



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

VALENTINA AMANTEA

Il caso Contrada: l'interpretazione della Corte EDU era prevedibile?

ABSTRACT- The paper, retracing the most important stages of the “Contrada” judicial case, focuses on a detailed analysis of European Court of Human Rights’ judgment dated 14 April 2015, case Contrada v. Italy, appl.n. 66655/13, to highlight its lights and shadows. Said judgment, whose argument, moreover, is rather questionable (also considering the previous judgments of the European Court itself on the issue of Article 7 ECHR), punishes our State for condemning Bruno Contrada for external participation in mafia-type association due to conduct carried out during the period prior to the date on which the Demitry judgment was delivered. The Demitry judgment itself regarded as *dies a quo* for the configurability of the crime concerned. In this way the Strasbourg Court applies the principle of legality, as a corollary of the non-retroactivity *in malam partem*, also to the case law, in order to avoid those phenomena that, in doctrine, are known as “retroactivity occult”, thus enhancing, as a criterial for the criminal charge, the principle of predictability of judicial interpretation.

KEYWORDS - European Court of Human Rights, Article 7 ECHR, Principle of Legality, Predictability of judicial interpretation, External Partecipation in mafia association.

VALENTINA AMANTEA*

Il caso Contrada: l'interpretazione della Corte EDU era prevedibile?*

SOMMARIO: 1. *La vicenda giudiziale: dalla sentenza della Corte Edu alle "imprevedibili" conseguenze nella giurisprudenza interna.* – 1.1 *Dalla sentenza della Corte Edu...* – 1.2 *... alle imprevedibili conseguenze nella giurisprudenza interna.* – 2. *Le ombre della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso "Contrada".* – 2.1 *L'iter argomentativo della Corte di Strasburgo.* – 2.2 *La "prevedibilità" della condanna.* – 2.2.1 *La portata del concetto di "prevedibilità".* – 2.2.2 *La giurisprudenza Cedu sui canoni della "prevedibilità".* – 2.3 *Conclusioni.* – 3. *Le luci della sentenza Contrada.*

1. *La vicenda giudiziale: dalla sentenza della Corte Edu alle "imprevedibili" conseguenze nella giurisprudenza interna.*

1.1 *Dalla sentenza della Corte Edu...*

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, con la quale il nostro Paese è stato condannato per violazione dell'articolo 7 CEDU, è una pronuncia che rende di straordinaria attualità il dibattito, mai sopito in dottrina e giurisprudenza, in ordine alla portata ed alle ricadute sul diritto interno del principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici o aggravatrici del trattamento sanzionatorio, letto nelle accezioni del *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*.

La pronuncia in esame rappresenta il momento conclusivo di un lungo iter giudiziario, iniziato nel 1996 e conclusosi nel 2008¹, in cui Bruno

* Dottoranda di Ricerca in "Teoria generale del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo", Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Di seguito si riporta brevemente, per completezza espositiva, l'iter giudiziario che ha caratterizzato tale vicenda prima della pronuncia della Corte di Strasburgo. Con sentenza di primo grado del 5 aprile 1996 n. 338, il Tribunale di Palermo aveva condannato Bruno



n. 1/2017

Contrada, ex funzionario del Ministero degli interni, viene condannato per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per avere, in un iato temporale che va dal 1978 al 1988, nella qualità di funzionario di polizia prima, di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia e di vice direttore dei servizi segreti civili (SISDE) poi, apportato sistematicamente un contributo alle attività ed alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata "Cosa Nostra", fornendo ad alcuni associati «informazioni confidenziali concernenti le investigazioni e le operazioni di polizia in corso»².

Il problema che la Corte di Strasburgo è stata chiamata ad affrontare consiste nell'appurare se all'epoca dei fatti contestati al Contrada il reato di concorso esterno nel reato di cui all'articolo 416bis c.p. fosse chiaramente definito nei suoi tratti strutturali e, perciò, la responsabilità per tale reato fosse prevedibile dal ricorrente al momento delle condotte incriminate. Ebbene, i giudici, ripercorrendo la giurisprudenza interna dello Stato convenuto, evidenziano l'esistenza di un contrasto in seno alla Cassazione circa l'ammissibilità della fattispecie di reato predetta. Questa situazione di incertezza attraversa, secondo i giudici europei, tutti gli anni '80 e trova una soluzione, nel senso della configurabilità del reato di cui al combinato disposto degli articoli 110 e 416bis codice penale, solo nel 1994 con la sentenza Demitry delle Sezioni Unite³. Sulla base di tali premesse, quindi, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che all'epoca in cui furono commessi i

Contrada per concorso esterno in associazione di stampo mafioso, esito ribaltato in seguito con sentenza del 4 maggio 2001, con cui la Corte d'Appello di Palermo lo assolse, sulla base di una rivalutazione delle risultanze istruttorie. Successivamente, con sentenza del 12 dicembre 2002, la Corte di cassazione annullò, con rinvio, la sentenza di secondo grado, per difetto di motivazione. Con sentenza del 25 febbraio 2006, una diversa Sezione della Corte d'Appello di Palermo confermò il contenuto della pronuncia di primo grado del 1996. Infine, con sentenza dell'8 gennaio 2008, la Corte di Cassazione respinse il nuovo ricorso, confermando la legittimità dell'acquisizione al fascicolo delle dichiarazioni contestate dal ricorrente e rigettando la sua istanza volta ad ottenere l'uso di prove complementari, rendendo definitiva la condanna per concorso esterno in associazione mafiosa inflitta al Contrada.

² Cfr. § 6 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, la quale riprende le parole della sentenza emessa dal Tribunale di Palermo il 5 aprile del 1996.

³ Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sentenza Demitry del 5 ottobre 1994.

fatti in contestazione (1978-1988) la responsabilità ascritta all'imputato non avrebbe avuto una base legale chiara; inoltre, non sarebbe stata garantita la prevedibilità – come vedremo intesa solo in senso oggettivo – dell'esito giudiziario, ragion per cui il Contrada non sarebbe dovuto essere condannato per concorso esterno nel reato di cui all'articolo 416bis c.p., con conseguente diritto ad un risarcimento dei danni morali da parte dello Stato Italiano.

L'affermazione della responsabilità penale del Contrada, sempre secondo la Corte, contrasta dunque con la portata garantistica del principio di legalità che deve assicurare ad ogni individuo la possibilità di autodeterminarsi liberamente al momento dell'azione, nella piena consapevolezza delle conseguenze della sua condotta, sia sotto il profilo dell'eventuale rilevanza penale della medesima, sia sotto quello delle prevedibili conseguenze sanzionatorie.

In sintesi, la pronuncia della Corte EDU fa leva, come si vedrà, sulla necessaria estensione del principio di legalità anche al precedente giurisprudenziale, ritenendo che l'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa, essendo una fattispecie di creazione giurisprudenziale (sempre secondo il ragionamento della Corte), non possa essere applicata retroattivamente. In altri termini, secondo la Corte EDU, il principio di irretroattività *in malam partem* trova applicazione non solo con riferimento a quella che si suole definire la *law in the book*, ma anche alla *law in action*⁴.

1.2. ...alle "imprevedibili" conseguenze nella giurisprudenza interna.

La pronuncia in commento ha avuto sin da subito, come del resto era prevedibile, delle conseguenze nella giurisprudenza nazionale, anche se

⁴ La dicotomia ivi utilizzata è ormai adoperata da gran parte della dottrina italiana, tra cui citiamo, a mero titolo esemplificativo, F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.3/2016; e, ancora, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, II ed., 2014.

tali conseguenze (sia lecito il gioco di parole) si sono rivelate tutt'altro che prevedibili!

Il riferimento è a due sentenze di merito⁵ emesse a breve distanza l'una dall'altra, le quali sono pervenute a risultati antitetici. Appare opportuno analizzarle separatamente, anche per fornire un quadro maggiormente completo delle ripercussioni nel nostro Paese della vicenda Contrada e della portata dirompente della sentenza della Corte di Strasburgo.

▪ Tribunale di Catania, n. 1077/2015.

La prima pronuncia non riguarda direttamente la vicenda Contrada, bensì un altro processo in cui il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catania ha disposto il non luogo a procedere nei confronti di un indagato per concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto il fatto ascrittogli non sarebbe previsto dalla legge come reato.

Pur non essendo inerente direttamente al caso Contrada, la pronuncia è collegata con la sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo in quanto proprio quest'ultima viene utilizzata dal giudice catanese come base argomentativa per sostenere l'iter motivazionale che porta ad una sentenza di non luogo a procedere. Ed infatti, nella sentenza de qua si legge testualmente che «[...] accedendo alla tesi della CEDU 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»⁶.

La spiegazione dell'assunto sopra riportato risulta doverosa. Il giudice del Tribunale di Catania ritiene pregiudiziale «rispondere al quesito se sia previsto nell'ordinamento giuridico italiano il cosiddetto concorso esterno in associazione mafiosa»⁷. La risposta è, secondo il giudice siciliano,

⁵ Si riportano qui gli estremi delle sentenze citate: la prima è la sentenza del Tribunale di Catania, sezione GIP, 12 febbraio 2016, ud. 21 dicembre 2015, n. 1077/2015; la seconda è stata emessa dalla Corte di Appello di Caltanissetta dep. 17 marzo 2016, ud. 18 novembre 2015, n. 924/2015.

⁶ Tribunale di Catania, cit., pp.108-109.

⁷ Ivi, p. 108.

sicuramente negativa in base ad un ragionamento tutt'altro che convincente: poiché la Corte di Strasburgo (*rectius*, le parti nella relativa causa) ritiene che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sia una figura criminosa di origine giurisprudenziale, e poiché il nostro è un ordinamento di *civil law* che non ammette un'attività creativa del giudice, sottoposto solo all'*auctoritas* della legge secondo il disposto normativo dell'articolo 101 della Costituzione, il reato in questione deve considerarsi *tamquam non esset*. Tale conclusione è corroborata, secondo il Giudice del Tribunale di Catania, anche dal particolare contesto storico-sociologico in cui tale reato venne creato: difatti, mentre negli anni '80-'90 «il momento storico era talmente critico da giustificare»⁸ la creazione della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, stessa cosa non può essere sostenuta, secondo quanto si legge nella sentenza in commento, per l'attuale momento storico.

Il giudice, dunque, non solo deduce l'indeducibile dalla sentenza "Contrada" della Corte EDU (ovverossia che dal dato incontestato per il quale il concorso esterno in associazione mafiosa sarebbe una fattispecie di origine giurisprudenziale deriverebbe l'inconfigurabilità di tale delitto nel nostro ordinamento), ma anche a voler concedere siffatta interpretazione, si contraddice subito dopo, poiché giustifica la creazione, tra gli anni '80 e '90, di tale figura criminosa in virtù della criticità del momento storico. Delle due l'una: o si sostiene, come pure alcuni fanno in dottrina ed in giurisprudenza⁹, che il concorso esterno in associazione mafiosa non ha diritto di cittadinanza poiché trattasi di reato interamente di origine giurisprudenziale; oppure si ritiene che la creazione (*rectius*, l'interpretazione) da parte della giurisprudenza di tale figura criminosa sia

⁸ Ivi, pp. 110-111.

⁹ Il riferimento è, ad esempio, al discorso fatto nel 2012 dal procuratore generale della Corte di Cassazione Francesco Iacoviello che nel richiedere l'annullamento con rinvio della sentenza d'appello a carico di Marcello Dell'Utri, definì il reato di concorso esterno in associazione mafiosa come "un reato indefinito a cui non crede più nessuno"; ancora G. LIPERA, *Concorso esterno ovvero mostruosità giuridica*, tratto da Giustizia Giusta, 15 novembre 2010, che definisce tale figura come "mostruosità giuridica" o "un parto della fantasia".

lecita a prescindere dal momento storico in cui venne creata o in cui viene applicata.

Oltre all'interpretazione della sentenza della Corte di Strasburgo da parte del giudice catanese in ordine alla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa¹⁰, non convince neppure la modalità con cui la fonte sovranazionale viene applicata nel nostro ordinamento. Difatti, il Giudice del Tribunale di Catania, lungi dal dar seguito agli insegnamenti contenuti nelle note sentenze gemelle del 2007¹¹, in cui la Corte Costituzionale ha chiarito il grado di vincolatività ed esecutività che nel nostro ordinamento assumono le norme della CEDU, procede ad un'impropria disapplicazione del reato di cui al combinato disposto degli artt. 110 e 416bis c.p., poiché ritenuto in contrasto con l'articolo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, anziché sollevare, come invece sarebbe stato corretto, una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 117 della Costituzione.

▪ Corte d'Appello di Caltanissetta, n. 924/2015

Anche questa sentenza che concerne direttamente il caso Contrada, per quanto nella sostanza pervenga a risultati del tutto antitetici rispetto a quella del Tribunale di Catania, risulta paradossale nel suo epilogo.

Difatti, la Corte di Appello di Caltanissetta, a cui il Contrada si rivolge per chiedere la revisione del processo attesa la pronuncia della Corte di

¹⁰ A tal proposito, pare opportuno sottolineare come da tale pronuncia abbiano preso le distanze non solo lo stesso presidente dell'Ufficio GIP del Tribunale di Catania, che in una nota diffusa dall'ANSA ha definito la sentenza sopra descritta come "una decisione del tutto personale e isolata", ma anche implicitamente la stessa Corte di Cassazione che, con sentenza emessa dalla V Sezione, del 12 ottobre 2016 (ud. 14 settembre 2016), n. 32996, ha annullato la sentenza pronunciata dal GIP del Tribunale di Catania.

¹¹ Corte Costituzionale, sentenze n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007. Si riporta qui brevemente il contenuto di tali sentenze: come è noto tali pronunce, considerate pietre miliari nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, riconoscono il grado di fonte "sub-costituzionale" alle norme della CEDU che, dunque, costituiscono parametri interposti di legittimità costituzionale. Conseguentemente, nel caso di una previsione nazionale in contrasto con una disposizione della Convenzione, il giudice italiano dovrà, previo tentativo di interpretazione conforme, sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'articolo 117 della Costituzione.

Strasburgo¹², dopo aver correttamente ricostruito i contenuti di quest'ultima, rigetta l'istanza. La Corte nissena pone come base del suo ragionamento un passo della sentenza europea, in cui i giudici di Strasburgo rilevano come la doglianza del ricorrente sull'imprevedibilità della condanna, pur essendo stata sollevata in tutti i gradi di giudizio, «non era mai stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali»¹³. Su tale base la Corte d'Appello di Caltanissetta ritiene (deducendo arbitrariamente una sorta di richiesta implicita da parte dei giudici di Strasburgo) di dover affrontare in modo diretto tale *punctum dolens* e di dover basare il giudizio di revisione sulla verifica della seguente questione: «se Contrada all'epoca in cui attuava le condotte accertate a suo carico poteva conoscere dell'esistenza di tale reato»¹⁴. A tale quesito la Corte d'Appello dà risposta affermativa, basandosi non solo sullo stato, all'epoca dei fatti, delle pronunce giurisprudenziali in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, ma anche sul ruolo rivestito dal Contrada. Ora, se le conclusioni cui i giudici della revisione pervengono possono essere viste come corrette dal punto di vista fattuale, stessa cosa non può dirsi con riferimento al rispetto delle regole formali: innanzi tutto i suddetti giudici non tengono in debita considerazione la circostanza che la Corte di Strasburgo non ha ingiunto allo Stato italiano di rivalutare nel merito le prove poste alla base della condanna di Bruno Contrada; in secondo luogo, la Corte nissena non considera che, in presenza di una sentenza della Corte Edu passata in giudicato che accerta una violazione dell'articolo 7 Cedu da parte dello Stato nazionale, quest'ultimo deve

¹² Sul punto, pare opportuno precisare che in realtà l'istanza di revisione in questione venne formulata all'interno di un ricorso presentato prima che venisse pronunciata la sentenza da parte della Corte Edu ed incentrato sull'emersione di nuove prove. Solo all'interno dei motivi aggiunti la difesa di Bruno Contrada aveva allegato la richiesta di conformazione alla sentenza di Strasburgo.

¹³ Cfr. §73 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Contrada c. Italia*, cit.

¹⁴ Corte d'Appello di Caltanissetta, 17 marzo 2016, cit., p. 16.

necessariamente conformarvisi, pena l'ulteriore lesione della norma convenzionale di cui all'articolo 46 Cedu¹⁵.

Le due sentenze sopra descritte sono l'esempio di come la pronuncia della Corte di Strasburgo abbia creato disorientamento nel panorama giudiziario italiano. Infatti, se da un lato essa ha destato non poche perplessità, in dottrina e giurisprudenza, soprattutto con riferimento al profilo dell'effettiva prevedibilità della condanna da parte del Contrada, nonché con riguardo alla portata del principio di legalità, dall'altro risulta chiaro che la *querelle* è, ad oggi, tutt'altro che sopita, come è dimostrato dalle ulteriori ripercussioni (o come alcuni le hanno definite "gli ulteriori tormenti"¹⁶) che hanno interessato la giurisprudenza italiana. Si fa riferimento, ad esempio, all'ordinanza¹⁷ con cui la Corte d'Appello di Palermo ha dichiarato inammissibile la richiesta di revoca ex art. 673 c.p.p. avente ad oggetto la sentenza di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa pronunciata nel 2007 a carico di Bruno Contrada; o, ancora, alla più recente sentenza del 6 luglio 2016 con cui la Corte di Cassazione¹⁸ ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto proposto da Contrada ai sensi dell'art. 625bis c.p.p.; ed, infine, ad alcune sentenze sempre della Corte di Cassazione¹⁹ che, pur non riguardando direttamente il caso Contrada, hanno riportato alla ribalta il dibattito sul concorso esterno in associazione mafiosa, considerando manifestamente infondate le questioni di legittimità

¹⁵ Tale seconda obiezione è stata considerata da attenta dottrina come «radicale ed assorbente rispetto ad ogni altra possibile considerazione critica»: il riferimento è ad un ampio e dettagliato articolo che ha come oggetto proprio la sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta, a cui si rimanda per ogni ulteriore approfondimento, soprattutto con riguardo al profilo inerente al rimedio idoneo a conseguire l'obiettivo della conformazione alla sentenza della Corte Edu: F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2016.

¹⁶ 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"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 gennaio 2017.

¹⁷ Corte d'Appello di Palermo, Sez. I, ord. 11 ottobre 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 466.

¹⁸ Cassazione penale, Sezione II, sent. 6 luglio 2016 (dep. 17 ottobre 2016), n. 43886, Contrada.

¹⁹ Cassazione penale, Sezione II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, Perego; Cassazione Penale, Sez. II, 2 maggio 2016 (ud. 13 aprile 2016), n. 18132.

costituzionale degli artt. 110 e 416bis c.p., sollevate con riferimento agli artt. 25 comma 2 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

2. Le ombre della sentenza della Corte di Strasburgo sul caso "Contrada".

2.1 L'iter argomentativo della Corte di Strasburgo.

Ripercorse le tappe fondamentali della vicenda "Contrada", occorre analizzare la sentenza della Corte EDU n.66655/13 al fine di vagliarne luci ed ombre.

Le "ombre" della sentenza Contrada non riguardano tanto, come vedremo, la *regula iuris* ivi delineata²⁰ (sebbene alcuni primi commentatori abbiano ritenuto che il *punctum dolens* della questione fosse solo il problema inerente all'applicabilità del principio di irretroattività al formante giurisprudenziale, ritenuta non ammissibile in un sistema di *civil law* come quello italiano), quanto piuttosto il discutibile iter argomentativo seguito dai giudici della Corte Edu.

Difatti, per quanto il ragionamento seguito possa sembrare – solo in apparenza – lineare, esso si basa su una comprensione un po' lacunosa della giurisprudenza italiana.

La soluzione della Corte Edu passa attraverso due premesse, per poi addivenire alla conclusione ben nota al lettore:

- Prima premessa: il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è un'infrazione di origine giurisprudenziale²¹;
- seconda premessa: il dies a quo di tale "creazione" è da rinvenire nella sentenza Demitry del 1994²²;

²⁰ La *regula iuris* cui si fa riferimento, e su cui si ritornerà in seguito, è quella secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa.

²¹ v. §66 della sentenza Contrada c. Italia, cit.



- conclusione: Bruno Contrada non poteva essere condannato poiché le sue condotte si collocano in un periodo antecedente a tale creazione, prima del quale il rischio di rispondere di “concorso esterno” non era sufficientemente prevedibile per l'imputato²³.

Passiamo, ora, all'analisi delle due premesse per capire come il ragionamento appena esposto risulti tutt'altro che irrefutabile, poiché si basa su premesse fallaci.

- a) Il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è *une infraction d'origine jurisprudentielle*²⁴.

Anche se una parte, a dire il vero minoritaria, della dottrina italiana²⁵ ritiene che il reato de quo sia una fattispecie a matrice giurisprudenziale, tale affermazione non è compatibile con l'ordinamento italiano²⁶, il quale accoglie, come è noto, il principio di riserva di legge in materia penale, escludendo così il formante giurisprudenziale dalle fonti del diritto penale. Ora, sebbene ai fini dell'accertamento della violazione del principio di legalità di cui all'articolo 7 CEDU sia indifferente che il reato trovi la sua fonte in una legge scritta o nella giurisprudenza (dovendo la CEDU

²² v. §74 *ivi*, cit.

²³ v. §75 *ivi*, cit.

²⁴ Così si legge nella versione originale della sentenza “Contrada c. Italia”, cit.

²⁵ Per un approfondimento si rinvia, tra gli altri, agli scritti di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2014; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1008 ss; o, ancora, G. LIPERA, *Concorso esterno ovvero mostruosità giuridica*, cit.

²⁶ Si vedano a tal proposito le ultime sentenze della Corte di cassazione che hanno a più riprese negato la matrice giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa: Cassazione Penale, Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 32996, cit., in cui si legge nelle motivazioni che «la punibilità del concorso eventuale di persone nel reato nasce, nel rispetto del principio di legalità, sancito dall'art. 1 cod. pen. e dall'art. 25, comma secondo, Cost., dalla combinazione tra le singole norme penali incriminatrici speciali e l'art. 110 cod. pen.»; si veda, anche, Cassazione Penale, Sez. II, 12 aprile 2016, n. 18132, la quale ha, altresì, ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 110 e 416-bis cod. pen., sollevata per asserito 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; nello stesso senso, si veda, ancora, Cassazione Penale, Sez. II, 18 maggio 2016, n. 22447.

conciliare ordinamenti sia di *civil law* che di *common law*²⁷), la prima premessa da cui parte la Corte di Strasburgo non tiene conto del fatto che una fattispecie di origine giurisprudenziale sarebbe costituzionalmente illegittima.

Oltre all'affermazione dell'origine giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa, che secondo la Corte di Strasburgo sarebbe stata incontestata dalle parti²⁸, i giudici europei non si sono occupati di individuare quale sia la linea di demarcazione tra creazione giurisprudenziale e mera interpretazione. Difatti, la Corte, da un lato, riconosce qualità di fonte al formante giurisprudenziale, ma dall'altro ritiene che sia compito delle corti e dei tribunali nazionali interpretare la legislazione interna chiarendone i vari e possibili significati²⁹, senza che ciò implichi violazione dell'articolo 7 CEDU ogni volta che vi sia un'interpretazione in senso estensivo del penalmente rilevante: è la stessa Corte di Strasburgo che ritiene che «non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra»³⁰.

Proprio sulla base di quest'ultimo pensiero espresso dalla Corte, seppur in altre sentenze che comunque riguardano lo stesso nodo problematico,

²⁷ Per un approfondimento sull'ambito di operatività dell'articolo 7 CEDU e sulla sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale si veda HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, p. 333-334; ROLLAND, *Article 7*, in *La convention Européenne des droits de l'homme*, PETTITI (a cura di), Decaux, Imbert, p. 294; V. MANES; *Nulla poena sine lege*, in *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, CEDAM, 2012, p. 274; A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), CEDAM, 2001, p. 252.

²⁸ Sul punto, a dire il vero, alcuni commentatori hanno sottolineato come tale assunto fosse stato "fortemente contrastato dalla difesa del Governo italiano", M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU sul caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità*, in *Cassazione Penale* 2015, n. 12, p. 4611.

²⁹ Oltre alla sentenza in commento, risultano utili le letture di altre sentenze della Corte di Strasburgo, che pure riguardano il nostro paese, quali, ad esempio, Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09; o, ancora, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Vianello c. Italia*, 9 settembre 2014, ric. n.27516/09.

³⁰ v. § 55 sent. Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Varvara c. Italia*, cit.

sembra che i giudici di Strasburgo nel caso Contrada abbiano sottovalutato l'attività interpretativa svolta dalla giurisprudenza italiana, declinandola erroneamente come "attività creativa"; la Corte, inoltre, non tiene in debito conto che, se da una parte è pur vero che, anche in considerazione della delicatezza della materia che riguarda il fenomeno mafioso, risulta a tutt'oggi un'incertezza non ancora interamente dipanata, dall'altra si tratta pur sempre di una interpretazione che ha come base un dato normativo, ovvero l'articolo 110 c.p. (letto in combinato disposto con l'articolo 416bis c.p.) che, in quanto norma estensiva della punibilità, consente di conferire tipicità a condotte non rientranti nella norma incriminatrice.

Ma vi è di più. La Corte Europea dei diritti dell'uomo, che, come è stato sostenuto in dottrina, si è «ben guardata dall'esprimere alcunché sui limiti attuali della punibilità per concorso esterno e tanto meno sulla generale legittimazione della figura»³¹, si imbatte in un ulteriore equivoco non cogliendo (o non riconoscendo) che l'attività "creativa" (*rectius*, interpretativa) del giudice nazionale non ha avuto ad oggetto la fattispecie in sé, bensì solo alcune caratteristiche della stessa, oltre che i profili differenziali tra la figura del partecipe e quella del concorrente esterno.

In conclusione, sembra lecito confutare la prima premessa su cui si basa il ragionamento della Corte di Strasburgo, in quanto non si può correttamente parlare di creazione giurisprudenziale laddove vi siano norme scritte di riferimento, seppur esse risultino di portata generale (come lo è l'articolo 110 c.p.) e proprio per tale motivo necessitino dell'interpretazione della giurisprudenza interna; d'altronde è la stessa Corte che legittima tale normale operazione ermeneutica sostenendo, come si legge in un'altra sentenza, che «[...] anche per il carattere generale delle leggi, il contenuto delle stesse non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche tipiche di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Perciò, molte

³¹ L. FORNARI, *Il principio di tassatività alla prova della lotta alla mafia: contiguità e metodo mafioso*, in Trattato breve di diritto penale, "Per un manifesto del neilluminismo penale", G. Cocco (a cura di), CEDAM, 2016, p. 285 e ss.

leggi si servono, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica. Pertanto, in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaro possa essere il contenuto di una disposizione di legge, anche di una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti ambigui e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre la certezza, benché fortemente auspicabile, a volte si accompagna ad una rigidità eccessiva; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione»³².

b) Il dies a quo di tale “creazione” è da rinvenire nella sentenza Demitry del 1994.

Come già anticipato, il ragionamento della Corte di Strasburgo fa leva su un ulteriore argomento: preso atto dell’incertezza giurisprudenziale in materia, la Corte Edu àncora l’ammissibilità del concorso esterno in associazione mafiosa ad una precisa sentenza della Cassazione, ovverossia la nota sentenza Demitry del 1994³³.

Tale premessa pare arbitraria e presta il fianco a molteplici obiezioni.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo sembra non considerare la complessità dell’evoluzione giurisprudenziale che ha portato l’Italia a delineare la fattispecie di concorso esterno nel reato associativo di stampo mafioso, complessità che non è solo di natura giuridica, ma soprattutto di natura storica e sociologica³⁴.

In secondo luogo, la Corte fa almeno tre errori di valutazione.

³² v. § 35 sent. Corte Europea dei diritti dell’uomo, Vianello c. Italia, cit.

³³ Cassazione Penale, Sezioni Unite, Sentenza Demitry, cit.

³⁴ Non è possibile in questa sede tenere conto della mole di scritti sul punto, ricordando, senza alcun scopo esaustivo, gli studi di: S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano; G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro italiano*, 1991, p. 473 ss.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione e irrilevanza penale*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1993, p. 1185 ss; N. TRANFAGLIA, *Mafia, politica e affari. 1943-2008*, Laterza, Bari 2008; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino 2003.



Innanzitutto, non tiene in debita considerazione che le pronunce giurisprudenziali sul concorso esterno nei reati associativi risalgono già alla fine degli anni '60³⁵: in esse i giudici nazionali si ponevano il quesito non già della rilevanza penale o meno della condotta, ritenuta pacificamente punibile, bensì della sua sussunzione nell'alveo della partecipazione o del concorso esterno o, ancora, nell'ambito di altre fattispecie penali, come il favoreggiamento. Difatti, persino la sentenza Cillari³⁶, che la Corte ritiene particolarmente significativa per avallare l'asserita contraddittorietà della giurisprudenza precedente alla sentenza Demitry, pur pronunciandosi contro la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, condanna gli imputati per il più grave reato di cui all'articolo 416bis c.p., così riportando la questione nell'ambito della ricostruzione della nozione di "partecipazione" e dei suoi limiti. In tale ottica, la sentenza Demitry, giunta all'esito di tale evoluzione giurisprudenziale, non estende affatto la punibilità creando una nuova fattispecie incriminatrice, ma chiarisce i rapporti tra le diverse condotte di partecipazione e di contiguità, ritenendo che il soggetto colluso non debba rispondere del reato di partecipazione di cui all'articolo 416bis c.p., ma di concorso esterno in associazione mafiosa.

Oltre ad una ricostruzione semplicistica della giurisprudenza, l'altro errore della Corte di Strasburgo è quello di non comprendere che il nodo della questione della configurabilità del reato in questione appartiene alla teoria generale del reato, dovendo essere formulato nei seguenti termini: è ammissibile un concorso eventuale nei reati necessariamente plurisoggettivi? Una volta chiarito ciò, si comprende perché la Corte di Strasburgo considera i precedenti giurisprudenziali menzionati dal

³⁵ Cassazione Penale, 27 ottobre 1968, Muther, in cui la Corte ritenne legittima l'applicazione della clausola generale dell'art. 110 cod. pen. al reato di cospirazione politica mediante associazione previsto dall'art. 305 cod. pen.; ed ancora, Cassazione, Sez. I, n. 1458 del 29 ottobre 1969, Tempra; Cassazione, Sez. I, n. 3397 del 16 dicembre 1971, Di Maio; Cassazione, Sez. I, n. 5847 del 16 gennaio 1978, Ammaturo. Invero l'istituto del concorso esterno è stato riconosciuto nella giurisprudenza italiana sin dalla seconda metà del '800, si veda, ad esempio, Corte di Appello di Palermo, 17 giugno 1875, Ciaccio e altri.

³⁶ Cassazione penale, sentenza Cillari, 14 luglio 1987, n. 8864.

Governo italiano come non rilevanti, poiché inerenti a fattispecie penali quali la cospirazione politica e il terrorismo³⁷; come è stato giustamente sottolineato in dottrina³⁸, vi è sul punto una chiara sopravvalutazione da parte della Corte di Strasburgo della presunta eterogeneità tra il reato di cui all'articolo 416bis e gli altri reati che rientrano nella categoria di quelli necessariamente plurisoggettivi.

Infine, il terzo errore in cui incorre la Corte di Strasburgo risiede proprio nell'individuazione della sentenza Demitry quale spartiacque per l'ammissibilità della fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa: si tratta, in definitiva, di una mera convenzione, frutto di un approccio eccessivamente rigido da parte della Corte, tanto più che le successive sentenze³⁹ hanno delineato in maniera ancora più precisa la figura del concorrente esterno, in alcuni casi anche discostandosi dalla sentenza del 1994⁴⁰. Volendo, dunque, avallare il ragionamento della Corte, la quale ritiene di dover rinvenire un momento preciso a partire dal quale il reato di concorso esterno in associazione mafiosa possa risultare senza dubbio delineato in tutti i suoi elementi strutturali, allora si dovrebbe posticipare questo momento e farlo coincidere con la sentenza Carnevale del 2002 o, addirittura, con la sentenza Mannino del 2005 o con chi sa quale altra futura sentenza che andrà a delineare i contorni di un fenomeno che tende a mutare nel tempo adattandosi alle diverse esigenze di diffusione del crimine organizzato. Si creerebbe, così, il paradosso di non poter mai applicare questa fattispecie criminosa (e lo stesso discorso

³⁷ Cfr. § 71 sentenza Contrada c. Italia, cit.

³⁸ F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2015, p. 1063, il quale parla di “distorsione prospettica” in quanto tra il concorso esterno in associazione mafiosa e, ad esempio, il concorso esterno in associazione terroristica vi è sì “eterogeneità criminologica, ma non normativa”, poiché entrambe rientrano nell'alveo dell'articolo 110 del codice penale.

³⁹ Il riferimento è alle famose sentenze rese a Sezioni Unite Carnevale del 30 ottobre 2002, e Mannino del 12 luglio 2005.

⁴⁰ Sul punto, nella sentenza Carnevale venne dichiarata l'irrilevanza del requisito dello stato patologico della fibrillazione, richiesto invece nella sentenza Demitry. Seguendo il ragionamento della Corte di Strasburgo, condotte poste in essere dopo la sentenza Demitry e prima della sentenza Carnevale senza l'elemento dello stato di fibrillazione dovrebbero essere considerate “non prevedibili” per assurdo.

potrebbe essere esteso anche ad altri istituti del diritto penale) proprio perché in continua evoluzione; a ben vedere, la necessità di ricercare il momento a partire dal quale un dato orientamento possa dirsi consolidato finirebbe per tradursi in una sorta di *probatio diabolica*, stante la difficoltà di individuare tale momento⁴¹.

2.2 La “prevedibilità” della condanna

Confutate le due premesse su cui si basa l’iter argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo, la conclusione cui la Corte perviene si rivela malferma. Difatti, se si parte dal presupposto che all’epoca dei fatti posti in essere da Bruno Contrada vi fosse già una base legale (giòva ribadirlo, l’articolo 110 in combinato disposto con l’articolo 416bis del codice penale) e che, pur nell’incertezza interpretativa che aleggiava all’interno della giurisprudenza italiana, non si avevano dubbi circa la rilevanza penale dei comportamenti di concorso nel fenomeno mafioso, risulta eccessivamente semplicistica la conclusione della sentenza “Contrada” e, inoltre, non coerente con il substrato socio-culturale che ha portato i tribunali e le corti nazionali a qualificare in termini di concorso esterno certe condotte di “contiguità”.

Ridefiniti, così, i termini della questione, ci sembra, poi, che la sentenza della Corte di Strasburgo sia censurabile sotto almeno altri due angoli prospettici, entrambi riguardanti il concetto di “prevedibilità”, seppur con sfumature diverse, ma che sono collegati tra di loro. Si cercherà, in altre parole, di rispondere a due quesiti: da una parte, ci si chiederà se effettivamente il ricorrente Bruno Contrada non era in grado di prevedere, all’epoca dei fatti, la condanna e la relativa pena, così come richiesto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo; dall’altra, anche al fine di sciogliere il precedente quesito, si confronterà l’iter argomentativo della

⁴¹ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Diritto penale contemporaneo*, del 12 giugno 2015, n. 2/2015, p. 166, la quale parla del c.d. paradosso del sorite, secondo il quale «come non può stabilirsi quanti granelli fanno un mucchio, nemmeno è possibile fissare il numero di sentenze che fanno un *diritto vivente*».

sentenza Contrada con altre pronunce della Corte Edu, al fine di vagliare la prevedibilità della stessa sentenza in commento. In altri termini: Bruno Contrada poteva prevedere la sua condanna? E il nostro Paese, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, poteva prevedere la propria condanna da parte della Corte Edu?

2.2.1 La portata del concetto di “prevedibilità”

Prima di dare risposta a tali quesiti occorre, seppur brevemente, vagliare la portata del concetto di prevedibilità, quale criterio qualitativo della *law* nell’ottica della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Come è noto, il principio di legalità di cui all’articolo 7 Cedu si iscrive tra gli *inviolable core rights*⁴², ossia in quel nocciolo duro di diritti⁴³ che, ex articolo 15 Cedu, non ammettono deroghe. Tale principio, dovendo rappresentare un punto di incontro tra tradizioni ordinamentali diverse (si ricorda che la Convenzione Europea si applica sia ad ordinamenti di *common law* che di *civil law*), è considerato in un’ottica squisitamente sostanziale, venendo a coincidere con «il diritto fondamentale di ciascun cittadino alla previa conoscenza o conoscibilità dei fatti penalmente vietati»⁴⁴, senza che sia necessario che alla base vi sia una fonte scritta. Ecco, dunque, che l’esigenza di un’osmosi tra tradizioni giuridiche diverse comporta, da una parte, una sorta di trasformazione del principio di riserva di legge⁴⁵ (pilastro del nostro sistema penale) e, dall’altra, la sostanziale equiparazione tra il formante giurisprudenziale e la legge

⁴² V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea di Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 2011, p. 28.

⁴³ Come è stato autorevolmente sottolineato, la «giurisprudenza di Strasburgo [...] legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell’individuo, anziché come ‘principio’ ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici», F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016.

⁴⁴ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, tomo II, 2007, Giuffrè, Milano, p. 1273.

⁴⁵ M. CHIAVARO, *La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 86 e ss.



scritta, entrambe considerate fonti del diritto penale⁴⁶. In altri termini, nell'ottica convenzionale la legalità formale cede il campo alla legalità sostanziale e si assiste alla «valorizzazione degli aspetti qualitativi della legge, non più circoscritti alla sua determinatezza, ma concernenti anche la c.d. accessibilità e prevedibilità»⁴⁷, requisiti che dovranno riguardare tanto la fonte legislativa quanto il formante giurisprudenziale. Tali requisiti vengono descritti per la prima volta dalla Corte Edu nella storica sentenza del 1979, in cui i giudici di Strasburgo definirono l'accessibilità come la necessità per il cittadino «di disporre di informazioni sufficienti, nella situazione concreta, sulle norme giuridiche applicabili ad un determinato caso»⁴⁸, valutabile attraverso il grado di pubblicità di tali norme; e la prevedibilità come «la possibilità di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato»⁴⁹, sicché prevedibile dovrà essere non solo l'illiceità e la rilevanza penale della condotta, ma anche la pena.

Quest'ultimo requisito qualitativo, da verificarsi in concreto, è scomposto dalla giurisprudenza Cedu in almeno due accezioni, l'una che fa

⁴⁶ Cfr. HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 333 in cui si legge testualmente «The term 'law' has the same autonomous meaning as it has elsewhere in the Convention, so that it includes, in terms of sources of law, judge-made law as well as legislation, whether primary or delegated». Si veda anche, S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica*, a cura di Vincenti, Padova 2000, p. 252 e ss.; sul punto, si possono richiamare anche le tantissime sentenze della Corte Edu in tema di articolo 7 Cedu, ex multis, S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito del 22 novembre 1995.

⁴⁷ A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, cit., p. 253; sul punto si veda anche F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., in cui l'autore sottolinea come «il problema diviene, insomma, quello della qualità della norma, più che quello della sua origine».

⁴⁸ Cfr. § 49 Sunday Times c. Regno Unito del 26 aprile 1979.

⁴⁹ *Ibidem*.

riferimento al momento formativo della norma⁵⁰, l'altra a quello interpretativo⁵¹.

Con riguardo alla prima accezione non vi è dubbio che essa riguardi il principio di determinatezza della norma incriminatrice, poiché solo una norma chiara e precisa può permettere al cittadino di orientare la propria condotta. La valutazione del requisito di determinatezza viene effettuata partendo dal testo normativo, nonché da una sua interpretazione sistematica; inoltre, sempre nell'ottica di un riscontro in concreto di tale requisito qualitativo della legge, si deve tener conto delle caratteristiche dei soggetti destinatari, nonché dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza⁵².

Quest'ultimo dato, poi, si ricollega all'altra accezione della prevedibilità che fa riferimento all'interpretazione giudiziale, la quale deve essere "ragionevole", cioè tale da rendere prevedibile l'ambito applicativo della norma. Attraverso tale ulteriore corollario del principio di legalità si vuole evitare l'applicazione retroattiva non solo di norme incriminatrici create dai giudici (fenomeno, a dire il vero, molto raro anche nei sistemi di *common law*, con alcune eccezioni come quello scozzese⁵³), ma soprattutto dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* che, secondo autorevole dottrina⁵⁴, producono effetti equiparabili a quelli derivanti dall'introduzione da parte del legislatore di una nuova norma incriminatrice. In altri termini, e coerentemente con la portata del principio di legalità di cui all'articolo 7 Cedu, si vuole evitare che i giudici

⁵⁰ Il concetto di "norma", giova ribadirlo, è inteso sempre in senso generico, come tale ricomprendente tanto la legge scritta quanto quella non scritta.

⁵¹ Tale distinzione tra momento formativo e interpretativo viene riportata da molti commentatori dell'articolo 7 Cedu, ex multis, A. BERNARDI, *Art. 7 Nessuna pena senza legge*, cit., p. 261.

⁵² Corte Europea dei diritti dell'uomo, *KA e AD c. Belgio*, 17 febbraio 2005, ric. n. 42758/98 e 45558/99.

⁵³ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., p. 79 e ss.

⁵⁴ Ivi, p. 113. Si veda anche L. FORNARI, *Il principio di tassatività alla prova della 'lotta' alla mafia: contiguità e metodo mafioso*, cit., in cui si legge che la «giurisprudenza europea [...] ritiene soddisfatta l'idea di legalità (solo) laddove le decisioni sfavorevoli all'imputato siano da lui prevedibili».



pongano in essere non solo attività interpretative di tipo analogico, ma anche di tipo additivo, che si verificano in tutti quei casi in cui l'operato dei giudici non si limiti ad interpretare gli elementi costitutivi della fattispecie penale, ma vada ad ampliarne la portata a detrimento dell'imputato⁵⁵.

Beninteso, nell'ottica della Corte non ogni mutamento giurisprudenziale in senso estensivo del penalmente rilevante (c.d. *overruling in malam partem*) è destinato, per ciò solo, a costituire una violazione dell'art. 7 della Convenzione. Difatti, l'interpretazione estensiva di una norma è considerata ammissibile (*rectius*, prevedibile) in due casi: quando è conforme ad una precedente prassi applicativa di tipo estensivo; e quando porta a conseguenze che, sebbene contrastanti con una precedente giurisprudenza, risultino plausibili in virtù dei mutamenti socio-culturali sussistenti nel momento in cui la norma viene applicata⁵⁶. In altri termini, in quest'ultimo caso la Corte di Strasburgo ammette un'interpretazione estensiva che restituisca «il vero senso della legge», ovvero «il senso che il legislatore attuale avrebbe espresso se avesse oggi redatto il testo»⁵⁷, sempre che i fatti in questione possano rientrare all'interno della norma penale o, come si legge in una sentenza della Corte, «a condizione che il risultato interpretativo sia coerente con la sostanza dell'infrazione»⁵⁸. Ciò tende a verificarsi per lo più con riferimento a fattispecie concrete percepite come moralmente ingiuste, mentre risulta di più difficile attuazione nel caso dei c.d. reati artificiali, attesa la maggiore difficoltà in

⁵⁵ HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 335; sul punto si vedano anche, a mero titolo esemplificativo, le sentenze: Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2008, ric. n. 21906/04; *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, ric. n. 14307/88; Commissione Europea dei diritti dell'uomo, *Enkelmann c. Svizzera*, 4 marzo 1985.

⁵⁶ A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di europeizzazione del diritto penale*, in *Cassazione Penale*, 2007 n. 5, p. 2205.

⁵⁷ J. PRADEL, G. CORTENS, G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, Paris, 1999, p. 319.

⁵⁸ § 20 della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Radio France e altri c. Francia*, 30 marzo 2004, ric. n. 53984/00.

quest'ultimo caso di prevedere mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*⁵⁹.

2.2.2 La giurisprudenza Cedu sui canoni della "prevedibilità".

Delineata, seppur brevemente, la portata del concetto di legalità, soprattutto con riferimento alla declinazione tutta europea della prevedibilità della decisione giurisprudenziale, è necessario vagliare come questa debba essere intesa, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ci interessa, in questa sede, mettere in luce una certa mancanza di coerenza e una certa disomogeneità delle stesse sentenze della Cedu sul concetto di prevedibilità, soprattutto con riferimento alla circostanza se essa debba essere intesa in senso oggettivo oppure in senso soggettivo o, ancora, se essa debba risultare da una commistione dei due aspetti.

Si è già detto sopra come una delle eccezioni al principio di prevedibilità sia costituita dai casi in cui l'*overruling in malam partem* si giustifichi alla luce di un mutamento delle condizioni socio-culturali, costituendo quasi una sorta di interpretazione evolutiva fisiologica. Emblematiche sul punto sono due famose sentenze⁶⁰ in cui la Corte di Strasburgo ha giustificato un *revirement* giurisprudenziale proprio sulla base dei cambiamenti socio-culturali. Mettendo a confronto altre sentenze con quella oggetto del presente contributo, ci sembra che esse entrino in aperto contrasto tra di loro sancendo due principi completamente diversi: da una parte, infatti, si giustifica un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* sulla base di cambiamenti socio-culturali che hanno suggerito il superamento del principio generale di common law secondo cui «un marito non può essere

⁵⁹ R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte Europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, nota a Cassazione Penale, Sezioni Unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, in Cassazione penale 2011, pp. 40-41.

⁶⁰ Cfr. § 37 S.W. c. Regno Unito e § 35 C.R. c. Regno Unito, cit., in cui la Corte di Strasburgo ha giustificato il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* con riferimento al reato di stupro tra coniugi (*marital rape*), in spregio al precedente e monolitico orientamento giurisprudenziale che escludeva il reato di violenza sessuale tra coniugi, ritenendo configurabile una causa di non punibilità sottesa al rapporto di coniugio. Si veda, sul punto, anche la sentenza Müller e altri c. Svizzera, 24 maggio 1988.

dichiarato colpevole di stupro nei confronti della propria moglie»⁶¹ e nonostante la giurisprudenza inglese precedente fosse compatta nell'affermare la liceità di tale condotta; dall'altra, nella sentenza che qui ci interessa, la Corte ha ritenuto che Bruno Contrada non potesse prevedere la sua condanna, stante l'asserita contraddittorietà della giurisprudenza in materia, senza tenere in conto non solo che i comportamenti ascritti all'imputato possedevano un'indubbia valenza negativa dal punto di vista delle concezioni sociali, ma inoltre senza considerare la circostanza che all'epoca dei fatti vi furono mutamenti storico-culturali che interessarono il fenomeno tutto italiano della contiguità mafiosa, rendendo necessario un adattamento interpretativo della normativa vigente (in quel caso l'articolo 110 letto in combinato disposto con l'articolo 416bis del codice penale) e, di conseguenza, un'applicazione della «legge penale a fatti che il legislatore era nell'assoluta impossibilità di prevedere all'epoca della promulgazione della legge»⁶².

Se ne deduce, in conclusione, come non si possa escludere che il ricorrente avesse quanto meno contezza dell'illiceità dei comportamenti posti in essere, e che tale illiceità potesse essere desunta proprio dai contrasti sincronici⁶³ che vi erano nella giurisprudenza dell'epoca, sorti anche in virtù dei mutamenti socio-culturali concernenti il fenomeno della contiguità mafiosa, sicché non sembrerebbe potersi parlare di imprevedibilità dell'esito giudiziale.

Ma vi è di più. Si è visto come uno dei parametri della determinatezza di una norma penale è costituito dalla tipologia dei destinatari della norma.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 515, in cui gli autori continuano specificando che in tanto ciò può avvenire in quanto «[...] la volontà del legislatore di sanzionare fatti di tal natura sia certa e che i fatti in questione possano rientrare all'interno della norma penale».

⁶³ Come è stato acutamente sottolineato da attenta dottrina, tali contrasti sono il presupposto fisiologico dell'esercizio della nomofilachia, «la condizione fattuale per la formazione di quel diritto giurisprudenziale che pure sta tanto a cuore ai giudici di Strasburgo», così F. PALAZZO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, intervento al convegno "Interpretazione giurisprudenziale e principio di legalità in materia penale alla luce della Sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, Contrada c. Italia", Roma, 15 giugno 2015, reperibile su www.radioradicale.it.

In tale ottica, la Corte di Strasburgo, rapportando la nozione di prevedibilità al destinatario tipico della norma penale, ha ritenuto prevedibile una condanna proprio in base alla natura professionale o organizzata dell'attività dei ricorrenti, anche in ipotesi in cui vi era un'esiguità di precedenti giurisprudenziali diretti a specificare la portata di una nozione legislativa generica o vaga.

Alcuni esempi serviranno a comprendere la posizione dei giudici europei. Nel caso *Flinkillä e altri c. Finlandia*⁶⁴ la condanna per il reato di interferenze illecite nella vita privata è stata ritenuta prevedibile in considerazione della professione di giornalista svolta dal ricorrente, il quale era tenuto al rispetto del codice deontologico giornalistico che prevedeva regole ancora più rigorose di quelle richieste al comune cittadino al fine di limitare l'intrusione nella vita privata altrui.

Ancora più significativa è la sentenza *Soros c. Francia*⁶⁵, in cui la qualifica di investitore professionale risulta dirimente per poter vagliare la prevedibilità della condanna del ricorrente per il reato di insider trading. In questa sentenza la Corte ribadisce come il giudizio di prevedibilità sia condizionato non solo dalla norma e dal suo ambito applicativo, ma soprattutto dalle caratteristiche dei suoi destinatari, richiedendo particolare cautela e attenzione da parte di soggetti qualificati professionalmente, che sono tenuti a dare prova di una grande prudenza nell'esercizio della loro attività. Applicando tali criteri al caso di specie, la Corte di Strasburgo ha ritenuto la condanna non contrastante con l'articolo 7 Cedu in quanto, pur mancando una giurisprudenza granitica sul punto, il ricorrente avrebbe dovuto versare quanto meno in una situazione di dubbio circa la liceità della sua condotta, il che avrebbe dovuto portarlo ad astenersi dall'azione⁶⁶. In questo caso la Corte europea ha dato

⁶⁴ Cfr. § 67 della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Flinkillä e altri c. Finlandia*, 16 aprile 2010, ric. n. 25576/04.

⁶⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Soros c. Francia*, 6 ottobre 2011, ric. n. 50425/06.

⁶⁶ Ivi, §53 in cui si legge: «*la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un*

rilevanza ai c.d. obblighi strumentali di conoscenza delle leggi penali, ben noti all'interno della giurisprudenza italiana⁶⁷.

Ancora, nella sentenza *Cantoni c. Francia*⁶⁸, i giudici europei non si sono posti problemi nel rapportare la prevedibilità delle conseguenze penali alla professione svolta dal ricorrente, richiedendo ancora una volta una particolare prudenza nell'esercizio della stessa.

L'attività professionale svolta è stata, dunque, presa in considerazione in diverse sentenze⁶⁹ della Corte di Strasburgo, anche in quelle in cui la prevedibilità era stata esclusa, come nella nota sentenza *Pessino c. Francia*⁷⁰ ove la Corte ha ravvisato la violazione dell'articolo 7 Cedu, poiché neanche la professionalità del ricorrente poteva far prevedere la sua condanna, «non trattandosi di un reato connotato da una certa "naturalità" come nel caso del marital rape»⁷¹.

In tutti questi casi la Corte sembra abbracciare una nozione di prevedibilità di tipo soggettivo, rapportando, come già visto, la

acte determine [...]. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte»

⁶⁷ Il riferimento è alla nota sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale. Cfr. nella manualistica, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano 2015, p. 379 con ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁸ § 35 della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, ric. n. 17862/91, in cui si legge «*This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails. With the benefit of appropriate legal advice, Mr Cantoni, who was, moreover, the manager of a supermarket, should have appreciated at the material time that, in view of the line of case-law stemming from the Court of Cassation and from some of the lower courts, he ran a real risk of prosecution for unlawful sale of medicinal products*».

⁶⁹ Oltre a quelle già citate si possono ricordare: *Groppera Radio AG e a. vs Svizzera*, 28 marzo 1990, § 68, in cui si dice che la prevedibilità dipende dallo statuto dei destinatari; *Vogt c. Germania*, 26 settembre 1995 § 48; *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius vs Lituania*, 19 febbraio 2008, § 120; *Custers, Deveaux e Turk vs Danimarca*, 3 maggio 2007, § 94 ss., in relazione a membri di un'organizzazione ambientalista (Greenpeace) rispetto all'incriminazione di accesso abusivo a sito militare che ben avrebbero potuto conoscere stante la professione da questi svolta ed anche se non vi era segnalazione alcuna sulle mappe ufficiali.

⁷⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, ric. n. 40403/02. Si veda sul punto D. ROETS, *La non-rétroactivité de la jurisprudence pénale in malam partem consacrée par la CEDH*, in *Recueil Dalloz*, n.2/2007.

⁷¹ V. MANES, *Nulla poena sine lege*, in *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 282.

prevedibilità alle caratteristiche professionali e personali e valorizzando la possibilità che, in ragione del suo peculiare bagaglio conoscitivo, il ricorrente possa prospettarsi l'illiceità dei suoi comportamenti, quanto meno in termini di dubbio.

Al contrario, nella sentenza Contrada non viene tenuto in considerazione il ruolo professionale svolto dal ricorrente: Bruno Contrada era, infatti, un alto dirigente di polizia, il quale non poteva dubitare che condotte come fornire informazioni rilevanti ad esponenti della mafia in merito ad indagini in corso avessero una rilevanza penale; non solo, egli poteva ragionevolmente mettere in conto che le sue condotte sarebbero state etichettate come “concorso esterno in associazione mafiosa”, in quanto riceveva direttive da parte della magistratura che già in quel periodo elaborava contestazioni di reato *ex art. 110 e 416-bis c.p.*, in particolare nell'ambito del primo maxi-processo di Palermo, istruito anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte⁷². Risulta, quindi, lampante come nella sentenza “Contrada” la Corte di Strasburgo abbia adottato un concetto di prevedibilità di tipo oggettivo che si basa solo (ed esclusivamente, aggiungerei) sul “contrasto giurisprudenziale” esistente all'epoca dei fatti, non solo allontanandosi dalla sua stessa giurisprudenza che, come ampiamente visto, aveva in più occasioni valorizzato un concetto soggettivo di prevedibilità, ma anche distaccandosi da quella valutazione in concreto della prevedibilità propugnata dagli stessi giudici europei.

Si avverte, allora, con maggiore evidenza il disorientamento che tale sentenza può aver creato nel panorama italiano, non tanto per aver introdotto un concetto di legalità sostanziale che potrebbe mettere in crisi quello di legalità formale tanto caro alla nostra cultura giuridica, quanto per la mancanza di una precisa nozione del concetto di “prevedibilità” da parte della giurisprudenza Cedu e per il movimento ondivago che ha caratterizzato la stessa giurisprudenza sul punto.

⁷² F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, cit.



Alcuni in dottrina⁷³ hanno parlato di una “tendenza” della giurisprudenza Cedu ad un irrigidimento dei parametri sulla base dei quali valutare la prevedibilità della decisione giurisprudenziale, non più ancorata a canoni di natura soggettiva, bensì incentrata solo su parametri di natura oggettiva. Tale impostazione, che vorrebbe riscontrare una sorta di volontà da parte della Corte di Strasburgo di oggettivizzare il concetto di prevedibilità, non sembra condivisibile, proprio perché smentita dalla stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo: ed infatti, in una pronuncia⁷⁴ di poco successiva rispetto alla sentenza Contrada la Corte di Strasburgo è tornata a valutare il concetto di prevedibilità in base alla qualità dei destinatari, richiedendo una maggiore cautela da parte di soggetti che, svolgendo una particolare professione, devono necessariamente valutare i rischi penali che la propria attività lavorativa comporta⁷⁵.

Ciò posto, non si può, però, non osservare il rigore eccessivo adottato nella sentenza oggetto del presente contributo⁷⁶. Rigore che non si riesce a spiegare attesa la prospettiva personalistica che ha informato la giurisprudenza Cedu sul concetto di prevedibilità, la cui evoluzione ermeneutica sembrerebbe comportare una valorizzazione del principio di colpevolezza⁷⁷. Sembrerebbe, invece, più probabile che la sentenza

⁷³ Cfr. V. MANES, *Nulla poena sine lege*, in Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 281, sulla sentenza Pessino c. Francia; si veda anche la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, ric. n. 42750, con nota di F. MAZZACUVA, *La grande camera della corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*.

⁷⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, X e Y c. Francia, 1 settembre 2016, ric. n. 48158/11.

⁷⁵ Ivi §57, in cui si legge «*La Cour rappelle également que la portée de la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte*».

⁷⁶ Dello stesso avviso, M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU sul caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità*, cit., p. 4618.

⁷⁷ Si veda sul punto la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01, con cui l'articolo 7 ha subito una forte evoluzione ermeneutica, attesa la rilevanza attribuita al nesso psicologico tra autore e fatto, ovvero sia alla categoria della colpevolezza.

Contrada rappresenta un'eccezione nel panorama giurisprudenziale europeo, un'eccezione che, però, ha avuto delle ripercussioni negative in termini di chiarezza e coerenza della nozione di prevedibilità ex articolo 7 CEDU.

2.3. Conclusioni

Siamo ora in grado di rispondere ai quesiti sopra posti.

Sembra evidente, infatti, come la sentenza della Corte di Strasburgo non fosse prevedibile per l'ordinamento italiano, soprattutto alla luce della stessa giurisprudenza Cedu sul concetto di prevedibilità. L'applicazione della fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa, frutto di una complicata evoluzione giurisprudenziale, dovuta anche a mutamenti socio-culturali, avrebbe dovuto risultare «adeguata rispetto allo spirito del tempo, al comune sentimento»⁷⁸ e, di conseguenza, sarebbe stata da considerare già per questo prevedibile; oltretutto non si trattava dell'applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale improvviso, situazione che sarebbe stata connotata da imprevedibilità, ma sussisteva un preesistente contrasto giurisprudenziale di tipo sincronico, situazione che, invece, risulta fisiologica al fine di non mortificare la necessaria attività interpretativa dei giudici.

Di conseguenza sembra senz'altro sostenibile che Bruno Contrada potesse ragionevolmente prevedere la sua condanna, soprattutto in virtù del ruolo professionale che svolgeva; e tale prevedibilità avrebbe dovuto ricoprire non solo la rilevanza penale della condotta, ma anche la pena, attesa la preesistenza di una base normativa (l'articolo 110 letto in combinato disposto con l'articolo 416bis) da cui dedurla.

Ma il punto maggiormente dolente è, come si è visto, la constatazione di una certa disomogeneità della giurisprudenza di Strasburgo, nonché la mancanza di un concetto univoco e chiaro di “prevedibilità”, soprattutto con riferimento ai canoni, oggettivi e/o soggettivi, in base ai quali valutare

⁷⁸ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Studi e materiali di diritto penale, 2009, p. 76 ss.

tale nozione. Non è chiaro, infatti, se essi abbiano uguale valore, o se l'uno prevalga sull'altro o, ancora, se debbano sussistere congiuntamente o alternativamente. Si potrebbe ritenere, in una prima considerazione approssimativa, che, anche alla luce della stessa giurisprudenza Cedu, tali canoni vadano valutati tutti in egual modo, basandosi sulla fattispecie concreta oggetto di valutazione.

Si auspica sul punto che i giudici della Corte Edu forniscano ulteriori elementi chiarificatori, in modo da far sì che anche la loro giurisprudenza risulti "prevedibile" agli Stati membri.

3. Le luci della sentenza Contrada

Rimane comunque da ricordare che la sentenza Contrada, seppur criticabile nel suo argomentare, ha avuto il merito di sottolineare un importante principio, quello di *prevedibilità della decisione giurisprudenziale*, destinato ad assurgere a nuovo aspetto della stessa legalità penale interna, la quale non può più essere letta in maniera avulsa dalla prospettiva europea. Ecco allora che si rivela in tutta la sua portata la "luce" della sentenza Contrada, nel momento in cui ha posto dottrina e giurisprudenza italiane di fronte alla necessità di una rivisitazione del principio di legalità e del ruolo svolto dal formante giurisprudenziale, anche nell'ottica di una maggiore attuazione del principio di cui all'articolo 3 della nostra Costituzione: come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, «la prevedibilità della decisione giudiziale è legata a doppio filo alla parità di trattamento tra casi simili»⁷⁹, atteso che un «sistema in cui le decisioni risultano imprevedibili [...] costituisce l'esatta negazione del principio di eguaglianza»⁸⁰.

Si apre, dunque, una nuova era per il principio di legalità in materia penale che con ogni probabilità comporterà, nel lungo periodo, una rivisitazione della sua portata, riletta alla luce dell'articolo 7 Cedu, e, nel breve periodo, porterà ad un dibattito (a dire il vero già messo in moto) sulle modalità con

⁷⁹ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit.

⁸⁰ *Ibidem*.

cui far entrare il *decisum* Contrada nel nostro ordinamento, se per la porta del principio di colpevolezza o del principio di determinatezza o, infine, del principio di irretroattività.