarebbe, fra l'altro, l'aver aiutato Totò Riina ad allontanarsi da un covo divenuto ormai insicuro (episodio di Villa Borgo Molara); di avere aiutato, in data 12.4.1984, Oliviero Tognoli a fuggire all'estero rivelandogli le misure cautelari in atti per reati di riciclaggio "mafioso", di avere aiutato il boss mafioso John Gambino ad allontanarsi dall'Italia (ottobre 1979) ai tempi del simulato sequestro del banchiere Michele Sindona dopo il delitto Ambrosoli, di aver favorito il rinnovo del porto d'armi di Alessandro Vanni Calvello, indagato per reati di associazione mafiosa, di esser intervenuto per censurare metodi violenti del funzionario della Squadra Mobile Renato Gentile nel corso di una perquisizione presso l'abitazione del latitante Salvatore Inzerillo in data 12.4.1980, di aver incontrato Antonino Salvo, indagato per l'omicidio del giudice Rocco Chinnici e per associazione mafiosa, in data 7.10.1983, i rapporti critici col dott. Boris Giuliano prima della sua uccisione (luglio 1979), i contrasti con i funzionari di Polizia Cassarà, Montano e Montalbano, il c.d. episodio degli incontri con la sig.ra Gilda Ziino vedova dell'ing. Roberto Parisi (vittima di mafia il 23.2.1985 alla quale Contrada, a poche ore dall'omicidio, avrebbe intimato di non parlare con nessuno di quanto sapeva sulla morte del marito) e altri fatti di minore rilevanza, ma contornati da una serie di diffidenze verso Contrada (a cominciare da Falcone e Borsellino) che fanno da cornice alla costruzione "tipologica" di un soggetto prima avvicinato e poi per condizionamenti incontrollati messi a disposizione di tutta l'associazione, ben al di là della rilevanza causale dei singoli episodi e per motivazioni estranee a specifici interessi personali. V. in particolare C. Cass., Sez. VI, 9-10 maggio 2007, Pres. Lattanzi, est. Paoloni. Ricordo che la requisitoria del Proc. Gen. F.M. Iacoviello nel 2012 al processo Dell'Utri processo di Cassazione che condusse, nel 2012, a un annullamento con rinvio alla Corte d'Appello di Palermo, eccepì che erano state contestate le fonti di prova, invece dei fatti, chiedendo un nuovo intervento delle Sezioni Unite di tipo processuale sulla legittimità di tale tipo di contestazioni. La si può rileggere in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2012, *Processo Dell'Utri*: la requisitoria del consigliere Iacoviello: il rischio di un processo senza imputazione per una fattispecie senza tipicità pare un tratto saliente di queste vicende giudiziarie.

(10) Per un'ampia illustrazione delle problematiche di questa specifica forma di contrasto, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino, 2014, 292 ss., 305 ss., 330 ss. (e già la 1<sup>a</sup> ed. del 1999).

(11) Dato che il suo contenuto è giurisprudenziale, ma la forma legale resta quella dell'applicazione di regole del codice penale, la cui ampiezza semantica rivela qui il tasso d'indeterminatezza proprio delle clausole generali. È però esatta la tesi del nuovo reato se si spiega come ciò è avvenuto: accrescendo titoli autonomi di reato, quali sono le singole figure dei reati associativi, e appiattendo così la logica pluralistica delle forme autonome di parte speciale (capo, organizzatore, partecipe etc.) sul modello unitario della disciplina di parte generale (art. 110 c.p.): senonché, come chiarito nel testo (infra, § 5.7.), con tale procedere si aumentano i titoli di reato di uno in più (il concorrente esterno), anziché operare "dentro" ai titoli esistenti, ma lo si spaccia per condotta assimilata al partecipe interno. La regola di parte generale serve per costruire un tipologia che si può applicare solo ad alcune fattispecie associative di parte speciale: e dunque serve a costruire una nuova figura di parte speciale.

(12) V. su tutto il commento critico di V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano, 2012, 138 ss. Una sintetica rassegna della giurisprudenza Edu sul tema in V. Manes, *Art. 7, VI, IX*, in *Commentario breve alla Convenzione*

europea dei diritti dell'uomo, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, Padova, 2012, 274 ss., 278 ss.; e in precedenza A. Bernardi, Art. 7, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Cedam, Padova, 2001, 249 ss., 259 ss.

(13) Grand Chamber, Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. C. Germania, 22.3.2001.

(14) V. sempre V. Valentini, Op.loc. ult. cit., dove si ricordava (nel 2012) che negli altri casi (Liivik c. Estonia 25.6.2009 e Dragotoni e Militaru-Pighorni c. Romania, 24.5.2007), la Corte Edu si era richiamata al principio di tassatività-determinatezza o al divieto di analogia per “sanzionare” giurisprudenze retroattive o non prevedibili. Successivamente, v. peraltro il caso giudicato Del Rio Prada c. Spagna del 2013.

(15) Per un commento a C. Edu, Grand Chamber, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. N. 42750/09, in Cass. pen., 2014, 683 ss., v. E. Profiti, La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari, *ivi.*; F. Mazzacuva, La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

(16) L'esperienza degli “elements of crimes” dello Statuto di Roma dimostra palesemente che si potrebbe costruire la parte generale con molte più definizioni tassativizzanti, certo rinunciando alla rotondità di quel bello scrivere i codici dell'Ottocento — perenne modello di drafting per molti nostri neo-legislatori —, che conferisce al giudice un potere all'evidenza assai ampio, e che egli molto spesso non vorrebbe neppure avere.

(17) La storia e l'evoluzione di questo paradigma eziologico in funzione “tipizzante” il concorso esterno è già stata narrata: C. Visconti, *Contiguità alla mafia*, cit., 126 ss. G. Fiandaca, C.

Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, II, 86 ss.;

*Id.*, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *Arch. Pen.*, 2012, 487 ss.; V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*.

*Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014. Essa comincia con la sentenza Arslan del 1985

(Cass., 24 aprile 1985, in Cass. pen., 1986, 822) e si consolida negli anni successivi: quando molti dei fatti ascritti a Contrada (dal 1979 al 1988) erano già ampiamente stati posti in essere: e alcuni di essi precedevano lo stesso art. 416-bis, nato a metà 1982.

(18) Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in Cass. pen. 1995, 842 ss.

(19) Certo, a Palermo, dopo anni di una sia pur contestata applicazione...la possibilità (anche se non la certezza) della qualificazione doveva apparire un fatto scontato a un dirigente della Polizia.

È sostanzialmente ciò che obietta ora la C. Appello Caltanissetta, 18 novembre 2015, dep. 17 marzo 2016, p. 16 ss. (ora pubblicata anche in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2016 e qui la nota critica di F. Viganò, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*), nell'ultimo ricorso per revisione presentato dalla difesa di Bruno Contrada, così rigettando nel merito anche l'ultimo profilo di revisione incentrato appunto sulla sentenza della Corte Edu del 2015. La Corte d'App. di Caltanissetta evidenzia come il concorso esterno fosse un istituto noto al funzionario della Squadra Mobile di Palermo, che “riceveva direttive da parte delle stesse autorità giudiziarie”, ciò che rendeva prevedibile per Contrada la qualificazione dei fatti almeno dal 1987, cioè dalla sentenza Corte d'Assise di Palermo 17.12.1987 a carico di Abbate e altri, o da C. Cass. n. 3492 del 13.6.1987 (*ivi*, p. 17). Però con queste osservazioni ad personam essa rimane nel quadro di una valutazione soggettiva della prevedibilità, che è quella che la Corte Edu ha chiaramente rigettato, come chiarito nel testo.

D'altro canto, i fatti ascritti a Contrada spaziavano dal 1978 al 1988 e la sentenza Abbate (primo maxiprocesso contro Cosa nostra) è proprio del dicembre 1987.....confermata in Cassazione il 30 gennaio 1992, sì da non rappresentare, neppure sul piano soggettivo, un valido elemento di responsabilità. Da questo punto di vista va considerata la tesi che sostiene che un possibile errore inevitabile nella conoscenza della legge penale non potrebbe essere “decentemente” eccepito da chi abbia rivelato a esponenti della “Commissione provinciale di Palermo” di Cosa nostra notizie riservate riguardanti indagini di polizia, così contribuendo all'attività e agli scopi dell'associazione criminosa. Così D. Pulitanò, *Paradossi della legalità*, cit., 9. Però, come detto nel testo, non ci pare questo il punto. Il fatto è che l'art. 5 c.p. è una scusante che dovrebbe rimanere soggettiva, non oggettiva: inaccettabile appare piuttosto “scusare” qualcuno per un vizio del sistema penale nella costruzione delle figure di reato. La scusante è obiettivamente fuori luogo. Questo è il nucleo della sentenza europea (v. *amplius infra*, § 7). Altro discorso riguarda la richiesta revisione (art. 630

c.p.p.) come istituto adeguato al caso. Infatti, allo stato manca una disciplina di casi come questo dove la pena illegittima per assenza di una fattispecie penale validamente tassativa/prevedibile ex ante è già stata integralmente scontata (v. infra, § 5.2) e dove non ha senso una nuova valutazione dei fatti e una riapertura del processo, come previsto invece dall'ipotesi prevista a seguito dell'intervento di C. cost. 7 aprile 2011, n. 113. V. sul tema G. Grasso, F. Giuffrida, L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale, in *Dir. pen. cont.*, 2015, spec. 42 ss. sul caso Contrada. Più adeguata parrebbe in realtà un'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p. (o in base a una disciplina nuova integrativa) con revoca della sentenza emanata sulla base di una norma illegittima (infra, § 10.3).

(20) La precisazione non è oziosa. Le Sez. Un. Demitry sembrano circoscrivere il concorso esterno soprattutto a tali ipotesi di intervento salvifico nei momenti di difficoltà della vita dell'associazione, anche non sono veramente assolute in questa delimitazione: "lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita dell'associazione o, quanto meno, non lo spazio della "normalità", occupabile da uno degli associati": Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, cit. 856.

(21) Op. loc. ult. cit.

(22) In *Cass. pen.*, 2003, 3276 ss.

(23) Ivi, 3290.

(24) Ivi, 3297.

(25) Ivi, 3296.

(26) Per questo giudizio v. in senso conforme C. Visconti, *Contiguità alla mafia*, cit., 249 s.

(27) Sez. Un. Carnevale, op. cit., 3296.

(28) In *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss., 3749 ss.

(29) *Cass.*, Sez. Un., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, 601 ss.

(30) Sez. Un. Mannino, cit., 3751 s.

(31) Ivi, 3754.

(32) *Ibidem*.

(33) Ivi, 3754. Non stiamo a sottolineare come si tratti di applicazioni rigorose e meritorie dei paradigmi eziologici al concorso di persone, secondo un indirizzo che da tempo era propugnato dalla migliore dottrina. Altra questione (v. nel testo) è che tale operazione sia veramente risolutiva di tutti i problemi, e segnatamente di quelli del concorso esterno.

(34) C. Cass., Sez. VI, 9-10 maggio 2007, cit., p. 34. Anche la Corte costituzionale, nella recente sentenza 25 febbraio 2015, n. 48, nel dichiarare l'illegittimità della presunzione di pericolosità prevista dall'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. nella parte in cui estende al concorrente esterno la presunzione di adeguatezza della sola misura custodiale carceraria prevista per il partecipe intraneo nel delitto di cui all'art. 416-bis, si appoggia totalmente alla giurisprudenza consolidata che oscilla nel definire questa figura tra causalità, tipicità autonoma e contributo all'organizzazione; nello stesso tempo ammette che una presunzione prevista per il 416-bis si dovrebbe estendere automaticamente alle figure ad esso estranee dei concorrenti atipici ed esterni ex art. 110 c.p.: col che dimostra che queste figure sono di parte speciale, e solo surrettiziamente di parte generale, come di seguito chiarito nel testo. Se fosse un delitto tentato (titolo autonomo di reato) la norma processuale (art. 275, comma 3, c.p.p.) dovrebbe prevederlo espressamente. Se si tratta di un partecipe esterno, invece, ciò non avviene. Ma poiché il partecipe esterno non è un partecipe interno, e l'art. 110 c.p. realizza un concorso non nella partecipazione interna (altro titolo autonomo), ma nell'associazione in generale (che non è un titolo autonomo di reato, esistendo solo partecipi, capi, promotori etc.), è evidente che siamo in presenza di una forma di partecipazione di parte speciale nuova, equiparata a quella interna quoad poenam. Se fosse un delitto tentato (titolo autonomo di reato), la norma processuale (art. 275, comma 3, c.p.p.) dovrebbe prevederlo espressamente. Se si tratta di un partecipe esterno, invece, ciò non avviene. Ma poiché il partecipe esterno non è un partecipe interno, e l'art. 110 c.p. realizza un concorso non nella partecipazione interna (altro titolo autonomo), ma nell'associazione in generale (che non è un titolo autonomo di reato, esistendo solo partecipi, capi, organizzatori etc.), è evidente che siamo in presenza di una forma di partecipazione di parte speciale nuova, equiparata a quella interna quoad poenam.

(35) Ricordo in particolare le proposte, incentrate su condotte anticipate di produzione di vantaggi indebiti, finanziamenti, elusioni d'indagini, informazioni riservate etc. da parte di soggetti inseriti nella pubblica amministrazione o nello Stato, ovvero con abuso di posizioni connessi ad attività

private, economiche etc., e finalizzate all'agevolazione delle associazioni criminose, in cambio o meno di vantaggi propri o di terzi indebiti. Condotte eventualmente solo aggravate dal raggiungimento degli scopi perseguiti. V. in vario senso, ma sempre perseguendo un'anticipazione della tutela (anche sulla base di modelli stranieri attuali o di legislazioni antiterrorismo) senza attendere la verifica causale dell'incidenza dei contributi su eventi improbabili come la vita o la sussistenza dell'associazione, C. Visconti, *Contiguità alla mafia*, cit., 494; V. Patalano, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia*. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti, in *Riv. pen.*, 2004, 927 ss.; G. Fiandaca, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Aa.Vv.Scenari di mafia*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Giappichelli, Torino, 2010, 211; V. Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, ibidem, 172 s., e qui (167 ss.) un'impetosa analisi della successiva "gestione" giurisprudenziale dei principi statuiti dalle Sez. Un. Mannino; G. Insolera, in *Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2012, 281 ss., spec. 289 ss. Nel senso dell'affiancamento a forme tipizzate di concorso esterno, di una clausola generale agevolatoria, G. de Vero, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1327 ss. Ricordo altresì che un'acquisizione rilevante delle Sez. Un. Mannino (Cass. pen., 2005, cit., 3753), è che "neppure un'ampia e diffusa frammentazione legislativa in autonome e tipiche fattispecie criminose dei vari casi di contiguità mafiosa (com'è avvenuto ad esempio sul terreno del distinto fenomeno terroristico, mediante l'introduzione delle nuove figure del "finanziamento" di associazioni con finalità di terrorismo — art. 270-bis, comma 1, c.p., ins. all'art. 1, comma 1, d.l. n. 374 del 2001 conv. In l. n. 438 del 2001 —, ovvero dell'"arruolamento" e "addestramento" di persone per il compimento di attività con finalità di terrorismo anche internazionale — artt. 270-quater e 270-quinquies c.p., ins. Dall'art. 15, comma 1, d.l. n. 144 del 2005 conv. In l. n. 155 del 2005) — sarebbe comunque in grado di paralizzare l'espansione operativa della clausola generale di estensione della responsabilità per i contributi atipici ed esterni diversi da quelli analiticamente elencati, secondo il modello dettato dall'art. 110 c.p. sul concorso di persone nel reato" (corsivi aggiunti).

(36) Sulla legalità come prevedibilità nella giurisprudenza della Corte Edu, e dunque nell'art. 7 Cedu, le sentenze *Del Rio Prada* e *Conrada* offrono dunque materiali che vanno oltre quelli analizzati da vari contributi editi: cfr. in generale ora l'ampio studio di F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in corso di pubblicazione in questa Rivista. In precedenza, A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile"*. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali, Giappichelli, Torino, 2008, 325 ss.; V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 98 ss., 105 ss., 136 ss.; O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo*, cit., 8 ss.; M. Faure, M. Goodwin, F. Weber, *The regulator's dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the lex certa principle*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 2014 (24 *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 283), spec. 308 ss., e 348 ss. sul prospective overruling; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, 53 ss. Rispetto a tutti questi interventi osserviamo che solo indirettamente si può parlare di prevedibilità della decisione: solo in un sistema di veri precedents, si può ambire a fare coincidere la prevedibilità della decisione con la preesistenza di casi-regola individualizzati su fatti quasi uguali al caso deciso. Chi ha esperienza di processi sa che solo la conoscenza del giudice come persona fisica offre qualche prevedibilità della decisione, che dipende da troppe variabili, anche individuali, nei casi appena suscettibili di pluralismo ermeneutico (a parte le questioni di fatto, si capisce). Esiste invece un principio di prevedibilità del diritto, delle soluzioni giuridicamente possibili.

(37) Per una critica radicale a quest'aspetto della scusabilità degli errori sulla legge penale, che perpetua il fallimento dei principi di ultima ratio e di tassatività, autorizzando il profluvio dell'inflazione penalistica, L. Ferrajoli, *Quattro proposte di riforma delle pene*, in G. Borré/G. Palombarini, a cura di, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1998, 50; Id., *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in P. Costa/D. Zolo, a cura di, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, 364. V. altresì L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in questa Rivista, 1988, 1313 ss., 1347 ss.; G.A. De Francesco, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in questa Rivista, 1996, 32 ss., 48 ss., 50, 55, 66 ss.

(38) Cause “soggettive” anche se normativizzate in regole di giudizio: per es. il vizio di mente, le patologie che lo producono, l'intossicazione cronica, la minore età che è presunta, etc.).

(39) Sulla differenza si consenta di rinviare, anche per il necessario inquadramento teorico generale e comparato, a M. Donini, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato, in questa Rivista, 2016, § 7, con altri richiami.

(40) Rilievi analoghi si trovano presso vari commenti già pubblicati e relativi alla sentenza Contrada della Corte Edu.

(41) Senza dilungarci, non possiamo sottacere, alla luce di quanto esposto al § 5 retro, alcune differenze rimarchevoli fra le tre Sezioni Unite, tutte successive ai fatti ascritti a Contrada, che aggravano l'impressione di carenza di tassatività/tipicità di una fattispecie in progress: mentre le SS.UU. Demitry avevano fortemente circoscritto, nel 1994, il concorso esterno, ai contributi in una fase patologica della vita dell'associazione, e le SS.UU. Carnevale oscillavano ancora tra un contributo di pericolo o di danno, sia pur collegato a conseguenze sulla vita dell'associazione, le SS.UU. Mannino accentuano l'accertamento ex post del paradigma causale (di “parte generale”, concorsuale), ma nello stesso tempo mantengono la inevitabile ampiezza del secondo termine del rapporto causale esteso a tutta la vita e l'organizzazione dell'associazione. A questo punto si è adattato il paradigma causale di parte generale alla fattispecie, nell'arco di un 18 anni, ma ancora non si è deciso se possa alternativamente rilevare una singola condotta di aiuto o un insieme di condotte cumulativamente considerate. Questa seconda opzione, in realtà, lascia aperta la convivenza del paradigma causale con quello organizzatorio o ancorato alla sola tipizzazione di una forma concorsuale nuova: sei concorrente esterno se contribuisce per anni con condotte ciascuna delle quali non è necessario che sia significativa per la vita dell'associazione, ma la messa a disposizione pluriennale rende la tua azione obiettivamente rilevante. Questa forma implicita è del tutto nuova, ed è una forma di parte speciale e non più l'applicazione di un ordinario criterio di concorso all'art. 416-bis c.p.

(42) La letteratura sul tema offre le più tipiche tesi complottiste, che riannodano la vicenda Contrada alle stragi di Capaci e di via d'Amelio contro Falcone e Borsellino, e prima ancora a quella tentata dell'Addaura (contro G. Falcone, C. Del Ponte, C. Lehmann etc.). Cfr. per es. L. Tescaroli, *Perché fu ucciso Giovanni Falcone*, Rubbettino, 2001, 52 ss., 79 ss. Sui limiti di un impegno antimafia del magistrato che si allarghi a manifestazioni pubbliche di conoscenza dei fatti acquisita attraverso la partecipazione ad atti processuali, v. le considerazioni di G. Fiandaca, *Lo sguardo del giurista*, in G. Fiandaca, S. Lupo, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, Roma-Bari, 2014, spec. 129 ss.

(43) L'idea del doppio Stato, o Stato parallelo (oltre le teorizzazioni di E. Fraenkel, *The Dual State*, 1941, poi in ed. tedesca *Der Doppelstaat*, Frankfurt a.M., 1974, e di qui la trad. it. *Il doppio Stato*. Contributo alla teoria della dittatura, Einaudi, Torino, 1983, con introduzione di N. Bobbio; Fraenkel applicò quell'« etichetta » allo Stato nazista, che aveva bisogno di conservare uno stato legale e di diritto accanto a quello d'eccezione, d'assedio e discrezionale — la vera anima dello Stato nazista —, per ragioni di mantenimento di un ordine tranquillizzante per l'economia capitalistica. Cfr. sul tema F. de Felice, *Doppia lealtà e doppio Stato*, in *Studi Storici*, 1989, 493 ss., 525 ss.; e amplius la monografia penalistica di P. Troncione, *Controllo penale e teoria del doppio Stato*, Esi, Napoli, 2006, spec. 24 ss.), al di là delle sue fortune giornalistiche, ha un senso quando dietro un uomo che opera secondo logiche non legali, dentro o accanto a quelle istituzionali, ci sia un qualche apparato o gruppo. Una doppia legalità, un doppio regime, uno svuotamento della legalità mediante logiche normative, amministrative e politiche occulte o parallele: dal potere mafioso (compresi eventuali patti Stato-mafia) al diritto del nemico, dallo Stato dei Tribunali speciali a quello dei servizi segreti: molti arcana imperii ci potrebbero rientrare. Nel caso di Contrada, a quanto emerge dal dibattito sulla vicenda, questo secondo apparato (salvo farlo coincidere con la mafia come ordinamento giuridico parallelo, al quale per sentenza Contrada rimane formalmente estraneo) è ben lungi dall'essere mai veramente emerso. Se ne è parlato, fantomaticamente, in relazione a quelle testimonianze mai verificate di chi avrebbe visto Contrada sul luogo dell'omicidio di Paolo Borsellino, in via Amelio, subito dopo l'attentato, quasi ad attestare la presenza nella strage di mafia dell'operato occulto dei Servizi.

(44) Aggravato beninteso non solo dal comma 2 dell'art. 378 (416-bis come reato-presupposto), ma dall'art. 7 d.l. 152 del 1991 (non contestabile nel processo), cioè dalla finalità di agevolare

l'attività delle associazioni in oggetto, per i fatti commessi sotto la sua vigenza: sul presupposto che l'agevolazione in parte sia rimasta a livello di singole persone favorite e non abbia concretamente e significativamente toccato l'attività dell'associazione.

(45) A parte Contrada, che ha già scontato la pena, sovviene in particolare la possibile incidenza della sentenza europea sul caso Dell'Utri, condannato e in esecuzione per fatti di concorso esterno commessi tra il 1978 e il 1982 per una imputazione e tra il 1983 e il 1992 per un'altra imputazione (C. App. Palermo 25 marzo 2013, confermata da Cass., Sez. I, 9 maggio 2014, n. 28225/14, e sul punto la scheda-commento di A. Bell in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2014). Anche nel caso di Dell'Utri risulta che sia stato presentato ricorso in revisione o in incidente di esecuzione, dopo la sentenza della Corte Edu riguardante Contrada, e che tal ricorso sia stato respinto dalla competente Corte d'appello.

(46) C. Visconti, Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile", in AA.VV. *Scenari di mafia*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Giappichelli, Torino, 2010, 189 ss.

(47) M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, cap. II di *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, 63 ss., spec. 87 ss. e 92-102, e in precedenza *Id.*, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1165-1181.

(48) In termini anche F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 9.

(49) A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 318 ss. (ed. 1999); S. Riondato, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Aa.Vv.*, *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, Padova, 2000, 239 ss. (estratto); M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale*, cit., 1165-1181; G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss., 1736 s. V. pure le nuove posizioni assunte da Cadoppi nella 2ª ed. 2014 cit., spec. 330 ss.; M. Vogliotti, *Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité, du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Rev. Fac. de Droit, Univ. libre de Bruxelles*, 2002, 59 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 153 s.; *Id.*, *Disposizione e norma*, cit., 92-99.

(50) Ci si riferisce al ddl n. 2067 presentato dal Governo (Min. Orlando, Alfano, Padoan), approvato alla Camera il 23 settembre 2015, recante diverse "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi, nonché all'ordinamento penitenziario", il quale prevede una modifica dell'art. 618 c.p.p. con l'introduzione di una regola analoga a quella degli artt. 374 c.p.c. e 99 d. lgs. n. 104 del 2010, rispettivamente sui rapporti tra sezioni semplici della Corte Suprema e sentenze delle Sezioni Unite civili (art. 374 c.p.c.) e tra sezioni del Consiglio di Stato e decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (art. 99, co. 3, d. lgs. n. 104/2010).

(51) Per un commento critico a questi trends si consenta di rinviare al nostro *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., 72-77.

(52) È l'espressione indicativa di quell'attività ermeneutica necessaria, che abbiamo da sempre valorizzato in rapporto alla problematica tipicità del concorso di persone. Cfr. M. Donini, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in questa *Rivista*, 1984, 175-179. Sull'alternativa fra paradigma causale e tipizzazione di forme di partecipazione come quintessenza del problema del concorso di persone cfr. ancora *Id.*, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. De Maglie, S. Seminara, Giuffrè, Milano, 2002, 139-161, spec. § 7.

(53) Usiamo qui il termine precedente in un'accezione generica, di caso giudicato in precedenza, suscettibile di nuova e doverosa applicazione. Per una precisa ridefinizione semantica del precedente v. M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quad. fiorentini*, 2015, 67 ss. (il titolo non induca in errore: lo scritto è un inno — non condiviso da chi scrive, sotto questo profilo — alla totale preminenza del giudice sulla legge).

(54) Per l'opportuna distinzione tra i nuovi casi riconducibili al paradigma comunque dell'applicazione delle regole (disposizioni e norme) già esistenti, e nuove norme espressione della produzione immediata di una nuova norma che di fatto cambia la disposizione, cfr. M. Donini, *Disposizione e norma*, cit., spec. 80 ss., e *amplius*, ora, *Id.*, *La costruzione dell'illecito*

interpretativo, tra Corte Edu e giurisprudenza nazionale, in corso di pubblicazione in Atti del Convegno di Parma 9-10 ottobre 2015, su Cassazione e legalità penale.

(55) La Corte Edu non segue vere concezioni dichiarative dell'interpretazione, perché l'interprete riempie di contenuto la disposizione. Però se quest'attività è prevedibile, non ci sarebbe "pregiudizio" per il destinatario e dunque il suo trattamento da parte del giudice europeo "equivale" a quello da sempre praticato dai Tribunali di civil law rispetto alle nuove interpretazioni: non cambiando il testo di legge, la sua nuova lettura vale ab origine come se fosse autentica.

(56) Per tutte: Corte EDU, Grand Chamber, 17 settembre 2009, Scoppola v. Italy, spec. §§ 91-118, ora in Cass. pen., 2011, 26 ss. V. sul punto M. Gambardella, Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole, ibidem, 2010, 2020 ss.; Cass., SS.UU., 21 gennaio 2010, 31 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, §§ 6-11 (in diritto), in Cass. pen., 2011, 17 ss., con nota di R. Russo (ivi, 26 ss.).

(57) Lo ricorda opportunamente O. Di Giovine, Antiformalismo interpretativo, cit., 9, in relazione al ben diverso atteggiamento della Corte (C. Edu, SW c. Inghilterra del 1995) in rapporto alla "nuova" incriminazione giurisprudenziale della marital rape. Però nella sostanza l'A. elabora una serie di obiezioni tutte apoditticamente orientate a non volere "prendere sul serio" il tema della prevedibilità delle decisioni e la responsabilizzazione del sistema (e del giudice) rispetto ai contrasti sincronici permanenti di giurisprudenza, la cui libertà ermeneutica rimarrebbe immune da ogni responsabilità concreta.

(58) L'inquadramento è controvertibile e non ne facciamo oggetto di una specifica analisi. Certo la revisione è del tutto estranea alla nostra tipologia di effetti della sentenza Edu per questo caso. In senso conforme, comunque (revoca della sentenza), e criticamente orientato rispetto alla citata sentenza della C. App. Caltanissetta nel caso Contrada, F. Viganò, Il caso Contrada, cit. Sui rimedi tipici in executivis delle sentenze della Corte Edu in materia penale cfr. G. Lattanzi, Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte Edu in materia penale, in Cass. pen., 2014, 3192 ss.; G. Grasso, F. Giuffrida, L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea cit. spec. 42 ss. sul caso Contrada. Ampia ricostruzione, da ultimo, in G. Canzio, La giurisdizione e l'esecuzione della pena, in Dir. pen. cont., 26 aprile 2016, che si è potuto consultare, come il sopra citato lavoro di Viganò, quando il presente scritto era ormai ultimato.

(59) Per l'applicabilità dei principi della "Contrada" al caso Eternit (alla gestione ermeneutica del disastro innominato) v. ora D. Castronuovo, Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale doloso, in Casi di diritto penale dell'economia, II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Thyssenkrupp), a cura di L. Foffani e D. Castronuovo, Il Mulino, Bologna, 2015, 142. Certo anche qui rileva la prevedibilità dell'applicazione in base alla Corte costituzionale n. 327/2008 che "autorizzò" la costruzione ermeneutica del disastro ambientale innominato. Ma noi pensiamo che la Corte non abbia fatto, con quella sentenza che voleva colmare le lacune della perdurante assenza dello Stato (del Parlamento) in questa materia, buon governo del principio di tassatività, di quello di riserva di legge e del divieto di analogia. L'art. 434 c.p. doveva essere dichiarato costituzionalmente illegittimo in parte qua.

(60) V. Valentini, Diritto penale intertemporale, cit., 105 ss., 137.

(61) Primo fra tutti A. Cadoppi, Il valore del precedente, cit., dalla prima edizione del 1999.

(62) S. Moccia, La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Esi, Napoli, 2001. Il libro di Moccia, peraltro, è rivolto soprattutto alla determinatezza legale, come soluzione del problema della tassatività dell'ermeneutica giudiziale. Su questa linea interpretativa, in relazione al concorso esterno, cfr. V. Maiello, Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge, cit.; A. Cavaliere, Il concorso eventuale nel reato associativo, cit., 335 ss. In questo senso, la "cultura" della giurisprudenza europea non rispecchia quella dei garantisti della sola legalità parlamentare. Il diritto, ci dice la Corte Edu, è sia legge e sia applicazione giudiziale. Esattamente per questo esistono vincoli deontologici per l'interprete e per l'estensione delle garanzie al diritto giurisprudenziale, che ne era libero solo quando poteva fingere di essere la bouche de la loi, logico e avalutativo. Ma questo mito appartiene alla nostra infanzia. Però i garantisti della legalità parlamentare non hanno perso la partita: l'ha persa comunque lo Stato, perché la sola costruzione giudiziale non ha retto alla prova dei fatti e continua ad avere necessità dell'intervento legislativo, come chiarito nel testo (§ 5).



(63) Cfr. F. Palazzo, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit.

(64) La Corte costituzionale, con la sentenza C. cost., 8 ottobre 2012, n. 230, ha dimostrato di saper tutelare la divisione dei poteri — ciò che doveva essere fatto nel caso giudicato — di fronte alle spinte della giurisprudenza-fonte, senza peraltro volersi aggiornare culturalmente al diritto come disposizione e norma, che pure fa parte della sua quotidiana epistemologia (diritto vivente, la norma reale come oggetto di legittimità, sentenze interpretative, rinvio costante all'interpretazione conforme compiuta dalla magistratura ordinaria etc.): il diritto giurisprudenziale deve essere oggetto di attenti vincoli di garanzia anche sul piano della successione di leggi, oltre che della tassatività, con possibili sanzioni giuridiche che sono ad un tempo il rispetto dei diritti del cittadino e dei doveri dello Stato. È venuto il tempo che la Corte superi la doppia morale di una divisione dei poteri che vale sempre a favore della magistratura, purché sia molto libera e poco responsabilizzata, per non esser considerata 'fonte' neppure quando lo è in modo conclamato. La successiva rivisitazione dei rapporti tra Corti è tratteggiata oggi dall'importante sentenza C. cost. 14 gennaio 2015, n. 49. L'affermazione contenuta nel testo non riguarda un giudizio sui rapporti tra Corti esteso a tutta la legalità, ma concerne il principio di sufficiente determinatezza e di tassatività (qui inteso come endiadi, ma declinato tra disposizione e norma).

(65) V. sulla non divisibile decisione della Corte d'Appello di Caltanissetta nel rigetto del ricorso in revisione di Contrada, quanto osservato ante, nota 19.

(66) E. Walton, *Preserving the European Convention on human rights: why the UK's threat to leave the Convention could save it*, in *Capital University Law Review*, Fall 2014 (42 Cap. U.L. Rev. 977), spec. 986 ss. L'accusa alla Corte Edu di fondarsi sul "consenso", piuttosto che sul rule of law, trae spunto recente dal caso *Vinter v. UK* (Grand Chamber, 9 luglio 2013, ric. n. 66069/09, 130/10, 3896/10), di potenziale rimessione in libertà di plurirecidenti omicidi per effetto del "principio" di meccanismi premiali in caso di ergastolo: "Whether you agree with the holding of the Grand Chamber in *Vinter v. United Kingdom* that Article 3 of the European Convention on Human Rights (Convention) requires all life sentences to incorporate a review mechanism for early release, one thing is certain: the British do not" (E. Walton, *Preserving the European Convention*, cit. 977). L'opposizione british dell'A. eccipisce la maggiore tenuta "conservatrice" di una rule stabile, che cambia poco nel tempo, come un tratto della sua affidabilità e indipendenza dal governo degli uomini.

(67) Su questa specifica antinomia, v. di recente le riflessioni storiche di M. Steilen, *On the Place of Judge-made-Law in a Government of Law*, in *Buffalo Legal Studies Research Series*, Paper No. 2016-013. Sulla storia del rule of law nella tradizione di lingua inglese, da Dicey in poi, T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin, London, 2011, 10 ss.

**Utente:** csbab9518 CSBA-B.U.AREA GIURIDICA

www.iusexplorer.it - 11.09.2016