

IL CONCORSO ESTERNO IN ASSOCIAZIONE MAFIOSA
TRA RESISTENZE ERMENEUTICHE E ISTANZE GARANTISTICHE

di Daria Perrone

(Dottore di ricerca; avvocato del Foro di Lucca)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le ricadute della sentenza Contrada nell'ordinamento interno. - 2.1. L'orientamento giurisprudenziale "avverso". - 2.2. La tesi giurisprudenziale "apparentemente" adesiva. - 2.3. La tesi "intermedia". - 2.4. L'apparente "epilogo". - 3. Profili processuali: l'attuazione "sospesa" del *dictum* europeo. - 4. Le giustificazioni addotte a sostegno della "retroattività" delle interpretazioni estensive. - 5. La "fragilità" della ricostruzione ermeneutica sotto lo specifico profilo della prevedibilità. - 6. Una tensione irrisolta tra la dimensione "oggettiva" e "soggettiva" della legalità europea tra limiti ontologici e criteri valoriali.

1. Sebbene la sentenza "Contrada" emessa dalla Corte europea¹ abbia fatto "vacillare" l'elaborazione ermeneutica in tema di c.d. concorso esterno, ad oggi il

¹ C. eur., 14.4.2015, *Contrada c. Italia*, in www.echr.coe.int. In commento, v. i contributi di A. CENTONZE, *Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e conferme giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.12.2016; S.C. CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.5.2015; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *CP* 2016, 12 ss.; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.4.2016; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP* 2016, 356 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.6.2016; A. ESPOSITO, *Prime riflessioni critiche sulla sentenza Cedu: "Contrada c. Italia"*, in *RP* 2015, 681; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.6.2015; S.E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in www.archiviopenale.it, 14.4.2015; M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità*, in *CP* 2015, 4611 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *DPP* 2015, 1008 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.10.2016; C. DE GASPERIS, *La figura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso tra diritto interno e Cedu: l'Affaire Contrada*, in *CP* 2016, 4295B 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 www.penalecontemporaneo.it, 3.7.2015; ID., *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.5.2016; S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto ... imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in www.la legislazione penale, 2016; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *DPP* 2015, 1061 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica*

dibattito innescato dalla pronuncia europea sembra aver trovato un epilogo nel decreto di restituzione degli atti ex art. 172 NAttCp, emesso pochi giorni dopo l'ordinanza di rimessione alle S.U. (13.5.2016, dep. 5.10.2016) - da parte della prima sezione della Cassazione - della questione «se sia configurabile il c.d. concorso esterno nel delitto di associazione per delinquere p. e p. dall'art. 416 cod. pen.». Con tale provvedimento, il Primo Presidente della Cassazione ha escluso la sussistenza di un contrasto interpretativo in ordine alla configurabilità del concorso esterno, riconoscendo piuttosto come la giurisprudenza di legittimità sia ormai consolidata nel considerare tale forma di partecipazione compatibile con i reati associativi.

L'elaborazione ermeneutica in tema di concorso esterno risale alla fine degli anni Sessanta, allorquando la Cassazione cominciò ad ipotizzarne la configurabilità in relazione ad alcune fattispecie incriminatrici a concorso necessario, in materia di terrorismo², cospirazione politica associata³ e banda armata⁴.

A seguito dell'introduzione dell'art. 416-bis Cp, ad opera dell'art. 1 l. 13.9.1982 n. 646, in ordine alla punibilità del concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa

e riserva di legge, in www.penalecontemporaneo.it, 13.7.2015; G. TARTAGLIA POLCINI, *Risarcimento Contrada: all'epoca il reato di concorso esterno non era chiaro e prevedibile*, in *GD* 2015 (24), 100. Sia consentito altresì rinviare a D. PERRONE, "Stabilizzazione" del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza *Contrada*, in www.la legislazione penale.eu, 2016, 12 ss. Sotto lo specifico profilo giusprocessualistico, v. invece G. GRASSO - F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.5.2015; P. MAGGIO, *Nella revisione infinita del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *CP* 2016, 3432 ss. Numerosi sono anche i dibattiti dottrinali sul tema tra cui si ricorda il convegno "Interpretazione giurisprudenziale e principio di stretta legalità in materia penale alla luce della sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*", organizzato da Ufficio per la formazione decentrata della Cassazione in collaborazione con la Scuola superiore della magistratura e tenutosi a Roma il 15.6.2015 con interventi di F. PALAZZO, V. MANES, E. LUPO; nonché gli interventi di L. PATRONAGGIO, "Corte EDU, sentenza *Contrada c. Italia: la presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU*", al convegno organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane avente ad oggetto "Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria", tenutosi a Prato il 22.4.2016; di V. MAIELLO, "Il concorso esterno nei reati associativi dopo la sentenza *Contrada: una soluzione solo giudiziaria a un problema di diritto giurisprudenziale?*" e G. DE AMICIS, "Le prospettive di attuazione processuale dei principi della sentenza *Contrada della Corte EDU*", entrambi al convegno organizzato dall'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, avente ad oggetto "Mutamenti giurisprudenziali e doveri del giudice penale. L'eredità della sentenza *Contrada*", tenutosi a Modena il 4.11.2016.

² V. Cass. 25.10.1983, *Arancio*, in *DPP* 1985, 686.

³ V. Cass. 27.11.1968, *Muther*, in *AP* 1970 (II), 7.

⁴ Il primo "embrione" dell'elaborazione giurisprudenziale del concorso esterno sembra risalire addirittura a delle sentenze della Cassazione del 1875 per il reato di "associazioni di malfattori", mutuato dal codice napoleonico del 1810: v., per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, 43. Per riferimenti storici v. A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *RIDPP* 1994, 1187 ss., il quale individua l'"archetipo" del moderno concetto di "concorso esterno" nell'«assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata» di cui all'art. 307 Cp.

si registrarono oscillazioni giurisprudenziali almeno fino a metà degli anni Novanta⁵. L'incertezza applicativa dipendeva da varie cause: gli interpreti avvertirono, da un lato, l'esigenza di assicurare un'adeguata repressione di fenomeni particolarmente insidiosi di "contiguità" da parte del mondo politico ed imprenditoriale alla criminalità mafiosa e, dall'altro, il rischio di sfruttare indebitamente la *vis expansiva* della clausola generale di cui all'art. 110 Cp, tacciata di essere una norma tautologica⁶ e sospettata di incostituzionalità⁷.

Com'è noto, tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, per dirimere i contrasti insorti, sono intervenute a più riprese le Sezioni Unite; in particolare, con la pronuncia Demitry (1994)⁸ quest'ultime non solo ammisero la configurabilità del concorso esterno, ma individuaronò altresì alcuni connotati essenziali di tale forma di partecipazione "esterna"⁹ (poi ulteriormente integrati - e in alcuni casi riveduti -

⁵ Sulla base di un primo indirizzo, la condotta partecipativa veniva identificata facendo ricorso a criteri puramente formalistici, quali, ad es., l'affiliazione mediante il c.d. giuramento di mafia: veniva quindi esclusa la rilevanza ex art. 416-bis Cp di quelle condotte *latu sensu* "collaborative" che, pur apportando contributi anche significativi all'associazione, venivano poste in essere da soggetti non ritualmente affiliati. Viceversa, sulla base dell'indirizzo "estensivo" (v., ad esempio, Cass. 23.8.1994, in CP 1994, 2678, in cui i giudici di legittimità sembrano abbandonare il criterio esclusivo dell'adesione rituale a favore della tesi causale-contributiva) si ritenevano rilevanti ex art. 416-bis Cp le condotte, anche se poste in essere da soggetti non ritualmente affiliati, in grado di apportare un contributo sotto il profilo causale al mantenimento in vita ovvero al rafforzamento dell'associazione criminale.

⁶ Così G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 1939 ss.; A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, cit., 1187 ss.

⁷ Tale conclusione deriverebbe dal fatto che, nel nostro ordinamento, allorché il legislatore ha voluto reprimere la condotta di partecipazione eventuale nei reati associativi lo ha fatto espressamente. Da ciò, ne conseguirebbe che la creazione per via giurisprudenziale di autonome figure di concorso esterno, non previste dal legislatore, rischierebbe di porsi in linea conflittuale con il principio di legalità: in proposito, v. A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, cit., 1187 ss. A differenza della disciplina prevista dal codice Zanardelli che distingueva, già a livello di tipo legale, le varie figure concorsuali dell'autore, dell'istigatore e del determinatore ecc., tale disposizione non individua i requisiti tipizzanti della condotta partecipativa, per cui non era chiaro se potesse trovare applicazione - in quanto espressione dei principi generali attinenti alla plurisoggettività della fattispecie - anche ai reati a concorso necessario e, in caso affermativo, se potesse tracciarsi una distinzione tra la condotta dell'associato e quella del concorrente eventuale.

⁸ Cass. S.U. 5.10.1994 n. 16, Demitry, in CP 1995, 842.

⁹ Dopo alcune considerazioni di carattere socio-criminologico sulla necessità per le associazioni criminali organizzate di interagire "con l'esterno", la Cassazione ha distinto il contributo del concorrente eventuale da quello dell'"associato". Quest'ultimo viene identificato in colui «senza il cui apporto quotidiano o, comunque, assiduo l'associazione non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza» e che agisce sorretto dalla volontà di far parte di essa e di perseguire, insieme agli altri associati, le finalità prescelte dal sodalizio. Viceversa, l'*extraneus*, sotto il profilo oggettivo, non è inserito nella struttura criminale, pur fornendo ad essa un contributo causalmente rilevante ai fini della conservazione dell'associazione e, sotto il profilo soggettivo, agisce in assenza dell'*affectio societatis*. Il concorrente esterno, infatti, è colui che - pur non essendo inserito nella struttura criminale ed essendo privo della *affectio societatis* a differenza del partecipe - fornisce ad essa un contributo causalmente rilevante per superare lo stato di crisi dell'organizzazione

da altre sentenze delle S.U.¹⁰). La giurisprudenza¹¹ ha progressivamente recepito tali indicazioni, consolidando definitivamente l'orientamento a favore dell'ammissibilità del concorso esterno, almeno fino alla pronuncia - da parte della Corte europea - della sentenza Contrada (2015).

Con tale pronuncia, è stata dichiarata la violazione dell'art. 7 Cedu per il difetto di prevedibilità della condanna a titolo di concorso esterno in associazione

criminale. In questo senso, secondo la pronuncia delle S.U., la tesi dell'ammissibilità del concorso esterno poggerrebbe sul presupposto dello stato di crisi dell'associazione, in quanto il contributo esterno è funzionale al mantenimento in vita in una fase patologica (c.d. teoria della fibrillazione). La ragione per cui la sentenza Demitry ha legato il contributo del concorrente esterno allo stato di "fibrillazione" deriva probabilmente dal particolare momento storico, nel passaggio dalla "mafia stragista" corleonese alla "mafia imprenditoriale" di B. Provenzano: così A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale*, cit. (testo, con l'aggiunta delle note, della Relazione al Convegno Nazionale dell'UCPI, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Prato, 22.4.2016).

¹⁰ Un anno dopo la sentenza Demitry, con la sentenza *Mannino* (Cass. S.U. 27.9.1995 n. 30, Mannino, in *RP* 1996, 33), le S.U. hanno chiarito la differenza tra il dolo dell'*intraeus* e quello del concorrente esterno. Quest'ultimo ben potrebbe essere a sua volta sia specifico (se consiste nella volontà di contribuire alla realizzazione dei fini dell'associazione) che generico (se consiste nella volontà di dare il proprio contributo, disinteressandosi della strategia complessiva del sodalizio). Nel 2002, con la sentenza Carnevale (Cass. S.U. 30.10.2002 n. 22327, Carnevale, in *RIDPP* 2004, 322), le S.U. hanno escluso la c.d. teoria della fibrillazione, dichiarando la rilevanza del concorso esterno anche se l'organizzazione criminale è *in bonis*, cioè non attraversa una crisi strutturale. Infine, nella c.d. sentenza Mannino II del 2005 (Cass. S.U. 12.7.2005 n. 33748, Mannino II, in *CP* 2005, 3732), le S.U. hanno postulato il ricorso al criterio logico della *condicio sine qua non* per il giudizio di idoneità causale tra l'azione del concorrente esterno e l'evento vantaggioso arrecato all'organizzazione criminale. Secondo la sentenza Mannino II, partecipe è «colui che, risultando inserito stabilmente ed organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo "è" ma "fa parte" della (meglio ancora: prende parte alla) stessa, locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere». Sul piano probatorio, devono essere valutati tutti gli indicatori fattuali che, secondo attendibili regole di esperienza, sono considerati caratteristici del fenomeno della criminalità di stampo mafioso, quali ad esempio «i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", la affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo, oltre a molteplici, variegati e però significativi *facta concludentia*». Le S.U. hanno quindi ritenuto necessario che l'interprete verifichi se il contributo atipico costituisca una condizione necessaria per la concreta realizzazione dell'evento sulla base di un giudizio *ex post* secondo il meccanismo della prognosi postuma. Tuttavia, tale scelta è stata criticata in dottrina (v. G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.3.2012) perché, essendo la "conservazione" ed il "rafforzamento" dell'organizzazione criminale eventi in senso giuridico e non in senso naturalistico, sarebbe impossibile applicare il nesso di causalità materiale.

¹¹ Addirittura, con un'interpretazione assai estensiva, il concorso esterno è stato ritenuto integrato anche nel caso di un unico intervento a carattere occasionale, dotato però di una rilevanza causale ai fini del rafforzamento dell'associazione: v. Cass. 11.6.2008 n. 35051, in *CP* 2009, 4724, secondo cui infatti «il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa è integrato pur quando il soggetto abbia posto in essere un unico intervento, a carattere occasionale, che però abbia una rilevanza causale ai fini della conservazione e del rafforzamento dell'associazione». *Contra*, v. Cass. 13.11.2013 n. 11898, in www.dejure.it, che ritiene invece configurabile l'ipotesi di mero favoreggiamento «nell'ipotesi di episodico aiuto».

mafiosa. Nel caso di specie, al momento della commissione dei fatti (tra il 1979 e il 1988), il ricorrente non avrebbe potuto prevedere la punibilità della propria condotta, essendo all'epoca ancora incerta – a causa dei contrasti interpretativi insorti – l'elaborazione in ordine alla punibilità del concorso esterno. Il percorso ermeneutico della Corte europea prende le mosse da un postulato iniziale: l'origine giurisprudenziale della figura del concorso esterno (§ 66)¹². Dato che l'esistenza di una disposizione generale come quella dell'art. 110 Cp non consentirebbe di desumere l'autonoma rilevanza penale della partecipazione "esterna" nei reati associativi, la punibilità a tale titolo sarebbe stata frutto di una vera e propria attività "creativa" della giurisprudenza.

Nella prospettiva della c.d. legalità europea, un simile ragionamento appare del tutto "fisiologico", dato che in tale ambito non solo si ammette pacificamente che il compito della giurisprudenza è quello di chiarire il significato di una disposizione, a partire dal testo normativo (§ 79), ma le si riconosce anche la capacità di contribuire «in quanto fonte del diritto (...) alla progressiva evoluzione del diritto penale»¹³.

Sul presupposto della matrice giurisprudenziale di tale forma di responsabilità, la Corte europea ha ritenuto che, solo a partire dalla sentenza a S.U. Demitry (1994), l'elaborazione interpretativa avesse acquisito un livello di consolidamento tale da potersi ritenere prevedibile la punibilità a tale titolo (§ 74)¹⁴. L'arresto Contrada si inserisce nel solco della recente tendenza "garantistica" della Corte europea, volta all'oggettivazione del criterio della prevedibilità (c.d. prevedibilità oggettiva)¹⁵. L'obiettivo perseguito è quello di limitare il coefficiente di discrezionalità, ancorando il giudizio sulla prevedibilità della condanna ad un parametro formale: la presenza di un orientamento interpretativo consolidato.

Il ragionamento della Cedu postula, dunque, un sillogismo perfetto: partendo dalla premessa minore (la natura "giurisprudenziale" dell'istituto del concorso esterno) e data la premessa maggiore (il consolidamento della punibilità solo a partire dalla sentenza Demitry), si è pervenuti alla conclusione che le condanne a

¹² Nella pronuncia europea, la matrice giurisprudenziale della figura del concorso esterno è stata considerata pacifica: a conferma di ciò, si è esclusa contestazione tra le parti sul punto.

¹³ C. eur., 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, § 55.

¹⁴ A sostegno del fatto che, all'epoca dei fatti, la rilevanza del concorso esterno in associazione mafiosa fosse controversa, la C. edu ha richiamato un passaggio della sentenza di primo grado del 1996, nella quale si dava conto della sussistenza - al momento della commissione dei fatti - dei tre distinti orientamenti.

¹⁵ La sentenza s'inserisce, infatti, in linea di continuità con l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sul principio di legalità, con particolare riferimento al corollario della prevedibilità: così, uno dei primi commenti alla sentenza, v. S.C. CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, CIT., 2. Nello stesso senso, v. anche L. PATRONAGGIO, "Corte EDU, sentenza Contrada c. Italia: la presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU", intervento al convegno organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane avente ad oggetto "Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria", tenutosi a Prato il 22.4.2016. Per questo motivo, stante la continuità con la pregressa giurisprudenza, non può essere definita "pilota", nonostante abbia comunque ricevuto una vastissima eco (v. V. MAIELLI, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., 1008 ss.).

titolo di concorso esterno antecedenti al 1994 debbano essere considerate illegittime, in quanto imprevedibili.

2. Nonostante l'apparente linearità della ricostruzione teorica, la sentenza Contrada ha destato, invero, molteplici perplessità. Fin da subito la pronuncia europea è stata criticata dalla dottrina maggioritaria¹⁶, oltre che per la portata "dirompente"¹⁷, anche per alcune "incongruenze" che ne inficiano il percorso logico-argomentativo. I dubbi sulla correttezza della decisione europea sono stati recepiti anche dalla giurisprudenza interna: infatti, l'applicazione del concorso esterno nell'immediato *post*-Contrada registra alcune oscillazioni applicative. In particolare, sono rinvenibili tre diverse tipologie di reazioni.

2.1. Innanzitutto, il primo orientamento giurisprudenziale si è caratterizzato per un certo "scetticismo" nei confronti dei postulati della sentenza Contrada. Con una netta presa di distanza dai canoni interpretativi europei, l'orientamento in esame ha inteso «bacchettare»¹⁸ la Corte europea, sostenendo, in varia guisa, l'inesattezza del ragionamento sillogistico e l'incongruenza delle conclusioni. In particolare, si è cercato di dimostrare l'erroneità delle premesse dogmatiche sulla matrice giurisprudenziale del concorso esterno, dato che ammettere l'origine *extra*-legislativa di una fattispecie incriminatrice significherebbe porsi in contrasto con i principi interni di garanzia ed, *in primis*, con la riserva di legge, che esclude il "formante" giurisprudenziale dal novero delle "fonti" del diritto penale, come da ultimo ribadito dalla Corte costituzionale con la fondamentale sent. 12.10.2012 n. 230¹⁹.

La prima espressione di tale tendenza "critica" nei confronti del *dictum* europeo è rappresentata dalla pronuncia della Corte d'Appello di Caltanissetta

¹⁶ Tra i primi commentatori v. M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità*, cit., 4611, secondo cui l'assunto di partenza da cui muove la Corte europea sull'origine giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa non solo sarebbe «del tutto inesatto», ma non sarebbe stato nemmeno così pacifico, in quanto «fortemente contrastato dalla difesa del Governo italiano». Ed ancora, secondo 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?*, cit., 11, la Corte europea sembrerebbe operare un'indebita commistione tra "creazione" ed "interpretazione" della legge, non indicando «cosa debba intendersi per reato di origine giurisprudenziale».

¹⁷ Così, da ultimo, G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., 12 ss.

¹⁸ A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, cit., 27-28, secondo cui la sentenza Cass. 30.4.2015 n. 34147, cit., che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, testimonierebbe l'assenza di dialogo tra la Corte di cassazione e la Corte europea

¹⁹ C. cost., sent. 12.10.2012, n. 230. Com'è noto, la Corte costituzionale ha giudicato infondata la questione di legittimità dell'art. 673 Cpp. nella parte in cui non prevede tra i presupposti di revoca in fase esecutiva quello di un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale ad opera delle S.U. della Corte di cassazione, in virtù del quale un fatto, già giudicato con sentenza definitiva, non sia più ritenuto penalmente rilevante.

(18.11.2015 n. 924, dep. 17.3.2016)²⁰, che ha rigettato l'istanza di revisione presentata da Contrada avverso la sentenza di condanna. Con un giudizio che si è sovrapposto a quello già elaborato dai giudici europei, la Corte d'Appello ha motivato il rigetto contestando la correttezza delle argomentazioni della Corte europea: si è sostenuto che «al di là delle suggestioni polemiche (...) parlare di “inesistenza del reato” e di “mera creazione giurisprudenziale” del concorso esterno (...) costituisce se non un vero e proprio errore giuridico quantomeno una disinvolta forzatura tecnica»²¹.

Invero, secondo parte della dottrina, nella decisione di merito, avrebbero giocato un ruolo rilevante alcune specifiche “pre-comprensioni”: i giudici sarebbero stati nel complesso influenzati dal pregiudizio in base al quale le questioni attinenti a mere qualificazioni giuridiche non potrebbero interferire nella “lotta alla mafia”, per cui l'elaborazione della giurisprudenza interna non potrebbe essere «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»²².

Successivamente, nell'ambito delle pronunce riguardanti i c.d. fratelli minori²³ già condannati con sentenza definitiva, hanno aderito all'orientamento in esame sia la Corte di appello di Palermo (ord. 18.11.2015)²⁴ sia la prima sezione della S.C. (sent. 11.10.2016 n. 44193)²⁵: entrambe le pronunce hanno rigettato l'istanza di revoca della condanna di cui all'art. 673 Cpp, promossa - nel caso Dell'Utri - in epoca successiva alla sentenza Contrada, sul presupposto della diversità processuale della posizione dei due soggetti.

L'erroneità della premessa dogmatica del *decisum* Contrada circa la matrice giurisprudenziale del concorso esterno, è stata, poi, ribadita in alcune pronunce della seconda sezione della Cassazione, in merito ai “fratelli minori” non ancora condannati con sentenza definitiva. Nella sentenza Agostino e altri²⁶, la S.C., dopo

²⁰ C. app. Caltanissetta, 18.11.2015 n. 924, in www.dejure.it, con nota di F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.4.2016.

²¹ C. app. Caltanissetta, 18.11.2015 n. 924, cit., 13.

²² M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 346 ss.

²³ Sulla questione delle ricadute interne nei confronti dei c.d. “fratelli minori”, ossia di tutti coloro i quali si trovano nelle stesse condizioni del ricorrente, ma che non hanno adito la Corte europea, si sono a lungo interrogati gli interpreti, a partire dal noto arresto Scoppola.

²⁴ C. app. Palermo, ord. 18.11.2015, Dell'Utri, che ha escluso che lo strumento processuale della revoca di cui all'art. 673 Cpp. possa essere utilizzato per revocare una decisione definitiva per analogia con una posizione processuale relativa ad un diverso giudizio nel cui ambito è stata riconosciuta una violazione della Cedu.

²⁵ Cass. 11.10.2016 n. 44193, Dell'Utri, in www.penalecontemporaneo.it, 18.10.2016. In tale pronuncia, la Cassazione si è soffermata anche nell'analizzare le diversità tra le due posizioni processuali di Dell'Utri e Contrada. In particolare, a differenza del Contrada, Dell'Utri non aveva mai lamentato il difetto di prevedibilità nei precedenti gradi di giudizio, ma aveva fatto valere tale doglianza solo dopo la pronuncia della Corte europea.

²⁶ Cass. 30.4.2015 n. 34147, Agostino e altri, in *RP* 2016, 677 ss. con commento di A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.10.2015. Con tale sentenza, la S.C. ha dichiarato «manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 110 e 416 bis Cp, sollevata per asserito

aver ribadito l'“inesattezza giuridica” della soluzione della Corte europea, si è premurata di dimostrare la matrice legislativa del concorso esterno in associazione mafiosa, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale che era stata sollevata dalla difesa in riferimento agli artt. 25 co. 2 e 117 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu).

Invero, anche senza “contraddire” apertamente il *dictum* della Corte europea, la Cassazione sarebbe potuta pervenire alla medesima conclusione (e, cioè, quella della manifesta infondatezza dell'incidente di costituzionalità), in quanto nel caso di specie non era comunque applicabile la regola di giudizio della decisione europea, vale a dire l'imprevedibilità della condanna prima della sentenza Demitry, dato che i fatti ascritti agli imputati (che, tra l'altro, erano imprenditori privati e non pubblici funzionari come il Contrada) erano stati commessi solo a partire dal 2008. La scelta della S.C. di non far ricorso a tale argomento, facendo, invece, leva sulla tecnica del *distinguishing*, conferma l'intento di prendere espressamente le distanze dal *dictum* Contrada²⁷.

Nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, si è pronunciata altresì la seconda sezione della Cassazione con la sentenza Trematerra²⁸. La richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis Cp, era stata avanzata dalla difesa sia perché il trattamento sanzionatorio applicato al concorrente esterno non sarebbe previsto dalla legge, sia perché sarebbe irragionevole l'equiparazione *quoad poenam* rispetto al partecipe.

In ordine al primo profilo, la S.C. ha affermato che la pena applicabile al concorrente esterno non è affatto indeterminata, dato che la funzione estensiva della punibilità di cui all'art. 110 Cp comporta l'applicazione della stessa pena prevista dall'art. 416-bis Cp.

Per quanto concerne, invece, il secondo profilo, ossia l'identità della pena prevista per il partecipe e per il concorrente esterno, i giudici di legittimità hanno ritenuto che non sia neppure ipotizzabile la violazione del principio di ragionevolezza della pena, «in quanto, (...) il giudice, applicando norme generali (attenuanti nonché artt. 132-133 Cp), può comminare una pena adeguata al concreto disvalore della condotta tenuta dall'agente»²⁹. Pur ritenendo complessivamente

contrasto con gli artt. 25, comma secondo, e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della Convenzione EDU, per violazione del principio di legalità, nella parte in cui le due disposizioni di legge ordinarie attribuiscono rilevanza penale alla fattispecie di concorso esterno in associazioni di tipo mafioso, poiché quest'ultima non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 Cp, e la sua configurabilità trova una conferma testuale nella disposizione di cui all'art. 418, comma primo, Cp».

²⁷ Sotto questo profilo, «il rifiuto della trama narrativa della sentenza europea da parte dei giudici italiani è evidente» (A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, cit., 36).

²⁸ Cass. 13.4.2016 n. 18132, Trematerra, in *RP* 2016, 549 ss. e in www.penalecontemporaneo.it, 9.6.2016. con commento di G. RAGUSA, *La Corte di cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena*, *ivi*.

²⁹ Cass. 13.4.2016 n. 18132, Trematerra, cit.

condivisibile tale conclusione, la dottrina ha, tuttavia, sottolineato come la S.C. si sia lasciata sfuggire l'occasione per chiarire una volta per tutte le ragioni dell'equiparazione sotto il profilo del trattamento sanzionatorio tra la condotta dell'*extraneus* e quella del partecipe, nonostante «tutti i delitti associativi - compreso quello di cui all'art. 416 *bis* Cp - prevedono una diversa cornice edittale a seconda del ruolo che il soggetto ricopre all'interno del sodalizio»³⁰.

Nel solco dell'impostazione in esame, infine, si inserisce un'ulteriore sentenza di legittimità (Cass. 13.10.2015 n. 2653)³¹, che ha qualificato come giuridicamente "inesatta" la premessa della decisione Contrada circa la matrice giurisprudenziale del reato, osservando che «nel nostro ordinamento, la giurisprudenza non crea - ma al massimo "scopre" estraendole dal contesto normativo - figure criminose» onde per cui «il c.d. concorso esterno, invero, altro non è che la applicazione dell'istituto ex art. 110 Cp ai reati associativi»³².

2.2. Un diverso orientamento giurisprudenziale ha, invece, condiviso la tesi sovranazionale della "creazione" puramente giurisprudenziale dell'istituto. Con una pronuncia che, almeno per il momento, è rimasta, invero, isolata, il G.i.p. del Tribunale di Catania nel caso Ciancio³³ ha dichiarato il non luogo a procedere in relazione ad un caso di concorso esterno in associazione mafiosa, sul presupposto che la punibilità a tale titolo non sarebbe più prevista dalla legge come reato. Si è sostenuto che, a seguito della qualificazione - operata dalla Corte europea - del concorso esterno come reato di "creazione" giurisprudenziale (condivisa dal giudicante), «deve dichiararsi che non esiste il reato contestato all'imputato per il principio di legalità, essendo il sistema giuridico italiano un sistema di *civil law* e non già di *common law*»³⁴.

Facendo leva sull'origine giurisprudenziale della fattispecie, il G.i.p. del Tribunale di Catania ha messo in discussione le acquisizioni interpretative sui confini tra partecipazione e contributo causale esterno elaborate dalle sentenze a S.U. della

³⁰ V. G. RAGUSA, *La Corte di cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena*, cit., 4.

³¹ Cass. 13.10.2015 n. 2653, in www.dejure.it.

³² Cass. 13.10.2015 n. 2653, cit.

³³ G.i.p. Catania, sent. 21.12.2015 n. 1077, Ciancio, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, 6.5.2016, *ivi*, il quale critica la sentenza per non aver sollevato la questione della compatibilità dell'elaborazione interpretativa sul concorso esterno con il principio della riserva di legge dinnanzi alla Corte costituzionale, cioè davanti alla sede più competente «in materia di rapporti tra ordinamento interno e sistema convenzionale», 11.

³⁴ G.i.p. Catania, sent. 21.12.2016 n. 1077, cit., 109. Invero, la sentenza si sofferma su tale argomento marginalmente, mentre motiva molto più analiticamente, dopo aver ricostruito il «non usuale» (6) *iter* delle indagini preliminari ed i principali arresti giurisprudenziali in materia, sull'inidoneità, sulla carenza e sulla contraddittorietà dei singoli elementi indiziari.

Cassazione³⁵. Tuttavia, la conclusione cui è pervenuto il G.i.p. è quanto meno “eccentrica” (ed infatti è stata prontamente annullata con rinvio dalla V sezione³⁶), dato che introdurrebbe una forma atipica di *abolitio criminis* per contrasto con una decisione europea, rilevabile dal giudice comune, senza passare da una sentenza della Corte costituzionale.

Al di là di tali (invero insuperabili) perplessità, tale sentenza può essere considerata solo in apparenza “adesiva” rispetto alle acquisizioni dell’arresto Contrada: nonostante si sviluppi secondo cadenze che sembrano ricalcare le argomentazioni della decisione europea, sostenendo il postulato della matrice giurisprudenziale del concorso esterno, invero, la sentenza di merito in esame non ne ha condiviso per intero il ragionamento sillogistico, pervenendo piuttosto a conclusioni “ultronee” (la presunta *abolitio* dell’istituto), senza affrontare il problema, cruciale, della prevedibilità della condanna.

2.3. Infine, tra le reazioni giurisprudenziali del *post*-Contrada, si colloca in una posizione che potremmo definire “intermedia” la ricostruzione operata nell’ordinanza Addeo³⁷, che ha ritenuto preferibile rimettere alle S.U. la questione «se sia configurabile il c.d. concorso esterno nel delitto di associazione per delinquere p. e p. dall’art. 416 cod. pen.»³⁸.

La decisione della prima sezione della S.C. riflette una maggior prudenza e ponderatezza sia rispetto alla scelta dell’orientamento “avverso” che, liquidando forse troppo frettolosamente le argomentazioni della sentenza Contrada, ha finito per svalutare il problema delle ricadute interne e dell’adeguamento *ex art. 46 Cedu*, sia rispetto a quella del secondo orientamento che, viceversa, in un accesso di zelo, si è conformata al *dictum* europeo, finendo con il “dire troppo”. La decisione di rimettere la risoluzione del quesito alle S.U. sembra dunque riflettere un atteggiamento più “cauto”, nella consapevolezza della portata innovativa dell’arresto europeo e della necessità di valutare la perdurante attualità delle acquisizioni interne.

Del resto, l’intervento delle S.U. dovrebbe (in teoria) presentare il vantaggio di prevenire o, quanto meno, di bloccare sul nascere il formarsi di nuovi contrasti interpretativi, come quelli che si erano registrati prima del consolidamento delle acquisizioni elaborate a partire dalla sentenza Demitry. Per quanto la conferma da parte delle S.U. dei propri precedenti potesse apparire “superflua” o “ridondante” (data anche la netta prevalenza dell’orientamento giurisprudenziale c.d. avverso), la scelta della prima sezione ha rivelato, quindi, non solo un’ apprezzabile cautela, ma anche una spiccata sensibilità in ordine alla complessità delle implicazioni della

³⁵ In questo senso, sono state sollevate in dottrina molte perplessità in ordine a tale sentenza: v. il commento a prima lettura della sentenza di G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, cit.

³⁶ V. Cass. 14.9.2016 n. 42996, in www.penalecontemporaneo.it, 18.10.2016.

³⁷ Cass. 13.5.2016 n. 10, Addeo, in www.penalecontemporaneo.it, 2.11.2016.

³⁸ Cass. 13.5.2016 n. 10, Addeo, cit.

sentenza europea, mostrando di non sottovalutarne la portata ed, anzi, di prenderla “sul serio”³⁹.

2.4. Pochi giorni dopo il deposito dell’ordinanza di rimessione Addeo, è stato emesso il decreto del primo Presidente della Cassazione, che sembra (almeno per il momento) segnare la conclusione delle controversie che hanno caratterizzato il *post-Contrada*. Tale decreto ha escluso l’esistenza di un contrasto interpretativo in ordine alla punibilità a titolo di concorso esterno nei reati associativi, confermando l’adesione all’elaborazioni ermeneutiche già acquisite prima della sentenza europea e poi riproposte dall’orientamento “avverso”.

Se il contenuto di tale decisione non ha sorpreso gli interpreti, essendo prevedibile, come già anticipato, la conferma dei risultati interpretativi cui erano già pervenute, da più di dieci anni, le S.U., è, invece, particolarmente indicativa la “forma” attraverso la quale si è pervenuti a tale conclusione. Non può, infatti, essere sottaciuto il significato “politico” del provvedimento: il fatto che la configurabilità del concorso esterno sia stata confermata tramite il decreto di restituzione degli atti - *ex art. 172 NAttCp* (il cui presupposto è l’assenza del contrasto interpretativo)- piuttosto che con un provvedimento di merito delle S.U., testimonia la precisa volontà di non rimettere in discussione l’elaborazione ermeneutica acquisita, evitando il rischio di una nuova fase di incertezza applicativa in ordine ai confini dell’istituto del concorso esterno.

3. Nell’insieme, si ha l’impressione di una certa “impreparazione” culturale⁴⁰ al recepimento del *dictum* europeo, in parte condizionata anche dal fatto che quest’ultimo muove da premesse concettuali (l’origine giurisprudenziale di un reato) tradizionalmente incompatibili con il principio di legalità interna. Tale “impreparazione” è comprovata dalla difficoltà emersa sul piano applicativo di rinvenire lo strumento processuale più idoneo a dare attuazione alla sentenza *Contrada*, divenuta definitiva dopo il rigetto del ricorso alla Grande Camera presentato dal Governo⁴¹. Nonostante la Corte costituzionale abbia ammesso la c.d. revisione convenzionale⁴², nel caso specifico è stata ritenuta infondata l’istanza di revisione del processo, *ex art. 630 Cpp*⁴³.

³⁹ Il riferimento alla necessità di “prendere sul serio” la sentenza *Contrada* rimanda al quesito posto, all’indomani della pubblicazione della sentenza, da O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., 17. L’Autrice, infatti, riflettendo ipoteticamente su «come avrebbe dovuto comportarsi la Corte di Cassazione in questo (come in ogni altro) caso in cui non esiste un orientamento giurisprudenziale consolidato» ha dubitato dell’opportunità di prendere «alla lettera, cioè sul serio» la sentenza *Contrada*.

⁴⁰ Sulle possibili cause di tale “estraneità” culturale cfr. V. ESPOSITO, *La preminenza del diritto nel processo. Il giusto processo: diritto delle parti o dovere del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.10.2014.

⁴¹ La sentenza *Contrada* è divenuta definitiva in data il 14.9.2015 a seguito del rigetto della richiesta del Governo italiano di rinvio alle Grande Camera, a norma dell’art. 43 Cedu.

⁴² C. cost., sent. 4.4.2011 n. 113, in www.dejure.it: con tale sentenza, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l’art. 630 Cpp nella parte in cui non consentiva «la riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea» (la

In dottrina⁴⁴ ed in giurisprudenza⁴⁵ è stata, altresì, esclusa l'applicabilità del "ricorso straordinario per errore materiale o di fatto" (art. 625-bis Cpp) o dell'incidente di esecuzione - ex art. 673 Cpp - finalizzato alla revoca della sentenza, in quanto relativo ai soli casi di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice (e non alle ipotesi di illegittimità convenzionale), come confermato dalla già citata sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale. Così, anche per i "fratelli minori" che hanno già scontato per intero la pena, essendosi ormai esaurito il rapporto esecutivo, si ripropone il medesimo dilemma del procedimento Contrada, con l'"aggravante" dell'assenza di una specifica sentenza europea che abbia condannato lo Stato alla *restitutio in integrum*. In

vicenda traeva spunto dal noto caso Dorigo in cui la Corte europea ha accertato la violazione delle garanzie processuali di cui all'art. 6 Cedu). Con tale pronuncia, la Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'inapplicabilità di quelle disposizioni che appaiano inconciliabili con l'obiettivo di porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata. Tra queste vi rientrerebbe anche l'art. 631 Cpp che prevede, a pena di inammissibilità, che l'istanza debba essere fondata su elementi tali da dimostrare, se accertati, la necessità di pronunciare una sentenza di proscioglimento. V., a proposito dell'utilizzabilità di tale rimedio processuale per dare attuazione al giudicato convenzionale, F. GIUFFRIDA – G. GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.5.2015.

⁴³ La già citata sentenza del 18.11.2015 della Corte d'appello di Caltanissetta ha infatti ritenuto infondata l'istanza di revisione presentata da Contrada, ritenendo non condivisibile la conclusione della sentenza europea sulla matrice giurisprudenziale del reato. In ogni caso, al di là di tale motivazione, fermo restando il divieto di *reformatio in peius* ex art. 629 Cpp ed ammesso che la revisione lasciasse aperta al giudice la possibilità di riqualificare la condotta, l'inquadramento del fatto in termini di favoreggiamento sarebbe stato comunque precluso, anche in considerazione della mancanza di qualsiasi indicazione in tal senso da parte della Corte Edu. In questo senso, v. anche F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, cit., 5, secondo cui lo strumento della revisione del processo penale è utilizzabile solo «allorché si debba emendare un vizio nel procedimento o nella valutazione delle prove», ma nel caso Contrada «una simile riapertura del processo non è affatto richiesta dalla Corte EDU, né il giudice italiano è chiamato (...) ad alcuna nuova valutazione».

⁴⁴ In questo senso, v. G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 26.4.2016, 45 secondo cui, dato che il Contrada ha già interamente scontato la propria pena, il rapporto giuridico esecutivo è ormai esaurito. Nel caso di rapporti già esauriti, quindi «lo strumento dell'incidente di esecuzione sembra essere un'arma spuntata, se non integralmente inefficace e inapplicabile, data l'estinzione del rapporto esecutivo». Nello stesso senso, v. F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, cit., 7. Tuttavia, ad opinione dell'Autore, nell'obiettivo di rimuovere tutta una serie di effetti pregiudizievoli conseguenti alla condanna, il procedimento esecutivo appare «a conti fatti come quello più idoneo ad assicurare tale obiettivo, attraverso la rimozione di un giudicato che, lungi dall'aver esaurito i suoi effetti con l'integrale espiazione della pena, continua nel presente a comprimere (illegittimamente) i diritti del condannato».

⁴⁵ V. Cass. sent. 6.7.2016 n. 43886, Contrada, con la quale la Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto proposto ai sensi dell'art. 625-bis Cpp e C. app. Palermo, ord. 11.10.2016 n. 466, in www.penalecontemporaneo.it, 24.1.2017, con nota di S. BERNARDI, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"*, ivi, con la quale è stata dichiarata inammissibile anche la richiesta di revoca ex art. 673 Cpp.

assenza di un idoneo strumento processuale di adeguamento interno, i diritti del ricorrente e dei c.d. “fratelli minori” sono rimasti di fatto “sospesi”.

Del resto, anche la possibile alternativa della sottoposizione della questione di costituzionalità del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416-*bis* Cp, per difetto di determinatezza, sembra essere allo stato difficilmente percorribile, non solo per la tradizionale “cautela” della Corte nel dichiarare la violazione del principio di determinatezza⁴⁶, ma anche perché il *petitum* costituzionale riguarderebbe la legittimità di un’interpretazione⁴⁷. È, tuttavia, ben noto che la Corte non dichiara l’incostituzionalità di una legge perché è possibile darne un’interpretazione costituzionalmente incompatibile, ma solo quando non è possibile darne alcuna interpretazione compatibile. Tale limitazione non deriva da un mero *self restraint* della Consulta, ma risponde a precise ragioni di equilibrio istituzionale, legate al c.d. dialogo tra le Corti.

Mentre alla Corte costituzionale spetta il compito di valutare la compatibilità della legge rispetto ai principi costituzionali, alla Cassazione compete, invece, il ruolo di garantire l’esatta osservanza della legge e l’uniformità interpretativa. In questo senso, nel caso di una disposizione generica che si presti a più interpretazioni, tutte ammissibili, l’individuazione di quella più corretta spetta alla giurisprudenza di legittimità, secondo i tradizionali criteri ermeneutici (letterale, teleologico, sistematico). È del tutto comprensibile, dunque, che la Corte costituzionale cerchi di non invadere la sfera funzionale della Corte di cassazione, che rimane garante e custode ultima della nomofilachia.

4. Alla fine, ha, dunque, prevalso l’orientamento a favore della “conservazione” delle acquisizioni ermeneutiche in tema di concorso esterno.

Le argomentazioni utilizzate per giungere a tale conclusione hanno fatto essenzialmente leva sulla tesi della “base legale” del concorso esterno e della “concretizzazione” della clausola indeterminata dell’art. 110 Cp. Dato che

⁴⁶ V. M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP* 2016, 346 ss., secondo cui «la Corte costituzionale 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». In generale, v. altresì S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, il quale si sofferma proprio sulla determinatezza legale come soluzione del problema della tassatività dell’ermeneutica giudiziale.

⁴⁷ Così, ad es., in relazione all’incidente di costituzionalità dell’abuso d’ufficio, v. C. cost., sent. 15.12.1998, n. 447, in *GCos* 1999, 351 ss., con *ivi* nota di S. PREZIOSI, *Norma di favore e controllo di costituzionalità nel nuovo abuso d’ufficio*. La Corte – chiamata a giudicare la legittimità costituzionale della nuova formulazione del reato di abuso d’ufficio di cui all’art. 323 Cp nella misura in cui sembrava escludere la rilevanza penale di alcune ipotesi precedentemente ricomprese – ha dichiarato con la sent. 15.12.1998, n. 447 l’inammissibilità del ricorso. Si è chiarito, infatti, che «l’eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte» per quanto ingiustificabile sotto un profilo di ragionevolezza/uguaglianza «non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di “addizione”», essendo preclusa «una estensione (...) delle fattispecie incriminatrici attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale».

l'interpretazione della giurisprudenza interna, per quanto "oscillante", si è sviluppata partendo pur sempre da una base legislativa, la punibilità del concorso esterno non potrebbe essere considerata un'ipotesi di creazione giurisprudenziale "pura"⁴⁸. Nei casi in cui sussista un riferimento legislativo (per quanto indeterminato), più che di mera "creazione", si dovrebbe parlare di evoluzione ermeneutica di una norma. In tal senso, l'interpretazione sul concorso esterno sarebbe pur sempre compatibile con il principio 'interno' di legalità, rientrando nei limiti delle interpretazioni "estensive", concettualmente distinte da quelle analogiche che invece oltrepassano il limite testuale della legge.

Invero, tale postulato non è così pacifico, tanto che in dottrina⁴⁹ si è sostenuto che, in merito alla lettura evolutiva dell'art. 110 Cp, sia «scorretto sostenere che si tratti di una normale applicazione di una regola di parte generale», dato che «l'art. 110 Cp, in questo caso, ha la funzione specifica di aggiungere una tipologia di concorrente esclusa dalla parte speciale»⁵⁰. La lettura estensiva, pertanto, non si sarebbe limitata a porre rimedio ad una indeterminatezza semantica, ma anzi, avvalendosi di essa, avrebbe raggiunto il diverso obiettivo di colmare una (supposta) lacuna normativa, dando vita ad un'anomala forma di responsabilità penale.

Al di là di tali critiche, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza – soprattutto dopo la decisione del Primo Presidente della Cassazione di restituzione degli atti – ha fatto propria ormai la tesi della giustificazione della prevedibilità in forza della pre-esistenza della base legale: le interpretazioni estensive ben potrebbero trovare applicazione retroattiva (a fatti commessi prima del consolidamento dell'*overruling*), senza che sia in tal modo violato il principio di legalità. In altre parole, sui consociati incomberebbe l'onere di prevedere tutte le possibili interpretazioni estensive di una fattispecie incriminatrice pur sempre compatibili con il dato letterale.

⁴⁸ V. sul punto F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1062, il quale ritiene forse «eccessivo» qualificare la punibilità del concorso esterno come un reato di pura origine giurisprudenziale, dato che l'operazione ermeneutica si è svolta pur sempre nel solco di una delle possibili letture compatibili con il dato legislativo dell'art. 110 Cp.

⁴⁹ V. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale. Collisioni vere ad apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 21 ss., per il quale il procedimento cripto-analogico della giurisprudenza è stato mascherato attraverso la strumentalizzazione dell'«open window» della clausola generale dell'art. 110 Cp; v. altresì A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale*, cit., 2, secondo cui la preesistenza della base-legale è in sé «scontata», essendo piuttosto necessario andare nello specifico ad analizzare la natura di tale base legale, dato che «la creazione di una ipotesi generale di concorso esterno, non prevista espressamente dal legislatore (...) rischia inevitabilmente di porsi in linea conflittuale con il principio di stretta legalità»: in questo senso, l'Autore rimanda agli studi di G. VASSALLI (G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Pace, Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano 2006, 170 ss.; nonché, più specificamente, sul concorso di persone nel reato, ID., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di E. Dolcini – C.E. Paliero, Milano 2006, 1939 ss.) per la critica all'indeterminatezza dell'art. 110 Cp.

⁵⁰ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale. Collisioni vere ad apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 21 ss.

Del resto, a legittimare - almeno in parte - la gravosità di tale onere, contribuirebbero i c.d. obblighi strumentali di conoscenza dei destinatari delle norme penali, fissati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988. Come riconosciuto talvolta anche dalla Corte europea, nel giudizio concreto sulla prevedibilità, devono essere valutate altresì le condizioni soggettive dell'agente⁵¹, tra cui le conoscenze personali e professionali al momento del fatto, tramite un giudizio *a parte subiecti* (in tal senso, più volte, è stata richiamata dalla giurisprudenza interna proprio la posizione di Contrada che, in ragione dell'elevata specializzazione della sua professione, non poteva non essere a conoscenza delle implicazioni penali della sua condotta)⁵². Dato che, in caso di dubbio, l'agente ha l'obbligo di ricorrere al parere di esperti, ne consegue che se nemmeno avvalendosi di tale contributo si fosse nelle condizioni di ipotizzare la rilevanza penale della propria condotta, si dovrebbe concludere nel senso dell'imprevedibilità della condanna.

5. Sebbene muova dalla condivisibile distinzione tra interpretazione estensiva e "creazione" pura di una nuova fattispecie, l'orientamento dominante in giurisprudenza presta il fianco ad alcune osservazioni critiche.

L'approccio giurisprudenziale appare, in verità, viziato da un fraintendimento concettuale, un "equivoco" di fondo, relativo alla *quaestio iuris* prospettata dalla sentenza Contrada⁵³. Il profilo cruciale non è tanto quello dell'origine giurisprudenziale o meno del concorso esterno (questione che, infatti, è stata considerata dalla Corte europea come mera premessa logica), quanto piuttosto quello della prevedibilità della punibilità al momento della condotta. I giudici interni sembrano, invece, essere caduti nell'errore di "sopravalutare" tale premessa, finendo con lo "svalutare" il vero *punctum dolens* della prevedibilità, che è stato trattato quasi *per incidens*.

Tuttavia, non solo esula dalla competenza dei giudici interni rimettere in discussione la conclusione cui era già pervenuta la stessa Corte europea⁵⁴, ma oltretutto - escludendo l'origine giurisprudenziale della fattispecie - non si risolve

⁵¹ C. eur., 6.10.2011, *Soros c. Francia*, in *DPP* 2011, 1539: in relazione al reato di *insider trading*, la Corte europea ha ritenuto prevedibile la condanna, tenendo conto del fatto che, nonostante una formulazione legislativa non chiarissima, il ricorrente era nel caso specifico un imprenditore qualificato e, quindi, doveva essere a conoscenza almeno dei rischi professionali legati alla propria attività, non potendone invocare la semplice ignoranza.

⁵² V. C. App Caltanissetta, 18.11.2015 n. 924, cit.

⁵³ Nello stesso senso, v. A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, cit., 29, secondo cui l'impostazione "euro-scettica" risentirebbe di una «scelta riduttiva di analisi».

⁵⁴ V. le osservazioni critiche di F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, cit., 5, in commento alla sentenza della Corte d'Appello di Caltanissetta, cit. Dopo aver ammesso che «è possibilissimo che la Corte EDU si sia sbagliata e che abbiano invece ragione i giudici nisseni nel ritenere che Bruno Contrada fosse perfettamente in grado di prevedere» la punibilità a titolo di concorso esterno, l'Autore, tuttavia, sottolinea come una simile valutazione non rientrava comunque nelle competenze della Corte di Caltanissetta, la quale si sarebbe dovuta limitare a prendere atto del *decisum* della sentenza europea, per quanto «costi fatica farlo», 4.

automaticamente (ed implicitamente) nemmeno il problema della prevedibilità. Infatti, dato che, nella prospettiva europea, il principio di legalità è incentrato sulla dimensione *in action* del diritto (con la conseguenza di un indebolimento del principio di determinatezza, come è emerso ad esempio nel caso Soros)⁵⁵, la Corte europea avrebbe probabilmente ritenuto imprevedibile la condanna - per incertezza interpretativa - anche se avesse riconosciuto il fondamento legale dell'incriminazione a titolo di concorso esterno. Ne consegue che le argomentazioni adottate dall'orientamento prevalso in giurisprudenza, al fine di escludere la *creation prétorienne* del concorso esterno e di riconoscere il fondamento legale dell'incriminazione, non sono di per sé sufficienti a giustificare automaticamente la prevedibilità.

Inoltre, sotto il profilo della tutela del principio di colpevolezza, l'orientamento dominante sembra non essersi accorto dell'innalzamento dello *standard* europeo: nella sentenza Contrada viene affermato non solo il diritto alla prevedibilità della condanna, ma anche il diritto alla prevedibilità del titolo di reato. Infatti, se non fosse stato punito a titolo di concorso esterno, Contrada sarebbe stato comunque condannato come partecipe o responsabile di favoreggiamento. Sotto questo profilo, sembra, dunque, ancora più difficile ritenere che il criterio della prevedibilità del titolo di reato sia stato adeguatamente soddisfatto solo in forza dell'argomento della pre-esistenza della base legale (indeterminata).

Per tali ragioni, sarebbe stato più opportuno che i giudici interni si fossero soffermati sulle ragioni per le quali (a prescindere dalla matrice giurisprudenziale o meno del concorso esterno) la punibilità a tale titolo era comunque prevedibile al momento del fatto. Ribadito il fondamento legale del concorso esterno, avrebbero dovuto essere valutate *funditus* le ragioni della prevedibilità, ovvero il principale problema interpretativo posto dalla sentenza Contrada.

Del resto, le argomentazioni non mancavano: infatti, già prima della sentenza Demitry, l'orientamento della giurisprudenza era quanto meno "oscillante" nel riconoscere la punibilità del concorso esterno, per cui l'agente si sarebbe trovato - proprio per l'esistenza di contrasti interpretativi - in una situazione quantomeno di dubbio sulla punibilità della condotta a titolo di concorso esterno. Anche in considerazione dell'elevata specializzazione professionale, Contrada disponeva di tutti gli elementi necessari (tra cui i precedenti delle sezioni semplici che avevano riconosciuto la punibilità del concorso esterno) per poter pronosticare, almeno come

⁵⁵ V. C. eur., 6.10.2011, *Soros c. Francia*, cit., con cui la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 7 Cedu, per in presenza di una formulazione legislativa indeterminata, per il fatto che la punibilità della condanna era comunque prevedibile per il ricorrente, data la presenza di alcuni specifici precedenti. La sentenza Soros sembra aver segnato il definitivo "tramonto" del principio di determinatezza, almeno per come tradizionalmente inteso nel nostro ordinamento. La Corte europea ha ritenuto, infatti, che anche la legge più indeterminata potrebbe essere astrattamente compatibile con il principio di legalità europea se l'incertezza della sua formulazione testuale è "compensata" da un'applicazione giurisprudenziale uniforme. Viceversa, sarebbe inevitabilmente in contrasto con la legalità europea quella legge che, per quanto formulata in maniera chiara e precisa, fosse caratterizzata da un'interpretazione giurisprudenziale non uniforme. In altre parole, nella prospettiva europea, la certezza *in action* prevarrebbe rispetto all'incertezza teorica del dato testuale.

possibilità, la rilevanza della propria condotta come concorso eventuale nel reato associativo. La prova dell'esistenza di un simile dubbio sarebbe stata sufficiente ad escludere l'esistenza di un legittimo affidamento in ordine alla liceità della condotta.

Proprio facendo leva su tali argomentazioni, la giurisprudenza interna sarebbe potuta giungere alla conclusione che, già prima della sentenza Demitry, la punibilità a titolo di concorso esterno fosse prevedibile. In altre parole, si sarebbe potuto agevolmente mettere in evidenza come il sillogismo della sentenza della Corte europea, circa la supposta imprevedibilità della condanna, fosse viziato già in premessa, nel momento in cui non è stato attribuito alcun peso ai numerosi precedenti che qualificavano la partecipazione eventuale ora nel senso del concorso esterno, come ad es. in materia di cospirazione, ora nel senso del concorso "interno". Dando rilievo a tali precedenti al fine di giustificare la prevedibilità della condanna, la giurisprudenza sarebbe pervenuta ad una soluzione conforme sia agli insegnamenti della Corte costituzionale circa i parametri di valutazione dell'evitabilità dell'errore sulla legge penale, sia ai canoni indicati dalla Corte europea in ordine alla c.d. prevedibilità soggettiva (v. *infra*). In questo senso, la risposta data dalla giurisprudenza interna si rivela un'"occasione mancata" per far chiarezza sul problema della prevedibilità della punibilità a titolo di concorso esterno.

6. L'equivoco in cui è caduta la giurisprudenza interna è stato, invero, in parte causato dalla stessa "ambivalenza" che affligge l'elaborazione europea del canone della legalità e dei suoi corollari, tra cui, *in primis*, proprio quello della prevedibilità. Nel graduale processo di elaborazione, tale ambiguità è emersa, infatti, in relazione ad almeno tre distinti profili.

Innanzitutto, la Corte europea sembra essere ormai determinata nel ritenere che la prevedibilità, intesa come possibilità che i consociati siano posti in condizione di valutare la rilevanza penale e le conseguenze sanzionatorie di una determinata condotta prima di commettere il fatto, debba essere valutata su base oggettiva. La prevedibilità deve essere giudicata *ex ante*, alla stregua del criterio dell'agente modello, valutando se la rilevanza penale di una determinata condotta sia o meno astrattamente prevedibile da chiunque si trovi in quella particolare situazione ed in un preciso momento storico (c.d. prevedibilità oggettiva). La prevedibilità costituisce, dunque, un connotato ontologico della punibilità: non è possibile che l'applicazione di una norma penale sia prevista da un soggetto e venga invece - legittimamente - esclusa da un altro (che si trovi nelle medesime condizioni spazio-temporali). Se ricorrono quelle circostanze obiettive che rendono prevedibile la condanna, il principio di garanzia deve ritenersi soddisfatto per tutti i consociati, senza distinzioni soggettive.

Ebbene, proprio nel tentativo di ancorare il giudizio a canoni oggettivi, la Corte europea ha ritenuto che il criterio formale per valutare la prevedibilità sia dato dal *discrimen* dell'esistenza o meno di un'interpretazione stabile. Se, al momento del fatto, l'orientamento giurisprudenziale è consolidato nel ritenere che la condotta è suscumbibile sotto una specifica disposizione incriminatrice, allora l'agente sarebbe posto nelle condizioni di poter prevedere la punibilità a tale titolo, a nulla rilevando

l'eventuale indeterminatezza della disposizione legislativa o la natura analogica dell'interpretazione.

Invero, tale conclusione interpretativa non è completamente esente da critiche, se si tiene conto del fatto che anche il criterio del diritto vivente si presta, in ultima analisi, ad una applicazione discrezionale, soprattutto in un ordinamento, come il nostro, in cui non vige il principio dello *stare decisis* (né verticale, né orizzontale), ed anche il *dictum* delle S.U. può - in linea teorica - essere sempre disatteso. È, inoltre, difficile individuare il preciso momento a partire dal quale un determinato indirizzo interpretativo acquista un livello di stabilità tale da meritare la qualificazione di diritto vivente, in quanto tale indirizzo - anche se confermato dalle S.U. - non può mai, a stretto rigore, essere considerato "definitivo", così come non è possibile garantirne con sicurezza l'applicazione da parte della giurisprudenza successiva. L'applicazione di un determinato orientamento, per quanto consolidato, non è mai realmente prevedibile per i consociati, dato che sui giudici non grava alcun obbligo (giuridico) di uniformità: essi possono discostarsene, se ritengono una data soluzione ermeneutica non corretta o non applicabile al caso di specie, tenuto conto di specifici elementi differenziali.

In secondo luogo, nell'elaborazione europea, non è chiara la rilevanza delle c.d. specifiche conoscenze personali e professionali dell'agente, ossia di tutti quegli elementi soggettivi (livello e tipologia di istruzione, attività lavorativa svolta, precedente ricorso a pareri legali o di altri esperti) che potrebbero rendere prevedibile la condanna da parte di un soggetto e non da parte di un altro. A titolo esemplificativo, si pensi al diverso grado di prevedibilità sussistente nel caso di illecito edilizio commesso dal proprietario di un immobile, caduto in errore circa l'interpretazione di un'ordinanza comunale, rispetto all'ipotesi in cui lo stesso fatto sia commesso da un imprenditore edile specializzato, che già in precedenza abbia edificato nello stesso comune e sia stato condannato per il medesimo reato.

In ordine alla specifica rilevanza delle conoscenze personali e professionali dell'agente, la giurisprudenza europea non presenta uniformità di vedute: non è chiaro quali siano il ruolo e l'importanza di tali fattori nell'ambito del giudizio di prevedibilità, soprattutto nel contesto dei c.d. delitti "artificiali". Mentre, talvolta, come nel caso Contrada, la Corte europea ha escluso ogni riferimento alla posizione personale del ricorrente, facendo leva sul solo dato formale della pre-esistenza del diritto vivente; in altri casi, invece, essa ha considerato, come parametro di giudizio, anche la posizione personale del ricorrente, valutando se, in base alle proprie specifiche competenze professionali, questi fosse in grado di prevedere la punibilità della condotta e il relativo trattamento sanzionatorio⁵⁶. In queste ultime ipotesi, si è ritenuto che, a seconda del tipo di reato commesso, il professionista specializzato

⁵⁶ Nel citato caso Soros, infatti, si è ritenuto soddisfatto il principio della prevedibilità facendo riferimento al fatto che il ricorrente fosse un professionista qualificato, oltre che per l'esistenza di precedenti interni conformi all'interpretazione *in malam partem*. Nel caso Pessino (C. eur., sent. 10.10.2006, *Pessino c. Francia*, in www.hudoc.echr.coe.int), la Corte ha ritenuto violato il principio della prevedibilità nonostante il ricorrente (condannato per abuso edilizio) fosse un imprenditore edile, motivando proprio sul fatto che nonostante le specifiche conoscenze professionali non avrebbe comunque potuto prevedere la condanna per l'assenza di precedenti.

(imprenditore, agente di borsa, agente immobiliare, notaio, avvocato, ecc.) fosse in grado di prevedere le conseguenze penali della propria condotta, sulla base delle proprie conoscenze, a differenza del comune cittadino.

Tuttavia, se il rispetto del principio di prevedibilità europea, come corollario della legalità, deve essere valutato su base oggettiva (in termini di pre-esistenza di una fonte legale), appare “anomalo” il richiamo al criterio “suppletivo” delle conoscenze soggettive, sulla base di una valutazione *a parte subiecti*. Tale argomento è stato utilizzato dalla Corte europea *ad abundantiam*, come se, in definitiva, la verifica dei precedenti non fosse un parametro di giudizio di per sé “sufficiente”. Il richiamo alle conoscenze personali dell’agente sembra spostare l’attenzione sul piano della colpevolezza, trasformando la valutazione di prevedibilità in un giudizio sulla rimproverabilità e sulla concreta esigibilità soggettiva (c.d. prevedibilità soggettiva).

Un ulteriore aspetto problematico emerso nella gestione della prevedibilità da parte della Corte europea, è costituito dal ricorso al criterio “alternativo” dell’evoluzione socio-culturale nella percezione del disvalore del precetto (c.d. *prevedibilità evolutiva*). Basti pensare al ben noto caso S.W e C.R. c. Regno Unito⁵⁷, in cui nel riconoscere la prevedibilità dell’*outruling* sfavorevole del *marital rape*, sembrano aver giocato un ruolo decisivo considerazioni valoriali piuttosto che il rispetto di precisi requisiti formali⁵⁸. In tal caso, data l’assenza di precedenti conformi, la Corte europea non poteva giustificare la prevedibilità della condanna attraverso il ricorso a criteri formali (esistenza del diritto vivente): in altre parole, sulla base del criterio oggettivo si sarebbe dovuto concludere per l’imprevedibilità della decisione della Corte inglese, con conseguente violazione dell’art. 7 Cedu. Tuttavia, la Corte europea ha fatto ricorso ad un criterio alternativo e, cioè, a quello della conformità all’evoluzione sociale: pur non essendo prevedibile su base oggettiva, si è ritenuto che l’applicazione retroattiva delle interpretazioni evolutive fosse compatibile con l’art. 7 Cedu. Se tutti i consociati potevano prefigurarsi la lettura estensiva del precetto, il ricorrente non poteva legittimamente invocare la propria personale ignoranza in ordine al disvalore della condotta.

In questo senso, la c.d. prevedibilità evolutiva implica che l’orientamento interpretativo applicato corrisponda al c.d. “contenuto essenziale

⁵⁷ C. eur., 22.11.1995, S.W e C.R. c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.coe.int. Nella giurisprudenza inglese si era verificato un *outruling* interpretativo *in malam partem*, in ordine all’applicabilità, nei casi di *marital rape*, della speciale causa di non punibilità (*exemption o immunity*) a favore del marito. Nei casi S.W e C.R. c. Regno Unito, la Corte europea ha ritenuto che l’evoluzione interpretativa della giurisprudenza inglese fosse una conseguenza del tutto prevedibile del mutamento del costume sociale, escludendo la violazione del principio di legalità. In particolare, si è ritenuto che, già all’epoca della commissione dei fatti e cioè nel settembre 1990, l’abolizione dell’immunità coniugale costituiva un approdo interpretativo coerente con la sostanza dell’illecito.

⁵⁸ Nonostante l’assenza di precedenti giurisprudenziali, la Corte europea ha ritenuto prevedibile il mutamento interpretativo, facendo riferimento al fatto che il nuovo indirizzo (anche se in contrasto con una precedente interpretazione consolidata) fosse conforme all’evoluzione del comune sentire sociale. In tali ipotesi, l’obiettivo della prevedibilità sarebbe comunque tutelato, trattandosi di un mutamento considerato “fisiologico” dalla società, per cui l’agente nonostante l’assenza di precedenti non potrebbe addurre la propria personale ignoranza in ordine al disvalore della condotta.

dell'incriminazione", inteso come «corrispondenza al "tipo" criminoso sostanziale»⁵⁹. Il confine tra l'attività interpretativa consentita e quella vietata finirebbe così per essere collocato non sul piano formale del rispetto del dato testuale, ma su quello sostanziale del contenuto di disvalore dell'illecito: in questo senso, la prospettiva europea segna un punto di rottura rispetto all'impostazione del nostro ordinamento in ordine al principio di legalità, postulando parametri di giudizio – quali appunto la conformità al disvalore dell'illecito – estranei alla tradizione della nostra ermeneutica penalistica. Il criterio della corrispondenza al disvalore dell'illecito sembrerebbe, infatti, presentare delle assonanze, più che con la legalità, con il requisito della coscienza dell'offesa, ma "in negativo", come sua assenza. L'agente sarebbe punito solo se si rappresenta o può rappresentarsi la portata offensiva della propria condotta, a prescindere dalla pre-esistenza di una legale previsione incriminatrice.

Nel complesso, sono state proprio queste oscillazioni interpretative nell'elaborazione (ancora *in progress*) del criterio di prevedibilità a destare negli interpreti le maggiori perplessità, tanto che si è dubitato della reale coerenza della giurisprudenza di Strasburgo⁶⁰. Proprio a causa dell'alternanza dei criteri utilizzati (oggettivo, soggettivo, evolutivo), si ha l'impressione che il principio della prevedibilità sia stato in verità "manipolato" dalla Corte europea a seconda dei casi concreti, e adattato alle pre-comprensioni relative al grado di disvalore del fatto. I parametri di giudizio utilizzati non sembrano costituire indicatori univoci sul piano della prevedibilità: più che criteri in grado di orientare *ex ante*, gli interpreti, essi sembrano meri argomenti utilizzati in chiave di razionalizzazione e giustificazione *ex post* della soluzione adottata.

Per queste ragioni, il giudizio di prevedibilità di matrice europea sembra scontare i limiti derivanti da un'elaborazione teorica non ancora definita ed "affidabile". Il principio, così come elaborato in sede europea, non riesce a garantire un livello di tutela paragonabile a quello assicurato, sul piano interno, dal binomio riserva di legge/irretroattività, come sostenuto dalla dottrina interna restia all'idea di intaccare i presidi di garanzia della legalità interna⁶¹. A suscitare nella scienza penalistica «una certa qual sofferenza»⁶², è, soprattutto, la tensione ancora irrisolta

⁵⁹ Secondo F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., 2695b ss., è proprio il rispetto del "contenuto essenziale dell'incriminazione" a costituire «la vera bussola e l'invalidabile limite dell'interpretazione consentita».

⁶⁰ Così, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 346 ss.

⁶¹ V. A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia* 2014, 91 ss.; V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista, Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.1.2015; ID., *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP* 2014, 285 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., 12b ss.; seppur in chiave problematica D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *RIDPP* 2015, 29 ss.

⁶² F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *CP* 2016, 2695b ss. Per l'Autore, il clima di "fermento" dottrinale sarebbe testimoniato anche dal fatto che mentre alcuni (P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari 2015) vedono nella legalità europea e nel principio di prevedibilità, come percorso

tra dimensione “oggettiva” (obiettiva situazione di incertezza normativa) e dimensione “soggettiva” della prevedibilità (giudizio di inesigibilità).

La Corte europea sembra trovarsi di fronte ad un bivio: occorre attendere le prossime pronunce per verificare quale impostazione finirà per prevalere. Fin tanto che tali incertezze non saranno superate, è comprensibile che la giurisprudenza interna opponga una certa resistenza al recepimento di un canone, quello di prevedibilità, per molti versi ancora indefinito e cangiante.

ILP

giuridico della postmodernità, un «ritorno al diritto», altri [AA.VV., *La fine del diritto?*, Bologna 2009] ipotizzano «la fine del diritto».)

LA LEGISLAZIONE PENALE

[titolo chiave: LA LEGISLAZIONE PENALE (ONLINE)]

E232460 - issn: **2421-552X** (attiva dal 2014) - **on line**