

Il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge di fronte all'ossimoro della cristallizzazione del diritto vivente. L'epilogo dell'*affaire* Contrada

di **Laura Delbono**

SOMMARIO. 1. La vicenda processuale, parte prima: dal Tribunale di Palermo alla Cassazione (e ritorno). - 2. La vicenda processuale, parte seconda: l'intervento della Corte EDU. - 3. L'interpretazione dell'art. 46 CEDU dalla Corte di Cassazione. - 4. Il giudice nazionale e l'obbligo di conformazione: *tertium non datur*? - 5. La prevedibilità del diritto vivente, tra nomofilachia e indipendenza del giudice. - 6. Considerazioni conclusive.

1. La vicenda processuale, parte prima: dal Tribunale di Palermo alla Cassazione (e ritorno)

Giunti all'epilogo, non può che ripercorrersi brevemente l'*iter* giudiziario del caso Contrada, connotato da rara complessità e, fin dall'inizio, teatro di fondamentale rilevanza per l'analisi dell'istituto del concorso eventuale nel reato associativo di stampo mafioso.

Bruno Contrada, funzionario di Polizia e dirigente presso organi investigativi e di sicurezza preposti al contrasto alla criminalità mafiosa, viene sottoposto ad indagini per condotte di agevolazione e favoritismo nei confronti della criminalità mafiosa, temporalmente collocate tra il 1979 e il 1988 e, quindi, condannato a dieci anni di reclusione¹, con perpetua interdizione dai pubblici uffici, e prescrizione della misura di sicurezza della libertà vigilata per tre anni .

La sentenza viene riformata in secondo grado², con formula assolutoria piena: i giudici accolgono l'impugnazione evidenziando un insufficiente fondamento probatorio, con particolare riguardo alla scarsa credibilità delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia.

Il caso Contrada giunge a questo punto - per una prima volta – innanzi alla Corte di Cassazione. In sede di legittimità viene ritenuto fondato il ricorso del Pubblico Ministero e disposto l'annullamento della sentenza della

¹ Trib. Palermo, 5 aprile 1996.

² Corte d'appello di Palermo, 4 maggio 2001.

Corte d'appello per difetto di motivazione. La Corte d'appello di Palermo, in sede di rinvio³, conferma la prima sentenza del Tribunale di Palermo: trascorsi dieci anni, dunque, si torna al punto di partenza.

Bruno Contrada continua a sostenere le sue ragioni e presenta istanza di revisione del processo alla Corte d'Appello di Caltanissetta, che la dichiara inammissibile con sentenza del 24 settembre 2011, confermata, in data 25 giugno 2012, dalla Corte di Cassazione.

Nel frattempo, parallelamente, la giurisprudenza prosegue nella elaborazione della figura del concorso esterno, superando definitivamente l'orientamento negazionista⁴ con la sentenza Demitry⁵, seguita dalle successive Mannino⁶, Carnevale⁷ e Mannino *bis*⁸, che arriva infine a delineare quello che è, in massima parte, l'attuale statuto della fattispecie.

La perimetrazione della fattispecie non deve tuttavia essere intesa quale punto di arrivo di un'attività creativa di natura esclusivamente pretoria: non può negarsi, infatti, in accordo con l'opinione assolutamente maggioritaria della giurisprudenza, il fondamento codicistico del concorso esterno, avendo il legislatore del 1930 sistematicamente previsto meccanismi di estensione della punibilità (artt. 40 comma 2, 56, 110 c.p.), il cui utilizzo in fase di sussunzione della fattispecie non si distingue dall'operazione di qualificazione da effettuarsi per una qualsiasi norma incriminatrice espressa. Se di interpretazione creativa si trattasse, del resto, lo stesso dovrebbe dirsi per tutte le combinazioni tra fattispecie incriminatrici di parte speciale con una qualsiasi tra le citate disposizioni generali.

³ Corte d'appello di Palermo, 25 febbraio 2006.

⁴ Sul punto, sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987, sentenza Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989, sentenze Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994.

⁵ Cass. S.U. n. 16 del 5 ottobre 1994, in Cass. pen. 1995, 842.

⁶ Cass. S.U. n. 30 del 14 dicembre 1995, in Cass. pen., 1996, 1087.

⁷ Cass. S.U. n. 22327 del 30 ottobre 2002, in Cass. pen., 2003, 3276.

⁸ Cass. S.U. n. 33748 del 12 luglio 2005, in Cass. pen., 2005, 3732. La soglia di rilevanza penale del contributo è individuata sulla base del criterio dell'efficienza causale, che deve effettivamente concorrere al rafforzamento e al mantenimento dell'associazione, secondo un giudizio controfattuale di prognosi *ex post*. Ulteriore caratteristica dell'apporto, ai fini della configurabilità in quello che è stato contestualmente qualificato come reato permanente (Cass. 9 maggio 2014 n. 28225) è la sua infungibilità con le condotte degli associati.

Piuttosto, il problema specifico della configurabilità del concorso esterno, attualmente superato⁹ riguardava la presenza di limiti logici preclusivi, con particolare riguardo alla possibilità di individuare e nel caso secondo quali criteri, una linea di demarcazione tra la condotta associativa tipica e quella del concorrente esterno.

Proprio considerando la successione di pronunce in materia, tutte a Sezioni Unite e tutte enuncianti criteri diversi, spesso concorrenti, a volte quasi contraddittori¹⁰, invece, si intuisce quale sia divenuto, nel corso degli anni, il cuore del dibattito sulla legittimazione del concorso esterno nel reato associativo: non già la mancanza di una fattispecie autonoma espressa, bensì il rapporto tra la prevedibilità della legge penale - o meglio, del diritto penale effettivo, così come interpretato dalla giurisprudenza - e l'imprescindibile funzione di orientamento generalpreventivo e garantista delle condotte dei consociati.

2. La vicenda processuale, parte seconda: l'intervento della Corte EDU

Dopo il rigetto dell'istanza di revisione ed ampiamente esaurita la via dei ricorsi interni e dei rimedi nazionali concretamente esperibili, Contrada si rivolge alla Corte EDU, invocando la violazione dell'art. 7 della Convenzione: è a questo punto che emerge, per la prima volta, la questione del rispetto del principio di legalità secondo i principi sovranazionali.

Se la lettera della disposizione, parallela a quella dell'art. 25 Cost., non pare innovativa, la relativa interpretazione, soprattutto tenendo conto delle posizioni espresse dalla stessa Corte sovranazionale, presenta, invece, profili di indubbia peculiarità.

Da un lato, non è prescritta alcuna riserva di legge, cosicché la norma può dispiegare effetti analoghi tanto nei sistemi di *civil law*, tanto in quelli di *common law*, operando a prescindere da un necessitato fondamento codicistico della legge penale, dall'altro l'interpretazione CEDU lascia ampio spazio a corollari del principio di legalità, non sempre valorizzati a

⁹ Corte cost. n. 48/2015.

¹⁰ Rimandando per una trattazione esaustiva a MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, in questa sede si ricorda, in estrema sintesi, che in un primo momento il concorso esterno è reputato configurabile soltanto in caso di intervento straordinario in ausilio all'associazione che versi in uno stato patologico di "fibrillazione", per poi essere riconosciuto in virtù della coscienza e volontà dell'apporto in un qualsiasi momento dell'attività associativa, coscienza e volontà successivamente specificata nella forma di un dolo specifico, volto alla realizzazione del programma criminoso da attuarsi per mezzo dei reati-scopo, seppur nell'assenza dell'*affectio societatis* che caratterizza, invece, il compartecipe.

livello nazionale, quali l'accessibilità e la prevedibilità.

E' di tale ultimo aspetto che si occupa la Corte di Strasburgo e che, parallelamente, desta le maggiori perplessità in ordine alle ricadute sul nostro ordinamento.

La sentenza della Corte EDU ha avuto vastissima eco: rimandando agli svariati contributi dottrinali¹¹ in materia, ci si limiterà ad occuparsi degli specifici aspetti connessi al diritto sostanziale¹², con preliminare attenzione al rapporto tra giurisprudenza CEDU e obblighi di conformazione del giudice nazionale, secondo quanto ritenuto in sede di legittimità con la sentenza in esame e alla declinazione del principio di legalità rispetto al – fisiologico, almeno nel nostro sistema – mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale.

Essenzialmente, la Corte di Strasburgo ragiona sul presupposto che il referente del concorso esterno sia da ravvisarsi nel prodotto dell'attività del formante giurisprudenziale dal punto di vista evolutivo: dunque, sebbene la fattispecie fosse riconosciuta già a partire dagli anni '70/'80, la sua struttura può dirsi essersi consolidata solo nel 1994 (Cass. S.U., n. 16 del 5 ottobre 1994, imp. Demitry), con la conseguenza che, all'epoca dei fatti contestati, *"il reato non era sufficientemente chiaro e prevedibile"*.

Dalla così accertata violazione dell'art. 7 CEDU, unitamente alla condanna dell'Italia al risarcimento del danno morale patito da Contrada, deriva il problema dell'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli subite. Eliminazione, invero, difficile da prospettare, potendosi tutt'al più prospettare con riguardo agli effetti penali della condanna già interamente scontata.

Prima che la complessa vicenda, ormai corredata da una stratificazione di provvedimenti, ritorni ancora una volta, l'ultima, innanzi alla Corte di

¹¹ Ricorso n. 66655/13, 14 aprile 2015 Contrada c/Italia. Tra gli annotatori, *ex pluribus*, si segnalano: CIVELLO CONIGLIARO S. *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso primissime osservazioni sul caso Contrada*, in Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim., 4 maggio 2014 MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* In www.penalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2016; LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi – Voce per il libro dell'anno Treccani 2017*. La sentenza è passata in giudicato a seguito del rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Camera, formulata dal Governo italiano ai sensi dell'art. 43 della Convenzione.

¹² Non saranno volutamente approfonditi in questa sede gli aspetti processuali, relativi alle conseguenze in materia di esecuzione penale derivanti dalla sentenza CEDU e dei rimedi esperibili. Si veda, comunque, C. app. Caltanissetta, sent. 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016) annotata da VIGANO' F. *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu* in www.penalecontemporaneo.it; Cass., sez. V pen., sent. 14 settembre 2016-12 ottobre 2016, n. 42996; Cass., sez. I pen., sent. 11 ottobre 2016-18 ottobre 2016), n. 44193; Cass. pen., sez. II, sentenza 20 giugno 2017-7 settembre 2017, n. 40889.

Cassazione, vengono a tal fine instaurati due distinti procedimenti: il primo, dinnanzi alla Corte d'appello di Caltanissetta, ha ad oggetto la revisione del processo¹³, il secondo, introdotto con incidente di esecuzione, si conclude con un'ordinanza di inammissibilità della Corte d'appello palermitana¹⁴, avverso la quale è proposto ricorso per cassazione, definito con la sentenza in commento.

3. L'interpretazione dell'art. 46 CEDU da parte della Corte di Cassazione

“Così inquadrata la violazione dell'art. 7 CEDU – non può rilevare in questa sede se a torto o ragione – nella vicenda giurisdizionale che ha coinvolto il ricorrente il Collegio osserva che non può comunque essere eluso l'obbligo di conformarsi a detta decisione, pur tenendo conto delle peculiarità del caso Contrada”.

L'intero impianto motivazionale può essere riportato, essenzialmente a questa statuizione, che pone in luce due aspetti strettamente correlati: premettendo di dover rigidamente ottemperare, in ossequio all'obbligo di conformazione discendente dall'art. 46 CEDU¹⁵, al *dictum* della Corte EDU, il collegio ritiene che non sia più in facoltà del giudice nazionale sindacare il merito della ricostruzione operata dai giudici di Strasburgo.

Tale motivazione si pone in aperta rottura con l'ordinanza impugnata, che infatti viene completamente ribaltata e spicca per la totale assenza di un'analisi da parte del giudice nazionale in ordine a quanto statuito dai giudici di Strasburgo. In effetti, la Corte di Cassazione dichiara espressamente di non voler esaminare il “torto” e la “ragione” della questione e nel contempo, implicitamente, sceglie anche di non scandagliare la portata dell'obbligo di conformazione, evitando di prendere posizione su questioni che erano state, al contrario, chiaramente poste dai giudici palermitani, nonché dalla requisitoria della Procura Generale.

Nell'ordinanza si legge: “[.] è illogico ritenere, come affermato dal difensore, che non si debba avere minimamente riguardo al merito della vicenda quasi come se il giudice italiano fosse un mero esecutore dei disposti della Corte EDU, laddove, invece, egli risponde solamente alla

¹³ Cfr. nota 11. Il procedimento in questione si è concluso con sentenza di inammissibilità resa dalla Corte di Cassazione in data 20 gennaio 2017, in esito alla rinuncia al ricorso.

¹⁴ Corte d'appello di Palermo, n. 466 dell'11 ottobre-24 ottobre 2016.

¹⁵ Articolo 46 – *Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze* “ 1. Le alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione. “

legge”.

Ebbene, nemmeno un accenno sul punto da parte della Corte.

O meglio, nemmeno un accenno problematico, come si evince chiaramente dal riferimento agli artt. 19 e, soprattutto, 46 della Convenzione, il cui “*obbligo [...] dunque, non può essere messo in discussione*”, con la specificazione che i rilievi della Corte d’appello non sono condivisibili e tanto perché, con riferimento a questo specifico caso, il giudice nazionale non gode di alcun “*marginale di discrezionalità*” nel recepimento della sentenza.

Resta agli interpreti comprendere il ragionamento sotteso a tale affermazione, ad una prima lettura piuttosto apodittica.

Un indizio è il riferimento alla nota sentenza Dorigo, a seguito della quale, dopo una serie di rimedi adottati in sede giurisprudenziale, perdurando l’inerzia del legislatore, la Corte costituzionale¹⁶ ha dichiarato incostituzionale l’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un’ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna con conseguente riapertura del processo nei casi di obbligatoria conformazione ai sensi del citato art. 46.

Il problema che si era posto in questo caso, tuttavia, sorgeva con specifico riferimento alle ipotesi di violazione dell’art. 6 in materia di equo processo, con conseguente necessità di una rinnovazione del giudizio al fine di rimediare agli *errores in procedendo* commessi.

Nel caso Contrada non si tratta, però, di riaprire un processo per consentirne uno svolgimento conforme ai principi sanciti dall’art. 6, quanto di rimuovere, genericamente, gli effetti pregiudizievoli che derivano da una condanna già scontata. Sussiste, evidentemente, una fondamentale differenza tra le due vicende giudiziarie, perché nel caso che ci occupa la Corte EDU ha accertato una violazione sostanziale, che di fatto può contemplare soltanto un rimedio demolitorio: si intuisce così più chiaramente cosa debba intendersi con riguardo all’assenza di discrezionalità per il giudice nazionale che lascerebbe la pronuncia di Strasburgo. I giudici della Corte di Cassazione, in effetti, reinvestiti della questione, hanno ritenuto che null’altra soluzione potesse esserci se non revocare la sentenza di condanna.

Si impongono, però, a questo punto, degli interrogativi, tenendo a mente il presupposto secondo il quale nel caso specifico vi sarebbe una ed una sola modalità di ottemperare alla sentenza CEDU, (sebbene, è il caso già di dirlo, il dispositivo non rechi alcuna indicazione sui rimedi idonei a riparare la violazione, salva la corresponsione di un indennizzo a ristoro del danno morale).

¹⁶ Sentenza n. 113/2011.

La Corte di Cassazione ritiene che il giudice nazionale sia, *a fortiori* in questa ipotesi, assolutamente vincolato dall'obbligo discendente dall'art. 46 CEDU.

Si ritiene che una conclusione tanto netta sul *quomodo* avrebbe dovuto essere preceduta da una riflessione più approfondita sull'*an*, e proprio sulla base delle particolarità del caso specifico, che, vale la pena ricordarlo, non è interessato dalla pur grave violazione dei parametri processuali del giusto processo, ma dalla diretta messa in discussione della legittimità di una norma di diritto penale sostanziale.

In altri termini, occorre chiedersi se un obbligo di conformazione che non lasci alcuna discrezionalità sia compatibile con i principi informatori del nostro ordinamento, considerando, appunto, che l'oggetto della sentenza CEDU si traduce nel sindacato sull'applicabilità di una fattispecie penale di particolare importanza, essendo a tutt'oggi innegabile che le estrinsecazioni della contiguità mafiosa hanno per certi versi storicamente condotto ad un rafforzamento del fenomeno sul piano economico-sociale pari, se non addirittura superiore, a quello realizzato dagli associati stessi¹⁷.

4. Il giudice nazionale e l'obbligo di conformazione: *tertium non datur*?

Il dubbio appare legittimo, quantomeno in considerazione del fatto che constano precedenti nei quali la portata dell'obbligo di conformazione è stata o ridimensionata *ex se*, o bilanciata con principi costituzionali di pregnante rilevanza. E' il caso di ripercorrere queste pronunce, che la Corte di Cassazione, al contrario, non ha ritenuto di esaminare con riferimento alla questione in esame.

Giova sottolineare che la premessa di fondo comune a tutte, e puntualmente ribadita, è il rispetto del meccanismo di integrazione nel nostro ordinamento delle disposizioni convenzionali, così come interpretate dalla Corte EDU: tanto sarebbe stato sufficiente quantomeno ad indurre delle riflessioni più articolate con riguardo ai perimetri del predetto obbligo, senza per questo adombrare il rischio di un mancato rispetto degli impegni assunti in sede internazionale.

Le considerazioni che seguono devono, infatti, essere lette tenendo a mente che, com'è noto, le disposizioni della CEDU operano quali fonti interposte per il tramite dell'art. 117 Cost., che non essendo equiparate al

¹⁷ GROSSO C.F., *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, II, 1190, VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, 2003, Torino; FIANDACA G., *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in Foro it., 2010, V.

rango di fonti costituzionali sono pertanto anche soggette al sindacato della Corte costituzionale.

La natura sub-costituzionale presenta come ulteriore corollario l'esigenza di una conformità alla Costituzione più ampia, se paragonata a quella richiesta alle norme dell'ordinamento UE¹⁸, che vedono quali limiti al dispiegarsi dei loro effetti nell'ordinamento nazionale i soli principi fondamentali, secondo la nota teoria dei controlimiti.

Orbene, concentrandosi in primo luogo sulla portata dell'obbligo di conformazione, è inevitabile richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 49/15, successiva alla nota sentenza *Varvara*, con la quale la Corte EDU aveva statuito l'inapplicabilità della sanzione amministrativa della confisca dei beni disposta a seguito dell'accertamento del reato di lottizzazione abusiva in difetto di una sentenza di condanna, ed in particolare, in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione¹⁹. Si evidenzia che il parametro convenzionale violato a parere della Corte EDU era, anche in questo caso, l'art. 7 della Convenzione, sebbene sotto il particolare profilo del valore sostanzialmente penale da attribuirsi alla c.d. confisca urbanistica, non riconosciuto nel nostro ordinamento.

Il ragionamento svolto dalla Corte si basa sulle citate sentenze gemelle del 2007, ma si spinge ad affermare ancora più nettamente che i giudici nazionali non possono considerarsi "*passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale*", essendo questi ultimi soggetti esclusivamente all'art. 101, comma 2, Cost., anche nel caso di applicazione di norme convenzionali. Con due ulteriori precisazioni: che il giudice non potrà discostarsi dal *decisum* di Strasburgo con riferimento agli effetti lesivi accertati (e, sembra il caso di precisare, concretamente eliminabili), qualora torni ad occuparsi del caso e che, soprattutto, l'interpretazione CEDU vincola l'interpretazione della norma nazionale soltanto qualora si tratti di "diritto consolidato".

¹⁸ Corte cost., n. 348 (e 349) del 22 ottobre 2007.

¹⁹ La questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 in riferimento all'art. 117 Cost., viene dichiarata inammissibile, in quanto avrebbe dovuto essere proposta con riferimento alla legge nazionale di adattamento della CEDU.

In ordine a quest'ultimo, rilevante aspetto, pare difficile sostenere che le letture dell'art. 7 operate dalla Corte EDU, attualmente, siano caratterizzate da stabilità ed univocità²⁰.

Sul punto, sebbene sia arduo individuare in concreto gli elementi idonei a giungere ad un siffatto giudizio, sembra senz'altro potersi ribadire, come si vedrà trattando del merito della questione, che da un lato la giurisprudenza sul caso Contrada è connotata da tratti innovativi e, dall'altro, che le stesse sentenze della Corte EDU in materia di garanzia e legalità nel processo penale lasciano intravedere quantomeno qualche oscillazione, perlomeno nel delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi dell'imputato e delle vittime di reato.

Un caso esemplificativo è la recente sentenza *Talpis*²¹: seppure con riferimento ad una fase procedimentale antecedente all'esercizio dell'azione penale e, dunque, connessa ad un profilo della legalità diverso rispetto alla qualificazione e alla formulazione del capo d'imputazione, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione degli artt. 2, 3 e 14 della Convenzione per l'omessa adozione di misure preventive - in specie, cautelari - in un caso di violenza domestica, senza peraltro specificare quali iniziative concrete, in rapporto a quanto previsto dal nostro codice di procedura penale, avrebbero potuto e dovuto essere previste ed attuate (e, soprattutto, viene da chiedersi, nel contestuale rispetto dell'art. 5 della stessa Convenzione).

²⁰ Sul punto, DI GIOVINE, O. *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 1/2013, 180: “[...] anche la CEDU, storicamente sorta per confrontarsi con la violazione dei diritti fondamentali in situazioni “estreme” (relativamente alle quali non dava e non dà adito a problemi), comincia a trovarsi di fronte a situazioni delicate, ben diverse da quelle per cui era stata “pensata”. Di conseguenza, complice anche l'esponentiale incremento del suo contenzioso, la Corte di Strasburgo inizia a manifestare oscillazioni e le sue sentenze non si rivelano all'altezza del ruolo, cui pure aspirerebbero, di precedenti vincolanti, suscettibili di tradursi in diritto interno. Pur dovendosi prendere atto dell'innegabile collegamento tra diversi sistemi (passaggio necessario all'auspicabile obiettivo di una futura maggiore omogeneizzazione), ritenere che tali sentenze si traducano sic et simpliciter in diritto interno sarebbe quindi, oltre che imprudente, teoricamente discutibile.”

²¹ Ricorso n. 41237/14, sent. 2 marzo 2017.

La definizione dell'attuale statuto dell' art. 7 CEDU non pare dunque sussumibile in un orientamento consolidato²², soprattutto con riferimento a quello che è poi "il" bilanciamento fondamentale del diritto penale, da operarsi tra le garanzie aventi quale destinatario il soggetto sottoposto ad indagini/imputato e le istanze di repressione criminale a tutela della generalità dei consociati.

Lungi dal negarne la complessità, si sottolinea soltanto come, in conformità al suesposto ragionamento della Corte costituzionale, quel margine di discrezionalità esecutiva del giudice nazionale sembri piuttosto, come si vedrà, un presupposto indefettibile al recepimento della giurisprudenza convenzionale, atteso il contenuto dell'art. 101, comma 2, Cost.²³

La Corte costituzionale aveva già del resto, in precedente occasione, analogamente ragionato allorquando, nel giudizio di costituzionalità di cui alla sentenza n. 238/2014²⁴, era stato sottoposto al suo sindacato l'art. 1 (*rectius*, 3) della legge di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite²⁵ per violazione degli artt. 2 e 24 Cost., nella parte in cui, all'art. 94, prescrive che "*ciascun membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della CIG in ogni controversia di cui esso sia parte*", in evidente parallelismo con il caso che ci occupa²⁶.

²² Sul punto, BERNARDI S., *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione - Considerazioni su Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016* (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193, Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim., 2/2017, 270 ss.; e soprattutto DI GIOVINE, O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim., 1/2013, 180: "[...] anche la CEDU, storicamente sorta per confrontarsi con la violazione dei diritti fondamentali in situazioni "estreme" (relativamente alle quali non dava e non dà adito a problemi), comincia a trovarsi di fronte a situazioni delicate, ben diverse da quelle per cui era stata "pensata". Di conseguenza, complice anche l'esponentiale incremento del suo contenzioso, la Corte di Strasburgo inizia a manifestare oscillazioni e le sue sentenze non si rivelano all'altezza del ruolo, cui pure aspirerebbero, di precedenti vincolanti, suscettibili di tradursi in diritto interno. Pur dovendosi prendere atto dell'innegabile collegamento tra diversi sistemi (passaggio necessario all'auspicabile obiettivo di una futura maggiore omogeneizzazione), ritenere che tali sentenze si traducano sic et simpliciter in diritto interno sarebbe quindi, oltre che imprudente, teoricamente discutibile."

²³ Si veda *infra*, sub 5.

²⁴ Con nota di MELONI C., "*La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*", in www.penalecontemporaneo.it.

²⁵ l. 17 agosto 1957, n. 848.

²⁶ La pronuncia della in questione (Corte Internazionale di Giustizia, n. 3/2012) statuiva l'obbligo del giudice italiano al diniego della propria giurisdizione rispetto a condotte (qualificabili come crimini di guerra e contro l'umanità) gravemente lesive diritto internazionale umanitario e dei diritti fondamentali poste in essere da un altro Stato.

La Corte costituzionale accoglie dunque la questione di legittimità relativa alla legge di esecuzione proprio nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia²⁷: *“Considerato che, come si è già ricordato più volte, la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali costituisce uno dei “principi supremi dell’ordinamento costituzionale”, ad esso non può opporre resistenza la norma denunciata (l’art. 1 della legge di adattamento), limitatamente alla parte in cui vincola lo Stato italiano, e per esso il giudice, a conformarsi alla sentenza del 3 febbraio 2012 della CIG, che lo costringe a negare la propria giurisdizione in ordine alle azioni di risarcimento danni per crimini contro l’umanità, in palese violazione del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.”*

Se le norme internazionali pattizie, recepite attraverso leggi ordinarie, si collocano dunque in un rango inferiore rispetto a quelle consuetudinarie e del diritto UE²⁸, ne consegue che *“il giudice comune è tenuto ad applicare il proprio diritto nazionale anche se contrastante con i diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, non potendo procedere alla relativa disapplicazione,*

²⁷ Punto 4.1, considerato in diritto. Ancora, in termini analoghi, si vedano Corte cost. n. 230/2012, secondo la quale la conformazione agli obblighi internazionali opera nei *“limiti in cui la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea la quale si pone pur sempre a livello subcostituzionale non venga a trovarsi in conflitto con altre conferenti previsioni della Costituzione italiana (sentenze n. 303, n. 236 e n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009), e ferma restando, altresì, la spettanza a questa Corte di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell’ordinamento in cui l’interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi (sentenze n. 303 e n. 236 del 2011, n. 311 del 2009)”* nonché Corte cost. n. 264/2012 *“In definitiva, se, come più volte affermato da questa Corte (sentenze n. 236, n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007), il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l’apposizione di riserve, della Convenzione, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l’applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele.”*

²⁸ Essendo stato escluso che il Trattato di Lisbona abbia modificato la posizione della CEDU nella gerarchia delle fonti attraverso una *“trattatizzazione”* della CEDU (sul punto, Cass. SU, n. 9595 del 13 giugno 2012).

*ma dovendo limitarsi a sollevare questione di costituzionalità*²⁹, eventualmente con qualsiasi altra norma costituzionale dovessero venire a collidere, senza nemmeno la necessità di limitare il sindacato alla sola violazione dei controlimiti.

Esaminate queste pronunce, si può ritenere che la Corte di Cassazione avrebbe quantomeno potuto interrogarsi in ordine a tale possibilità, valutando inoltre le argomentazioni esposte in requisitoria dalla Procura Generale, che evidenzia *“il rischio di collocare la CEDU all’interno del nostro ordinamento quasi fosse l’organo del quarto grado di giudizio con il potere di annullare le decisioni della Corte di Cassazione. A parte la ‘convenzionalità’ dell’accertamento operato dai Giudici di Strasburgo, condizionato dai limiti strutturali del giudizio europeo che, nel caso di specie, non hanno consentito alla Corte di conoscere tutti gli atti giudiziari, vi osterebbe l’assenza del potere di interpretare le norme interne e di sindacare, nel merito, le scelte ermeneutiche dei Giudici nazionali. Nella vicenda Contrada, infatti, la CEDU, si è limitata a ricostruire la cronologia dei diversi orientamenti giurisprudenziali interni senza valutare direttamente le disposizioni interne e il loro ambito di applicazione, versante, quest’ultimo, che costituisce prerogativa del Giudice nazionale.”*

Prerogativa, quest’ultima, alla quale la Corte di legittimità probabilmente non avrebbe dovuto abdicare, e tanto per le ragioni che seguono.

5. La prevedibilità del diritto vivente, tra nomofilachia e indipendenza del giudice

Ammettendo, dunque, che la Corte di Cassazione avesse qualche margine di operatività rispetto ad una conformazione assoluta ai sensi dell’art. 46 CEDU, se del caso valutando l’eventualità di adire la Corte costituzionale, occorre ora motivare sulle ragioni che avrebbero dovuto spingere i giudici di legittimità a procedere in tal senso ed individuare i parametri costituzionali rispetto ai quali vagliare la compatibilità dell’art. 7 CEDU nell’interpretazione resane dalla Corte di Strasburgo.

Si risponderà, innanzitutto, *a contrario*: lasciare intentate interpretazioni alternative ha come inevitabile conseguenza il prepotente ingresso nel nostro ordinamento di un principio, come quello di prevedibilità delle

²⁹ SCARANO L.A., *L’interpretazione conforme al diritto dell’U.E. nella giurisprudenza civile di legittimità*, in (a cura di BERNARDI A.) *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione Europea, Profili e limiti di un vincolo problematico - Atti del convegno inaugurale del Dottorato di ricerca “Diritto dell’Unione Europea e ordinamenti nazionali”* Napoli, 2015, 208.

decisioni giudiziarie, che sarà senz'altro di difficile armonizzazione nel nostro sistema.

Secondo tale lettura dell'art. 7, il principio di legalità nei suoi corollari di tassatività, precisione e irretroattività in *malam partem* deve indistintamente applicarsi tanto alla disposizione incriminatrice quanto alla sua interpretazione, così come ricavata dalla giurisprudenza.

Sembra il caso di ribadire che solo entro questi termini è corretto sostenere che la fattispecie del concorso esterno sia imputabile ad una creazione giurisprudenziale³⁰: il fulcro della sentenza, infatti, è piuttosto la necessità che il precetto penale "vivente" (sintesi della disposizione scritta e dell'interpretazione giurisprudenziale) sia accessibile e prevedibile per i destinatari al momento della determinazione delle proprie condotte.

Tale concetto, di per sé, non è estraneo alla nostra giurisprudenza, anzi, ne costituisce senz'altro elemento portante, almeno a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988 che l'ha valorizzato sotto il diverso profilo della colpevolezza, intesa quale rimproverabilità soggettiva in accordo all'art. 27 Cost., evidenziando la necessità della conoscibilità della legge penale e dichiarando conseguentemente l'illegittimità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

Tuttavia, la stessa Corte (per tutte, con la sentenza n. 230/2012³¹) non ha mai ritenuto che il presupposto dell'assenza dell'ignoranza inevitabile potesse attrarre i mutamenti giurisprudenziali nella sfera della garanzia dell'irretroattività della legge penale: "*È, peraltro, da escludere – contrariamente a quanto mostra di ritenere il giudice a quo – che dalle conclusioni raggiunte a proposito del principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio di retroattività della lex mitior, le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale in bonam partem.*"

La Corte afferma tale regola interpretativa trattando il contrasto tra l'art. 673 c.p.p. e l'art. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna anche il mutamento giurisprudenziale in senso favorevole al reo sulla base di una intervenuta pronuncia delle Sezioni Unite. Queste considerazioni valgono, tanto più, in rapporto al

³⁰ Sul punto, si veda *sub* 1. Ci si permette di dissentire da MAIELLO V. Nota a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48 *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 8, 1008

³¹ Annotata da NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*. Nota a Corte costituzionale, 12 ottobre 2012, n. 230 (Pres. Quaranta, Rel. Frigo)

caso che ci occupa, caratterizzato non da un sopravvenuto *revirement* più favorevole, bensì del complesso – ma pur sempre fisiologico - evolversi degli orientamenti giurisprudenziali con riguardo ad una fattispecie di reato.

Portando alle sue rigorose conseguenze il ragionamento della Corte EDU, peraltro, non si vede in base a quale criterio debba individuarsi proprio il 1994, anno della prima pronuncia a Sezioni Unite, come momento tipico per la cristallizzazione della fattispecie³², atteso il susseguirsi delle successive pronunce, ognuna di fatto caratterizzata da una diversa individuazione dei confini del concorso esterno, almeno fino ad arrivare alla Mannino *bis*.

Viene spontaneo chiedersi se sia questo un problema esclusivo della fattispecie in esame, o se si tratti, piuttosto, del naturale esplicitarsi dell'estraneità del principio dello *stare decisis* al nostro sistema³³, che lungi dall'ignorare il valore della certezza del diritto, lo persegue attraverso una spontanea conformazione a quegli orientamenti costanti, in particolare di legittimità, che concorrono a formare il "diritto effettivo"³⁴.

E' infatti la Corte di Cassazione l'organo giurisdizionale deputato a tal compito, secondo quanto previsto dall'art. 65 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12: il limite al riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto (vincolante) resta, tuttavia, proprio l'art. 101, comma 2, Cost., che, se anche deve essere senz'altro riletto alla luce dell'integrazione delle fonti sovranazionali, non può ammettere un completo sovvertimento del suo nucleo essenziale.

³² DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.

³³ "Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), "soggetti alla legge[...]" b) *La suitas della norma giuridica sta poi nella sua struttura ternaria, essendo in essa individuabile un significante (l'insieme, cioè, dei frammenti lessicali di che si compone), un significato, o più possibili significati (e, cioè, il contenuto precettivo, in termini di comando - divieto - permesso, che il significante esprime) ed un giudizio di valore (di avvertita positività, cioè, di un dato bene - interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività). c) In ragione, appunto, di tale collegamento tra norma giuridica e valore (che segna il discrimine tra legge fisica o di natura e il diritto come legge assiologica), ed anche del suo inevitabile porsi come elemento (di settore) di un sistema ordinamentale, la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in sè stessa, ma è soggetta, ex se, a dinamiche evolutive. Nel senso che, nel tempo, essa è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale - per un duplice ordine di fattori propulsivi, interni ed esterni."* (Cass. civ. SU, sent. n. 15144 dell'11 luglio 2011, che seppure specificamente relativa al problema dell'*overruling* processuale esprime tuttavia riflessioni di ampio respiro sul tema che ci occupa).

³⁴ BIANCA C.M., *La norma giuridica. I soggetti*. Dir. Civ. 1, Milano, 2002, 79.

Esemplificando, sembra dunque opportuno distinguere tra l'obbligo del giudice nazionale di non applicare la legge interna contrastante con il diritto UE, che non comporta alcuna violazione dell'art. 101, comma 2 Cost. dal cogente obbligo di recepimento di un principio, come quello della necessità (ed irrealizzabile) prevedibilità delle decisioni giudiziarie che non si muove più su un piano di integrazione tra due ordinamenti delineati secondo competenze differenziate, ma incide direttamente sull'indipendenza funzionale del giudice.

Quest'ultimo, nel cercare di assicurare l'unità del diritto oggettivo³⁵, deve pur sempre essere in condizione di poter ripensare l'orientamento precedente e tanto anche a garanzia di una rispondenza delle disposizioni di legge – e delle relative norme – all'effettivo sentire sociale.

Allo stato, non pare compatibile con questa indefettibile prerogativa del giudice ritenere che una sentenza di condanna possa ritenersi in contrasto con il principio di legalità esclusivamente sulla base dell'imprevedibilità dell'interpretazione normativa scelta³⁶, anche qualora quest'ultima sia perfettamente compatibile con il dato codicistico.

6. Considerazioni conclusive

Ancor prima di entrare, da ultimo e brevemente, nel merito dell'applicabilità del principio di prevedibilità con specifico riguardo al caso Contrada, si può già affermare che i giudici di legittimità avrebbero dovuto porsi i suesposti problemi, arrivando quantomeno ad ipotizzare l'astratta possibilità di una questione di legittimità costituzionale.

Attesa la complessità del quesito sulla compatibilità del discutibile principio in esame, sarebbe stato opportuno investire la Corte costituzionale, che *“appare l'organo culturalmente meglio attrezzato per svolgere le delicate (ed inevitabilmente discrezionali) riflessioni che portano ad affermare oppure a negare l'esistenza di un diritto vivente di matrice giurisprudenziale. Essa, soprattutto, al di là dalla condivisibilità o meno dell'esito della decisione, è in grado di imporlo a tutti (sempre ovviamente che non si esprima con una sentenza meramente interpretativa di rigetto).”*³⁷

³⁵ BIANCA, op. cit., 79.

³⁶ Per una trattazione esaustiva della questione si rinvia a VIGANO' F. *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?* in TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità, Atti del convegno su “Giurisprudenza legalità e diritto penale”* svoltosi presso l'Università degli Studi di Bologna il 5 novembre 2015, Bologna, 2017.

³⁷ DI GIOVINE, op. cit., 170.

Affermare, com'è stato fatto nella sentenza CEDU, che l'interpretazione giurisprudenziale in materia penale debba soggiacere al principio di prevedibilità se vuole essere conforme all'art. 7 CEDU comporta, infatti, una sicura lesione dell'indipendenza del giudice.

Tale *vulnus*, peraltro non è giustificato dalla risoluzione del problema di fondo che affligge la fattispecie del concorso esterno, ossia il difetto di tipicità che la caratterizza e che è imputabile, è bene ribadirlo, non ad una sua supposta genesi giurisprudenziale, bensì al meccanismo sotteso all'operare delle norme di estensione della punibilità.

Non si ignorano, al riguardo, i rilievi di incostituzionalità più volte formulati a carico di queste disposizioni da parte della dottrina, ma preme evidenziare che fino a quando esse continueranno a trovare cittadinanza nel nostro codice, sarà soltanto il giudice delle leggi a poterle sindacare³⁸.

Può essere utile un paragone con altra norma, l'art. 40 comma 2 c.p., spesso oggetto di analoghe censure da parte della dottrina. L'art. 40 comma 2 c.p. fonda, com'è noto, sulla clausola di equivalenza, che è quanto di più atipico si registri nel codice penale, scontando, pertanto, macroscopici difetti di precisione nel combinarsi con le fattispecie di parte speciale.

E' ampiamente dibattuta, per esempio, la sua operatività con riguardo ai reati a forma vincolata.

Ora, è evidente che eventuali oscillazioni della giurisprudenza in materia discendono da un difetto di precisione dell'art. 40 comma 2 c.p., ma non si vede come potrebbe essere una soluzione idonea la cristallizzazione di un orientamento piuttosto che dell'altro. Parimenti, l'individuazione del presupposto fondante il concorso esterno in associazione mafiosa ben poteva (e può) mutare nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale, perché dal combinato disposto degli artt. 416 bis e 110 c.p. nulla si evince in proposito.

Tanto premesso in linea puramente teorica, nel caso concreto la Corte di Cassazione, preso atto del problema, avrebbe ben potuto sollevare questione di legittimità costituzionale della legge 4 agosto 1955 n. 848, per violazione dell'art. 101 comma 2 Cost. nella parte in cui, recependo l'art.

³⁸ Sul punto, VIGANO F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale* in C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2016, 42: "In casi siffatti, il rimedio contro l'imprecisione della norma destinata ad essere applicata nel processo penale e dunque contro l'imprevedibilità della decisione giudiziale che ne è la conseguenza non può che essere quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione legislativa di riferimento: la quale, anche se letta attraverso le lenti del 'diritto vivente', non risulta idonea a indicare ai consociati in modo sufficientemente chiaro i confini tra le condotte da essa abbracciate, e quelle che ne restano escluse."

46, sancisce l'impegno del giudice nazionale a conformarsi ad una sentenza della Corte EDU che imponga, in base all'art. 7 CEDU, non solo la rimozione degli effetti lesivi conseguenti ad un'accertata violazione, ma altresì l'ingresso nell'ordinamento di un principio di necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in materia penale.

E a maggior ragione avrebbe dovuto farlo, se sol si considera che la giurisprudenza nazionale, all'epoca delle condotte contestate a Contrada, ammetteva da tempo la configurabilità del concorso esterno in fattispecie associativa come quelle di banda armata o di associazione terroristica.

E' davvero difficile ritenere che l'ipotesi di incorrere nel reato di concorso esterno risultasse imprevedibile (peraltro, tutt'al più, il dubbio poteva riguardare la diversa qualificazione associato, ipotesi non certo più favorevole) agli occhi di un soggetto membro delle forze dell'ordine e per giunta operante in ruoli apicali. E' allora proprio in virtù delle sue competenze specifiche che Contrada non poteva ritenere prive di rilevanza penale condotte fiancheggiatrici gravi come la trasmissione di informazioni su indagini svolte dall'autorità giudiziaria, l'agevolazione della latitanza di soggetti associati, il rilascio di titoli abilitativi alla guida e di porti d'armi.

Senz'altro, perlomeno, ad una simile conclusione non si sarebbe potuti arrivare per il tramite del parametro dell'ignoranza inevitabile ex art. 5 c.p.