

STEFANO EMANUELE GIORDANO

Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia

SOMMARIO: 1. Genesi, *ratio* e prime affermazioni del concorso esterno nell'associazione per delinquere di tipo mafioso - 2. Il tormentato percorso giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione mafiosa - 3. Il concetto di “legge” in senso sostanziale secondo la CEDU e la Corte EDU. I principi dell'art. 7 CEDU e la nozione di legalità nella giurisprudenza della Corte EDU - 3.1. Il principio di legalità nel linguaggio della Corte Europea: considerazioni generali - 3.2. Il principio di tassatività e sufficiente determinatezza secondo la CEDU - 3.3. Il principio di irretroattività e il principio della retroattività della norma penale più favorevole - 3.4. Il principio di proporzionalità della sanzione penale - 4. La sentenza Contrada c. Italia - 5. Considerazioni conclusive: gli effetti immediati e mediati della sentenza Contrada c. Italia; prime riflessioni “a caldo”

La recentissima pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo¹, che ha condannato l'Italia a indennizzare il ricorrente mediante un ristoro economico per la violazione dell'art 7 CEDU, pone al penalista parecchie e spinose questioni concernenti la tipizzazione e la determinatezza delle fattispecie penalistiche, il significato e l'ambito operativo del principio *nullum crimen sine lege*, il principio di retroattività della norma penale incriminatrice, nonché il *minimum* di “tipizzazione” richiesto alle fattispecie penalistiche di parte speciale, segnatamente - nella specie - al concorso esterno nel reato associativo.

1. Genesi, *ratio* e prime affermazioni del concorso esterno nell'associazione per delinquere di tipo mafioso

Com'è noto, la fattispecie di concorso eventuale nel reato associativo non esiste nel nostro codice penale, ma è di creazione meramente giurisprudenziale e nasce dalla presa di coscienza, intorno alla fine degli anni '80 del secolo scorso, della capacità “metastatica” e trasversale delle organizzazioni criminali nei confronti di ogni livello sociale.

Tale riconoscimento, unito all'accorgersi della sussistenza di inquietanti nessi di contiguità tra criminalità organizzata e mondo della politica (c.d. zona grigia), ha imposto una doverosa riflessione teorica e l'approfondimento giurisprudenziale della nozione di concorso eventuale nel reato associativo *tout-court*. Essa si riferisce alla condotta illecita di soggetti i quali - pur non facendo parte integrante dell'associazione a delinquere nella qualità di compartecipi interni- contribuiscono però, col conferimento della propria opera o di

¹ Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

qualche altra attività, alla sua conservazione e al suo consolidamento.

Mediante la riscoperta della distinzione, tutta di origine dottrinale, tra concorso eventuale e concorso necessario nel reato plurisoggettivo², la giurisprudenza ha finito con l'attribuire rilevanza penale a comportamenti atipici che, in assenza della prova del vincolo mafioso (c.d. *affectio societatis*), sarebbero rimasti altrimenti fuori dall'ambito del penalisticamente rilevante.

In particolare, per la giurisprudenza di merito e di legittimità sussisterebbe il concorso esterno nel caso di fattispecie criminosa che può essere indistintamente consumata da uno o più agenti, secondo il modello delineato dal sistema del concorso di persone nel reato; il concorso necessario concerne invece il reato plurisoggettivo, la cui consumazione richiede, per la sua stessa sussistenza, la necessità della cooperazione dolosa di più individui.

Il dibattuto problema circa la configurabilità del modello incriminatorio del concorso eventuale nel reato necessariamente plurisoggettivo appare, peraltro, già collaudato e ammesso nella giurisprudenza degli anni '70 con riferimento ai processi per banda armata celebrati nei confronti delle organizzazioni di stampo terroristico³ e di recente sperimentato nell'ambito della lotta al terrorismo internazionale⁴.

È indubbio però che la figura in questione ha trovato il suo impiego più ampio nella giurisprudenza relativa alla fenomenologia mafiosa, connotata, per sua stessa essenza, da un alto grado di pervasività nel tessuto sociale. Invero, l'innata e spiccata capacità delle organizzazioni criminali sussumibili sotto la fattispecie di cui all'art 416-*bis* c.p. di innestare trame, spesso intricate, con esponenti del mondo della politica, dell'imprenditoria, delle professioni, della pubblica amministrazione, senza che tali soggetti "estranei" possano ritenersi intranei alla *societas sceleris* mafiosa, ha indotto a concepire il concorso "esterno" nel delitto di associazione mafiosa quale modello criminoso sotto cui sussumere, in presenza di determinati elementi fattuali, talune forme di contiguità all'associazione criminale stessa, idonee in misura essenziale a de-

² Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 1999, I, 476 ss.; GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione e irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1185 ss.; MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, *ivi*, 1994, 1189 ss.; SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, 1870 ss.; VISCONTI, *Il tormentato cammino del "concorso esterno" nel reato associativo*, in *Foro it.*, 1994, II, 561 ss.

³ Si ricordi, per esempio, il caso giudiziario, assunto tragicamente agli onori della cronaca, della strage alla stazione di Bologna del 2 agosto 1980, che portò in secondo grado (Corte d'Assise d'Appello di Bologna, sentenza 18 luglio 1990) alla condanna di quattro imputati per il delitto di concorso in banda armata.

⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 19 settembre 2006, Scala, in *Mass. Uff.*, n. 234798; Id., Sez. I, 17 gennaio 2007, Valastro, *ivi*, n. 235904.

terminare l'effetto di una gravissima lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

Allo scopo di sanzionare penalmente tali condotte, dotate di forza offensiva non minore rispetto alla partecipazione all'associazione in senso stretto, si è pertanto utilizzato il modello di cui sopra, attraverso il combinato disposto dell'art. 110 c.p. e, segnatamente, dell'art. 416-*bis* c.p.⁵.

Senza pretese di esaustività, va segnalato che sia in dottrina che in giurisprudenza si sono registrati a lungo due indirizzi contrastanti, in relazione alla configurabilità giuridica del concorso eventuale nei reati associativi.

La possibilità di configurare o meno un concorso eventuale nella fattispecie plurisoggettiva dipende dall'esegesi della nozione di "partecipazione" all'associazione.

Allorché tale nozione venga identificata nel mero contributo causale al perdurare dell'associazione e al raggiungimento dei suoi scopi, non vi sarebbe spazio per la figura del concorrente esterno, in quanto l'eventuale contributo dell'*extraneus* si risolverebbe sempre nel fatto tipico incriminato dalla fattispecie associativa⁶.

Allorché, invece, il significato del termine "partecipazione" venga prudenzialmente fatto coincidere con la condotta di chi è stabilmente inserito nella struttura organizzativa dell'ente criminoso, residua la possibilità di configurare il mero concorso esterno nella condotta del soggetto che, rimanendo formalmente estraneo alla struttura organica del sodalizio, si sia limitato a occasionali prestazioni, costituenti frammenti aventi per certo idoneità causale

⁵ Letteratura sul tema sterminata: per una prima rassegna critica e analitica delle differenti pronunce giurisprudenziali e degli orientamenti dottrinali sul tema, cfr. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1303ss.. Successivamente, per un quadro sintetico, cfr. PALMA, *Il controverso istituto del concorso esterno nei reati associativi*, in *Studium juris*, 2006, 1449 ss.; CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 242 ss. Per approfondimenti, cfr. DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 54ss., 147; ID., *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, ivi, 1994, 1285 ss.; VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 271 ss.; CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

⁶ In dottrina, per l'esclusione della configurabilità del concorso esterno nelle fattispecie associative, cfr. MUSCATIELLO, *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 184 ss.; DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1325ss., il quale paventa, in generale, anche il contrasto di tale fattispecie con il principio di legalità e di sufficiente determinatezza; INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro It.*, 1995, II, 429 ss.; MANNA, *L'ammissibilità*, cit., 1189 ss.; F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno*, cit., 1870 ss.

rispetto al conseguimento degli scopi criminosi o al mantenimento della struttura associativa. In tale prospettiva, lo spazio della condotta del partecipe *intranseus* rimane relegato ai casi in cui sia ravvisabile la permanenza del vincolo associativo o la costante disponibilità all'azione delittuosa programmata. È importante sottolineare come, nella giurisprudenza anteriore al 1994, si registrassero entrambi gli orientamenti sopra descritti, con una leggera prevalenza per l'opzione favorevole all'ammissibilità del concorso eventuale nella fattispecie associativa. E anche in dottrina si tendeva, ma non univocamente, ad ammettere la configurabilità del concorso esterno⁷, sia pure nella consapevolezza della difficoltà di differenziare le fattispecie di concorso da quelle di partecipazione.

2. Il tormentato percorso giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione mafiosa

Il contrasto giurisprudenziale fra le due opinioni viene composto dalla sentenza Demitry del 1994⁸, primo *leading case* in materia di concorso esterno nel reato associativo, con la quale le Sezioni unite della Corte di cassazione ritengono definitivamente ammissibile la figura del concorrente esterno nel reato associativo mafioso, in maniera compiuta identificato in colui che non vuole appartenere - e non è voluto quale appartenente - all'associazione, ma che, consapevole dei fini perseguiti dal gruppo (ai quali peraltro resta indifferente), fornisce un contributo occasionale all'associazione criminale, limitato tuttavia al momento nel quale l'associazione entri in uno stato di "fibrillazione", ovvero sia quando quest'ultima, per qualsiasi ragione, viva uno stato di difficoltà.

Pertanto, a partire dal 1994, con l'unica eccezione costituita dalla sentenza Villecco del 2000 (v. *infra*) la Suprema Corte non solo dà il suo avallo alla tesi che ammette il suddetto concorso, ma comincia a tracciare le note costitutive del reato in questione. Si precisano, in particolare, i requisiti che il contributo esterno deve presentare per essere penalmente rilevante, di guisa che si possa distinguere la figura del concorrente esterno per un verso da quella del partecipe all'associazione, per altro verso da quei soggetti che costituiscono il nucleo della "mera contiguità mafiosa", il cui apporto non sempre è traducibile in termini di illiceità penale.

Nella sentenza Demitry, le Sezioni unite pertanto provvedono innanzitutto a

⁷ Cfr. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 130 ss.; DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996, 123 ss.; GROSSO, *La contiguità*, cit., 1185ss.; VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., 561 ss.

⁸ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842 ss.

delineare l'ontologica diversità tra la figura del partecipe e quella del concorrente, sia dal punto di vista dell'elemento oggettivo, sia sul piano dell'elemento soggettivo.

Sotto il profilo dell'elemento materiale, la sentenza Demitry effettua una distinzione tra la figura del compartecipe e quella del concorrente eventuale imperniata, come già accennato, sulla contrapposizione tra la fase della fisiologia dell'associazione e quella patologica c.d. di "fibrillazione".

Sottolinea la Corte, in particolare, «la diversità di ruoli tra il partecipe all'associazione e il concorrente eventuale, nel senso che il primo è colui senza il cui apporto quotidiano, o comunque assiduo, l'associazione non raggiunge i suoi scopi, cioè colui che agisce nella "fisiologia" dell'associazione, mentre il secondo è colui che non vuol far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a far parte ma al quale si rivolge sia per colmare vuoti temporanei in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversando una fase patologica che, per essere superata, richiede il contributo temporaneo, limitato anche a un solo intervento, di un esterno»⁹.

In questa prima fase, dal punto di vista squisitamente soggettivo invece, la Suprema Corte (aderendo alla tesi della configurabilità di un concorso a dolo generico in un reato a dolo specifico) evidenzia che «ai fini della configurabilità, sul piano soggettivo, del concorso esterno non si richiede, in capo al concorrente, il dolo specifico proprio del partecipe, dolo che consiste nella consapevolezza di far parte dell'associazione e della volontà di tenerla in vita e farle raggiungere gli obbiettivi che si è prefissa, bensì quello generico, consistente nella coscienza e volontà di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione»¹⁰.

A rimettere in discussione la nozione così acquisita del reato di concorso esterno interviene la sentenza Villecco¹¹, con la quale si torna a negare la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo. Si ritiene infatti che il frammento di condotta attribuibile al concorrente esterno tipizzato dalla sentenza Demitry sia riconducibile a una condotta di associazione *tout-court*, almeno alla luce di quell'accezione ampia ed estensiva del termine "associazione" che è utilizzata dai detrattori dell'esistenza della possibilità giuridica

⁹ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit..

¹⁰ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit..

¹¹ Cass., Sez. VI, 21 settembre 2000, Villecco, in *Cass. pen.*, 2001, 2064 ss., con nota di IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*; nonché in *Dir. form.*, 2001, 33 ss., con nota di GENOVESE, *In materia di ammissibilità del concorso esterno o eventuale nel reato associativo*.

del concorso eventuale in reati plurisoggettivi.

Dopo questa breve, e unica, parentesi, le Sezioni unite della Suprema Corte continuano a ribadire, con la sentenza Carnevale¹², la configurabilità giuridica del concorso esterno, addirittura ampliando l'alveo delle condotte sussunibili sotto questo *nomen juris*, rispetto a quanto affermato nella sentenza Demitry. Invero, il concorso esterno è ammissibile adesso «in capo alla persona che, priva dell'*affectio societatis* e non inserita nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisce un contributo specifico, consapevole e volontario indifferentemente a carattere occasionale o continuativo, purché detto contributo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione e l'agente se ne rappresenti, nella forma del dolo diretto, l'utilità per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso».

Sotto il profilo oggettivo, la fattispecie si amplia, non richiedendosi più che il contributo dell'*extraneus* venga prestato in una fase di difficoltà dell'ente criminoso, né che si traduca in una condotta sporadica od occasionale, potendo anche estrinsecarsi in un rapporto di carattere continuativo.

Dal punto di vista soggettivo, invece, si restringe l'area della punibilità, richiedendosi in capo al concorrente esterno la configurabilità del dolo diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

Con la sentenza Mammì del 2005¹³ a Sezioni unite, si definiscono ulteriormente i requisiti della condotta, dal punto di vista oggettivo, con la precisazione dei criteri in base ai quali si deve procedere alla verifica dell'efficienza causale della condotta dell'esterno a favore dell'organizzazione mafiosa, sostituendosi il giudizio *ex ante* sull'idoneità del contributo dell'*extraneus* con il dovere di una valutazione *ex post* della relativa efficienza causale.

Abbandonata dunque la teoria dell'aumento del rischio¹⁴, il nesso eziologico

¹² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276 ss.

¹³ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mammì, in *Guida dir.*, 2005, 39, 88 ss., con nota di GIORDANO, *Il contributo individuale dell'«esterno» deve interagire con le azioni della cosca*; nonché in *Dir. pen. e Proc.*, 2006, 585ss., con nota di MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del «concorso esterno» in associazione*; e in *Cass. Pen.*, 2005, 372ss., con nota di BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di «concorso in associazione mafiosa»*.

¹⁴ Cfr. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, tr. it., Napoli, 1986, 21; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. dir. it. proc. pen.*, 1992, 779 ss.; FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 162 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995, I, 377ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 250 ss. Tale teoria, nata nell'ambito del problema della causalità penale, a specificazione della c.d. teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, viene utilizzata altresì nella tematica del concorso di persone nel reato e viene criticata, con riferimento al concorso esterno, proprio dalla sentenza Mammì. In particolare, la sentenza Mammì intende superare il principio affermato dalla sentenza Carnevale, laddove si era stimata sufficiente

tra la condotta del concorrente esterno e il rafforzamento e consolidamento dell'associazione va accertato *ex post* ed in concreto; la condotta *de qua* deve avere influito sull'esistenza e sul rafforzamento dell'associazione mafiosa nel suo complesso o anche in una sua porzione significativa; e tale risultato deve essere provato in maniera rigorosa, tanto da esigere che questa reale efficacia condizionante sia enunciata in termini di elevata probabilità logica, confinan- te con la certezza e provata oltre ogni ragionevole dubbio (accogliendo così il Supremo Consesso un modello di condizionalità logica mutuato dal proble- ma della colpa medica professionale, così come risolto dalla nota sentenza Franzese)¹⁵.

Ne deriva l'ulteriore restrizione, rispetto ai modelli costruiti sulla base delle sentenze Demitry e Carnevale, dell'ambito del penalmente rilevante, doven- dosi escludere che costituisca reato per se stessa una manifestazione di di- sponibilità accettata dai membri della congrega mafiosa ed essendo insuffi- cienti la mera disponibilità o la vicinanza del politico all'associazione mafiosa o ai suoi esponenti di vertice, non sussistendo l'integrazione del reato nella stipula di impegni e promesse, quand'anche abbiano i caratteri della serietà e della concretezza. Di guisa che diventa elemento costitutivo della fattispecie la circostanza che tali accordi criminosi abbiano prodotto effettivi risultati tali da rafforzare o consolidare la *societas sceleris*, all'esito di una rigorosa verifi- ca probatoria *ex post* e in concreto dell'efficacia causale di tali comportamen- ti.

Sul piano soggettivo, nessun cambiamento della condotta illecita è registrabi- le, attecchendosi l'aspetto subiettivo della condotta a dolo specifico, come già affermato dalla sentenza Carnevale.

In conclusione, dal 1994 in poi la giurisprudenza della Corte di legittimità ha non solo definitivamente risolto in senso affermativo il dilemma circa la con- figurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, ma ha di fatto "sa- gomato" le note costitutive del reato di concorso esterno attraverso un flusso giurisprudenziale nascente dalle tre sentenze pilota cui si è fatto appena cen-

alla delimitazione della figura del concorrente esterno una generica e continuata "messa disposizione" di un soggetto particolarmente qualificato, a favore del sodalizio criminale: tale contributo "morale" non è più destinato a rilevare per la sua pericolosità *ex ante* ma è necessario verificare, attraverso un giudizio *ex post*, l'effettiva incidenza causale del contributo stesso sul mantenimento in vita o sul rafforzamento della compagine mafiosa.

¹⁵ È proprio la sentenza Mannino a citare la sentenza Franzese, che - in tema di causalità medica - postula l'obbligo per il giudice di pervenire, attraverso un accertamento *ex post*, «ad un giudizio di respon- sabilità caratterizzato da alto grado di credibilità razionale... enunciato anche in termini di elevata pro- babilità logica o probabilità prossima alla... certezza» (Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601 ss.).

no e tradottosi in “diritto vivente” dei giudici di merito; nonché attraverso un *trend* via via limitativo degli spazi di punibilità sussumibili sotto tale *nomen juris*, mediante la restrizione delle condotte penalmente rilevanti qualificabili come concorso esterno nel reato plurisoggettivo.

Resta da verificare adesso, ai fini della nostra indagine, (a) se tale fattispecie, per il sol fatto della sua genesi pretoria, possa ledere il principio *nulla poena sine lege* sancito dall’art. 7 CEDU; (b) se, come e quando detta fattispecie violi altrimenti i principi enunciati dall’art. 7 della Convenzione e quale portata abbiano tali principi; (c) in caso di esito positivo, sarà importante scandagliare le conseguenze dell’applicazione dei principi convenzionali nel diritto interno, sia da un punto di vista esegetico del diritto vivente che da quello, *de jure condendo*, dell’opportunità della tipizzazione legislativa della fattispecie in esame.

3. Il concetto di “legge” in senso sostanziale secondo la CEDU e la Corte EDU. I principi dell’art. 7 CEDU e la nozione di legalità nella giurisprudenza della Corte EDU

Al fine di poter rispondere compiutamente alle questioni ora sollevate è necessario adesso fare un passo indietro, per esplorare il concetto di “legge penale” e, in generale, il principio di legalità, come emerge dall’art. 7 CEDU e come viene inteso nella giurisprudenza della stessa Corte Europea.

L’art. 7, § 1, CEDU, rubricato “*Nulla poena sine lege*”, recita così: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Balza subito all’attenzione dell’interprete come il testo dell’articolo, a differenza della rubrica, non faccia alcun riferimento alla nozione di legge né in senso formale, né in senso sostanziale, contrariamente all’art. 25 Cost., agli artt. 1 e 2 c.p., nonché all’art. 199 c.p. in materia di legalità delle misure di sicurezza.

Ciò perché la nozione di “legge” convenzionalmente rilevante non coincide con quella di riserva formale di legge in senso costituzionale¹⁶.

¹⁶ In questo senso, cfr. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 86 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 58 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius@17unibo.it*, 2009, 60 ss. Per un approfondimento sul concetto di legalità penale nella CEDU, cfr. *ex omnibus*, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2011, *passim*; CONTI, *La*

La Convenzione, nel modellare la definizione di principio di legalità ai suoi scopi, non può infatti ignorare che fra gli Stati parte soltanto alcuni adottano il modello continentale di “legge”; altri, invece, sono vincolati da una nozione di diritto in senso giurisprudenziale, secondo modelli di *common law*. Emerge dunque una nozione ibrida, anfibia, materiale di precetto penalistico, comprensivo di tutte le norme di comportamento che siano prefigurate in modo da fungere da possibile schema di orientamento per i singoli. Tali norme, da una lato, devono essere certe, chiare, tassative e sufficientemente determinate; dall’altro, devono essere previste in maniera preventiva e devono preesistere alle condotte che tali regole disciplinano.

Il giurista continentale (e probabilmente anche quello anglosassone) storcerà presumibilmente il naso di fronte a un simile Giano bifronte, che cerca di compendiare la certezza della tassatività penalistica di stampo continentale con la fluidità del diritto pretorio basato sul *case law*; purtuttavia, di fronte all’esigenza, sottesa al diritto convenzionale, di assicurare la positivizzazione di una sorta di minimo comune denominatore di legalità, in grado di non essere estraneo a nessuno dei due – in sé diversi – modelli giuridici succitati, è difficile negare che il sistema eletto è quello senz’altro preferibile.

Un sistema che introduce una riserva di legge senza la necessità della... legge, un principio di legalità in cui si deroga alla riserva di legge per permettere che le altre declinazioni dello stesso principio (la tassatività, la sufficiente determinatezza del precetto penale, l’irretroattività, il divieto di analogia) possano avere diritto di cittadinanza in modelli giuridici di tipo pretorio.

La Corte Europea ha dunque il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato ha commesso l’atto che ha dato luogo all’azione penale e alla condanna, esistesse una disposizione “legale” – cioè un precetto normativo, di matrice legislativa o giurisprudenziale, che rendesse l’atto punibile – e che la pena imposta non abbia superato i limiti fissati da tale disposizione (Coëme e altri c. Belgio § 14, Achour c. Francia § 43).

Vediamo perciò quali devono essere le caratteristiche di questa base “legale” secondo il precetto dell’art. 7 nella giurisprudenza della Corte Europea, come si è consolidata nel corso degli anni.

Convenzione europea dei diritti dell’uomo, Roma, 2011; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 7ss., 81 ss.; KLIP, *European criminal law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, 167ss. Sul diritto di creazione giurisprudenziale, cfr. altresì DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 52 ss.

3.1. Il principio di legalità nel linguaggio della Corte Europea: considerazioni generali

La nozione di “diritto” (*law*) utilizzata nell’art. 7 corrisponde a quella di “legge” che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende sia il diritto di origine legislativa che quello di origine giurisprudenziale: entrambi devono possedere i requisiti della accessibilità e della prevedibilità (Kokkinakis c. Grecia §§ 40-41, Cantoni c. Francia § 29, Coëme e altri c. Belgio § 145, E.K. c. Turchia § 51).

Evidentemente, pertanto, la nozione convenzionale di “base legale” non si sovrappone alla -né può confondersi con la- garanzia della riserva di legge prevista in materia penale dalla Costituzione italiana. L’art. 7 Convenzione non vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l’interpretazione giudiziaria, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC] § 50). L’esistenza di una base legale è strettamente funzionale alla garanzia della prevedibilità, la cui portata dipende in larga misura dal contenuto del testo normativo in questione, dall’ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. Il requisito della prevedibilità di una legge non conduce a escludere che la persona interessata possa ricorrere alla consulenza di esperti per valutare le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (Achour c. Francia § 54).

3.2. Il principio di tassatività e sufficiente determinatezza secondo la CEDU

Quanto all’altro aspetto del principio di legalità, quello della determinatezza della fattispecie penale, nel linguaggio della Convenzione quest’ultimo si iscrive in pieno nel principio di legalità e nella garanzia della prevedibilità cui si è fatto cenno.

La legge deve definire chiaramente i reati e le pene; e questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere -a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l’aiuto dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali- quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale (Kokkinakis c. Grecia § 52, Achour c. Francia § 41, Sud Fondi e altri c. Italia § 107).

La Corte Europea ammette che, anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime possa non presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi, come si è visto, si servono anche di formule più o meno vaghe, la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla attività giudiziaria (Cantoni c. Francia § 31, Kokkina-

kis c. Grecia § 40). Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà, pertanto, sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione, quindi la tassatività può anche tollerare il ricorso a elementi normativi o vaghi¹⁷, che, come tali, saranno oggetto della doverosa interpretazione del giudice.

La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme (Kafkaris c. Cipro § 141). Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale (Kruslin c. Francia § 29).

3.3. Il principio di irretroattività e il principio della retroattività della norma penale più favorevole

Strettamente connesso al requisito della prevedibilità è il divieto previsto dall'art. 7 di punire un soggetto sulla base di una norma penale entrata in vigore dopo il fatto commesso (Sud Fondi e altri c. Italia § 110). Il principio di irretroattività impone altresì di non interpretare la legge penale in maniera estensiva a svantaggio dell'imputato e di non ricorrere al canone interpretativo dell'analogia¹⁸ (Coëme e altri c. Belgio § 145).

La giurisprudenza europea ha chiarito che la garanzia in questione non si applica ai mutamenti della legislazione penitenziaria (Kafkaris c. Cipro [GC] § 151). Con riguardo alla portata dell'art. 7, di recente si è assistito a un significativo *overuling* della giurisprudenza nella nota sentenza pilota Scoppola c. Italia.

Sin dal 1978 la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che, a differenza dell'art. 15, par. 1, del Patto delle Nazioni Unite relativo ai

¹⁷ Sulla compatibilità tra elementi normativi e vaghi e il principio di tassatività, cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2000, 54 ss.

¹⁸ Anche il principio di irretroattività sancito dall'art. 7, | 1, CEDU investe infatti non solo il diritto scritto ma anche quello giurisprudenziale: cfr. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Lonrai, 1994, 188, la quale sottolinea che l'art. 7 CEDU "*reprend le principe de la rétroactivité du 'droit' et pas seulement de 'la loi', en matière de condamnation pour 'infraction', donc de droit pénale*"; RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica*, Padova, 2000; ID, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in *II Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 130.

diritti civili e politici, l'art. 7 Convenzione non sancisse il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato (X c. Germania (dec.)).

E, in effetti, l'art. 7 non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di garantire all'imputato il beneficio di un cambiamento legislativo più favorevole intervenuto dopo la commissione del reato: pertanto, sulla base di un argomento testuale la Commissione aveva rigettato il motivo di ricorso. L'orientamento sopra ricordato è stato fatto proprio dalla Corte Europea (Le Petit c. Regno Unito (dec.) 2000, Zaprianov c. Bulgaria (dec.) 2003).

Tuttavia nel 2009, nel caso Scoppola c. Italia (n. 2), il giudice di Strasburgo ha constatato un'evoluzione in materia negli ordinamenti degli Stati contraenti in generale, sottolineando la fondamentale importanza di interpretare e applicare la Convenzione in modo da renderne le garanzie concrete e effettive, non meramente teoriche ed illusorie. L'approccio dinamico ed evolutivo sposato dalla Corte ai fini dell'interpretazione della Convenzione è promosso allo scopo di non ostacolare ogni riforma o miglioramento del livello di tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione (Stafford c. Regno Unito § 68, Goodwin c. Regno Unito [GC] § 74).

Dal 1978 al momento della decisione in discussione si sono registrati importanti sviluppi sul piano internazionale: l'entrata in vigore della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, il cui art. 9 sancisce il principio della applicazione delle legge penale più favorevole; la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 49, § 1, precisa che «se, posteriormente a tale reato, la legge prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata». La Corte Europea tiene conto anche di alcuni significativi sviluppi giurisprudenziali, ricordando come, nella causa Berlusconi e altri, la Corte di giustizia delle Comunità europee abbia ritenuto che questo principio faccia parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La Corte ricorda, infine, che l'applicabilità della legge penale meno severa è stata iscritta nello statuto della Corte Penale Internazionale e affermata nella giurisprudenza del Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia. Il giudice di Strasburgo, sulla base del *consensus* formatosi a livello europeo e internazionale, si spinge sino ad affermare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, può ormai considerarsi un principio fondamentale del diritto penale. Secondo la Corte Europea, è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi a ogni atto punibile la pena che il

legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive. La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'art. 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni.

Pertanto oggi l'art. 7, § 1, della Convenzione deve interpretarsi nel senso che esso sancisce espressamente il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, quando la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori (adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva) sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.

3.4. Il principio di proporzionalità della sanzione penale

Il principio di proporzionalità rileva sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*.

Esso guida il ragionamento della Corte sia nel valutare se la previsione legislativa in sé di una sanzione avente natura penale, alla stregua dei parametri della Corte, sia "proporzionata" rispetto alla lesione del bene protetto, sia nel sindacare se la comminazione della sanzione penale e la sua entità nel caso di specie siano adeguate rispetto alla violazione del diritto con essa protetto. Il principio trova applicazione soprattutto in quelli che la Corte, ai sensi dell'art. 3 CEDU, definisce come "trattamenti inumani e degradanti"; ma, riguardando la sanzione e non il precetto, non riveste importanza riguardo al concetto di "base legale" cui abbiamo fatto riferimento e per questo non verrà approfondito in questa trattazione.

In conclusione, la "base legale", di origine legislativa o pretoria, di cui necessitano i precetti penalistici, affinché siano compatibili col dettato dell'art. 7 CEDU e con la interpretazione che la Corte EDU ha progressivamente elaborato, come si è visto contempla i principi di tassatività e sufficiente determinatezza, il divieto di analogia, il principio di irretroattività della norma penale incriminatrice, il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole, i principi di accessibilità e prevedibilità del precetto e il principio

di proporzionalità della sanzione penale. Istituti per lo più mutuati dalle codificazioni liberali continentali e trapiantati anche nei Paesi di *common law* con il chiaro stralcio del principio della riserva di legge, per le ovvie ragioni di compatibilità con la matrice giurisprudenziale del diritto di questi Stati, cui *supra* si è fatto cenno.

Ciò che conta per la Corte è innanzitutto che, al momento del compimento della condotta, un precetto penale accessibile e conoscibile, preciso e determinato esista e che il singolo abbia la capacità di orientare il proprio comportamento in funzione di questa norma di comportamento.

Risponde il delitto di concorso esterno a questi requisiti? Da quando la base legale della suddetta fattispecie può ritenersi sufficientemente determinata da poter orientare la condotta dei soggetti? E, nella specie, può dirsi legittima l'applicazione del reato di concorso esterno nel caso Contrada, ovvero sia per fatti commessi anteriormente al primo significativo arresto giurisprudenziale delle Sezioni unite del 1994, senza incorrere nel divieto di retroattività della norma penale incriminatrice?

Sono i quesiti (espliciti ed impliciti) che si pone e risolve la Corte EDU nel giudicare la vicenda di Bruno Contrada, ex membro del Sisde condannato in via definitiva per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti storici avvenuti tra il 1979 e il 1988.

4. La sentenza Contrada c. Italia

Visti i principi e la nozione di “base legale” enunciati, non deve sorprendere che la Corte non si ponga nemmeno il problema della compatibilità, ai sensi dell'art. 7 CEDU, tra il concorso esterno in associazione mafiosa e il principio di legalità siccome precedentemente descritto.

Invero, la costruzione di tipo pretorio del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa è perfettamente in linea con la nozione di base legale elaborata dalla Corte EDU (base che – come detto ripetutamente – può rinvenirsi sia in una legge in senso formale, sia in un precetto formatosi in virtù di interventi giurisprudenziali ripetuti e univoci).

Pertanto, il problema che la Corte affronta non è quello di accertare la provenienza da fonte legislativa primaria della norma penale incriminatrice (giacché alla nozione di principio di legalità elaborata dalla Corte EDU sono estranei, come si è visto, la riserva di legge in senso formale e il dibattito inerente alla gerarchia delle fonti); bensì quello di verificare se il precetto normativo (qualsiasi sia la sua matrice) sia in grado di definire la fattispecie incriminatrice in modo chiaro, esaustivo e sufficientemente determinato, così da garantire il rispetto della sufficiente determinatezza in materia penale e di

evitare che detta fattispecie sia applicata retroattivamente rispetto al momento dell'acquisizione giurisprudenziale della tassatività della norma così creata. Sorvolando quindi sulla matrice giurisprudenziale della nozione di concorso esterno (al § 66 della sentenza in commento si dà atto che «non è contestato dalle parti che il concorso esterno di associazione di tipo mafioso costituisce un reato di origine giurisprudenziale»: la traduzione dal francese, qui come nelle successive citazioni, è nostra), la Corte ritiene che la questione da risolvere nella fattispecie concreta è se «all'epoca dei fatti contestati al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso. Bisogna dunque esaminare se, a partire dalla dizione letterale delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dalle giurisdizioni interne, il ricorrente fosse nelle condizioni di conoscere le conseguenze giuridiche delle sue azioni da un punto di vista penalistico» (§ 64). Il problema è dunque, secondo la Corte EDU, quello di verificare se e da quando, nell'elaborazione della Corte di cassazione, il delitto di concorso esterno assuma una sua intrinseca "chiarezza", tale da garantire quel *minimum* di tassatività che metta il soggetto destinatario della norma nella possibilità di orientare le sue condotte e le sue azioni in funzione di tale contesto normativo di riferimento.

Da questo punto di vista, il principio di tassatività della norma penale e quello - ad esso correlato - di retroattività della stessa si intersecano, nella fattispecie concreta, in maniera stretta e inestricabile. In sostanza, la Corte Europea analizza l'elaborazione giurisprudenziale dell'istituto e individua un momento in cui la fattispecie viene normativamente delineata in modo chiaro e preciso dall'attività nomofilattica della Suprema Corte. Solo da quel momento la norma può ritenersi vincolante e fungere da norma di comportamento tale da orientare le condotte dei consociati. La norma di matrice giurisprudenziale "nasce", pertanto, nel momento di tale acquisita chiarezza e potrà essere applicata soltanto da quel momento in poi. I fatti anteriori alla definizione netta della condotta, così come delineata dalla giurisprudenza, non saranno pertanto perseguibili, perché non esisteva una norma chiara e sufficientemente determinata al punto da rappresentare univocamente la distinzione e il confine tra ciò che è penalmente lecito e ciò che è penalmente vietato dalla norma incriminatrice.

Il principio della sufficiente determinatezza della norma penale e quello di retroattività della norma penale incriminatrice costituiscono dunque due aspetti del medesimo fenomeno: il principio di legalità *tout-court* (nell'accezione adottata dalla Corte EDU).

Ribadisce invero la Corte, nella sentenza *Contrada* (§ 60), che «l'articolo 7

CEDU non si limita a proibire l'applicazione retroattiva della norma penale a svantaggio del reo, ma "consacra" il principio più generale di legalità dei delitti e delle pene: *nullum crimen, nulla poena sine lege*».

Per evitare che il campo dell'applicazione del reato si riferisca a fatti che «anteriormente non costituivano dei reati, il principio dell'art. 7 prescrive inoltre di non applicare in maniera estensiva la legge penale contro l'accusato, per esempio attraverso il ricorso all'analogia». Per questo – sostiene la Corte – «è necessario che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li sanzionano. Questa condizione si può considerare verificata allorché il soggetto incolpato possa comprendere per mezzo della lettura della disposizione normativa e attraverso l'interpretazione che ne viene fornita dalle corti interne ... quali condotte attive ed omissive implicino la sua responsabilità penale e in quale pena incorre il colpevole» (§ 60).

In questa prospettiva, la Corte opera una necessaria analisi della giurisprudenza interna in relazione all'elaborazione del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa; e alla fine di questa operazione sancisce – non senza un certo margine di discrezionalità – il momento dal quale la norma, intesa come precetto penale in senso ampio, possa considerarsi esistente ed operante, essendo imperniata su una base legale "sufficientemente chiara"¹⁹.

Sostiene la Corte Europea che, secondo l'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (il governo italiano e il ricorrente), «la Corte di cassazione ha fatto per la prima volta menzione del reato di concorso esterno di associazione mafiosa nella sentenza Cillari numero 8092 del 14 Luglio 1987. Nella specie, la Corte di cassazione confuta l'esistenza di un simile reato e reitera questa sua posizione in altre sentenze successive, segnatamente la sentenza Agostani numero 8864 del 27 Giugno 1989 e Abbate e Clementi, rispettivamente numero 2342 e 2348 del 27 Giugno '94» (§ 67). Nel frattempo, «nella trattazione di altri casi, la Corte di cassazione riconosce la configurabilità del concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso (cfr. la sentenza Altivalle n. 3492 del 13 Giugno '87 e Altomonte n. 4805 del 23 Novembre 1992 Turiano n. 2902 del 18 Giugno 1993...)» (§ 68). «Purtuttavia, è soltanto nella sentenza Demitry a Sezioni unite che, per la prima volta, la Corte di cassazione» (esercitando la sua funzione nomofilattica e risolvendo dunque il conflitto

¹⁹ In questo senso, la mancanza di "chiarezza" della norma finisce col confondersi con quel concetto di inconoscibilità del precetto sancito dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 364 del 1988, ove si legge che «l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato. Tali casi attengono, perlopiù, alla oggettiva mancanza di conoscibilità della disposizione normativa... oppure a un gravemente caotico... atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari».

giurisprudenziale che si era creato fra le varie sezioni semplici della stessa Corte) «riconosce definitivamente la configurabilità giuridica del concorso esterno in associazione di tipo mafioso all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale» (§ 69).

E rileva la Corte Europea che la nozione di concorso esterno in associazione mafiosa a cui fa riferimento la Corte d'Appello di Palermo nella sentenza del 25 febbraio 2006 (decisione - poi passata in cosa giudicata - con la quale Bruno Contrada viene condannato per il reato di concorso esterno) è quella ricavabile dalle sentenze Demitry, Carnevale e Mannino, «tutte posteriori ai fatti contestati al ricorrente, risalenti al periodo compreso fra il 1979 e il 1988» (§ 72).

Osserva poi la Corte EDU che «la doglianza, eccepita dal ricorrente durante tutti i gradi del giudizio, circa la violazione del principio di retroattività e della prevedibilità della legge penale non è stata fatta oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici interni, che si sono limitati ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato di concorso esterno di tipo mafioso all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale, senza tuttavia rispondere al problema di comprendere se una tale norma fosse conoscibile dal ricorrente all'epoca dei fatti che gli sono stati contestati» (§ 73).

Di contro, al momento dei fatti contestati al Contrada, ad avviso della Corte EDU (§ 75), il reato «non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo», il quale non poteva conoscere né il precetto, né la sanzione a cui sarebbe andato incontro violando tale disposizione normativa.

Pertanto, essendo i fatti contestati al Contrada pregressi (in quanto collocati nel periodo 1979-1988) rispetto al “consolidamento” della fattispecie giurisprudenziale di concorso esterno in associazione mafiosa - avvenuto, come detto *supra*, con la pubblicazione della sentenza Demitry del 1994 - tale applicazione retroattiva della norma penale incriminatrice viola, a giudizio della Corte Europea, l'art. 7 CEDU²⁰.

Orbene, a prescindere dall'esiguità della somma statuita a titolo di rimborso, non v'è dubbio che la sentenza *de qua* appaia dirompente per i principi stabiliti e per gli effetti che ne possono discendere a livello di implicazioni giuridi-

²⁰ Ne consegue una condanna dello Stato Italiano a Euro 10.000 di indennizzo a favore del Contrada a mero titolo di ristoro morale (non essendo invece stato sufficientemente provato, secondo la Corte, il nesso eziologico tra il danno patrimoniale lamentato e l'operare antiggiuridico dello Stato italiano; neppure il rimborso delle spese legali, sostenute durante i ricorsi interni, può essere accordato nella misura richiesta dal ricorrente, in quanto i documenti presentati nella richiesta di rimborso non appaiono sufficientemente dettagliati; mentre per l'attività giudiziale, innanzi a se stessa, la Corte EDU ritiene ragionevole liquidare la somma di Euro 2.500).

che, sia nell'applicazione del reato di concorso esterno sia per quanto concerne la nozione di retroattività e sufficiente determinatezza del precetto penalistico, specie per i reati di pura creazione giurisprudenziale.

C'è da ritenere che tale sentenza (così come la recente decisione pronunciata proprio dalla stessa Sez. IV della Corte relativamente al reato di tortura, di cui pure si sono occupate le cronache²¹) sia destinata a divenire un *leading case*, che influenzerà la stessa giurisprudenza della Corte Europea nelle successive decisioni e che, inevitabilmente, refluirà sulla interpretazione del concetto di tassatività e di retroattività nell'ambito del diritto interno, potendosi l'ambito del principio di legalità italiano estendersi sino a comprendere la conoscibilità e prevedibilità²² del precetto normativo con riferimento alla giurisprudenza della Corte di legittimità e dei giudici di merito.

In particolare, il concetto di tassatività, alla luce di questa innovativa sentenza, potrebbe arrivare a comprendere, in una corretta ermeneutica convenzionalmente orientata, non solo la chiarezza e puntualità della disposizione legislativa ma anche l'univocità della interpretazione della stessa fornita secondo il cosiddetto "diritto vivente".

5. Considerazioni conclusive: gli effetti immediati e mediati della sentenza Contrada c. Italia; prime riflessioni "a caldo"

In sintesi, ripercorrendo il ragionamento sopra descritto, la Corte Europea distingue due segmenti temporali di applicazione della regola del concorso esterno in associazione mafiosa:

- (a) i fatti pregressi alla sentenza Demitry del 1994;
- (b) i fatti successivi alla sentenza *de qua*.

Per quanto riguarda i fatti di concorso esterno verificatisi anteriormente all'ottobre 1994, non essendosi all'epoca ancora configurato un esaustivo quadro giurisprudenziale sulle condotte incriminate e sulle note costitutive dell'illecito, detti fatti -secondo la pronuncia della Corte in commento- non risulteranno punibili secondo il paradigma degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. Poiché per gli autori delle condotte contestate la norma sul concorso esterno non esisteva nella sua dimensione chiara e precisa, un'eventuale condanna per concorso esterno riferita ai fatti *ante* 1994 sarebbe censurabile sotto il profilo della violazione del principio di irretroattività della norma penale incriminatrice, sancito dall'art. 7 CEDU.

²¹ Si tratta della sentenza Corte eur. dir. uomo., Sez. IV, 7aprile 2015, Cestaro c. Italia, cit.

²² Sul significato di accessibilità e prevedibilità della norma penale, cfr., ampiamente, BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 60ss.

Per i fatti, di contro, avvenuti successivamente alla pubblicazione della sentenza Demitry, la normativa sul concorso esterno è legittimamente applicabile, in quanto le note costitutive dell'illecito di concorso esterno avevano acquisito al momento della commissione dei fatti medesimi, a giudizio della Corte, quel *quid minimum* di tassatività e determinatezza tali da essere conoscibili dai soggetti destinatari della norma e fungere così da criterio di orientamento per le condotte dei consociati.

Ne consegue, dal punto di vista del diritto convenzionale, che i soggetti condannati per concorso esterno che hanno presentato ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ai sensi dell'art. 7 CEDU in relazione a condotte pregresse rispetto alla sentenza del 1994, potranno ottenere (se l'orientamento giurisprudenziale appena espresso, com'è prevedibile, verrà confermato) la condanna dell'Italia al risarcimento del danno, per essere stati sanzionati ingiustamente dai tribunali interni, in palese violazione del divieto di retroattività della norma incriminatrice.

Naturalmente la condanna dello Stato, com'è evidente, sarà subordinata alla condizione necessaria della ricevibilità del ricorso proposto secondo i parametri indicati dall'art 35 CEDU. In particolare, è necessario che il ricorso alla Corte Europea sia intervenuto dopo l'avvenuto espletamento ed esaurimento dei ricorsi interni. In sostanza, il ricorrente deve avere non solo completate tutte le procedure interne e quindi esaurito tutti e tre i gradi di giudizio nazionale, ma deve altresì dimostrare alla Corte EDU di avere dedotto la questione del difetto di tassatività e del divieto di retroattività della fattispecie di concorso esterno in tutti i gradi di giudizio, a cominciare perlomeno dai motivi d'appello avverso la sentenza di condanna di primo grado. Inoltre, il ricorso avverso la condanna definitiva pronunciata dalla Suprema Corte deve essere stata depositato presso la cancelleria della Corte Europea non oltre sei mesi dalla data della decisione interna definitiva²³.

²³ Recita l'art. 35 CEDU: «Condizioni di ricevibilità. 1.La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual'è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva. 2.La Corte non accoglie nessun ricorso avanzato sulla base dell'articolo 34, se: a. è anonimo; oppure b. è essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di regolamentazione e non contiene fatti nuovi. 3.La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso avanzato in base all'articolo 34 quand'essa giudichi tale ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo.4.La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni fase della procedura». Cfr. anche, sempre per le problematiche inerenti alla ricevibilità dei ricorsi innanzi la Corte EDU, la *Guida Pratica sull'Ammissibilità*, consultabile in lingua italiana in www.echr.coe.int.

A queste condizioni, potranno essere accolti i ricorsi dei soggetti ingiustamente condannati per il delitto di concorso esterno per fatti anteriori all'ottobre 1994.

Più interessanti sembrano le prospettive, peraltro non del tutto prevedibili, che tale sentenza lascia intravedere nell'ambito del diritto interno.

Sul piano dell'ermeneutica delle norme penali, il concetto di tassatività potrebbe trovare un nuovo ampliamento attraverso l'inserimento delle caratteristiche di conoscibilità e prevedibilità, che, come accennato, potrebbero fungere da ulteriore criterio valutativo della legittimità, anche costituzionale, del precetto normativo.

È noto infatti come sia doverosa per il giudice interno una interpretazione della norme penale attraverso un'esegesi non solo costituzionalmente ma anche convenzionalmente orientata. Da questo punto di vista, la penetrazione del diritto della CEDU all'interno di una corretta ermeneutica delle norme interne impone al Giudice di accogliere, fra le tante interpretazioni possibili, quella più conforme ai principi convenzionali, in quanto non contrastante con quelli costituzionali. Se tale operazione di interpretazione convenzionalmente orientata non potesse riuscire, per un limite normativo intrinseco alla *dictio legis*, allora il giudice interno sarà obbligato a rimettere la questione di compatibilità con la norma convenzionale alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. in una con la norma convenzionale di cui si deduce la violazione²⁴.

Questo effetto di penetrazione del diritto convenzionale nell'ermeneutica e nell'esegesi delle fonti interne potrà far sì che, in una fattispecie di origine giurisprudenziale quale quella del concorso esterno in associazione mafiosa, i giudici interni si risolvano definitivamente a rimettere alla Consulta la questione circa l'ipotizzata mancanza di tassatività, ai sensi dell'art. 25 Cost., delle fattispecie di concorso esterno (questione di costituzionalità che, pur essendo stata sollevata più volte davanti ai giudici di merito e di legittimità, non è pur

²⁴ Questa è invero la conseguenza che trae la Consulta nelle celebri sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007. In tali sentenze, la Corte costituzionale osserva che la CEDU, come gli altri trattati internazionali, rientra nel campo di applicazione dell'art. 117, co. 1, Cost. Tale norma, imponendo al legislatore ordinario di rispettare gli obblighi internazionali, implica che la norma nazionale incompatibile con la CEDU viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Le norme interne di adattamento alla CEDU vantano dunque un rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria, tanto da poter essere qualificate come "norme interposte". Da questa "copertura costituzionale" discende che il giudice comune, in presenza di un contrasto fra la norma interna e una norma della Convenzione che non possa essere risolto in via interpretativa, deve sollevare la questione di costituzionalità rispetto al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost. La Consulta precisa altresì che il parametro di riferimento è costituito non soltanto dalla norma della Convenzione, bensì dalla norma convenzionale così come interpretata dai giudici di Strasburgo.

tuttavia mai giunta alla Consulta in virtù della dichiarazione di manifesta infondatezza dei giudici *a quibus*).

Si potrebbe invero sostenere, con maggior forza rispetto al passato, che l'innesto della figura concorsuale in una fattispecie – quale quella associativa – già di per sé connotata da una latitudine applicativa tutt'altro che esigua, può continuare *a fortiori* a provocare, per le fattispecie concrete antecedenti alla tipizzazione del modello concorsuale esterno da parte delle Sezioni unite, effetti moltiplicatori della punibilità difficilmente controllabili e preventivabili, con conseguente vulnerazione del principio costituzionale di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice.

Per altro verso, nelle fattispecie penalistiche di pura creazione legislativa (e quindi non di genesi pretoria), un'accentuazione così profilata del profilo di tassatività, intesa come evoluzione più raffinata del principio di legalità²⁵, potrebbe condurre addirittura l'interprete a invocare l'illegittimità costituzionale e convenzionale della norma ogni qualvolta sussista incertezza assoluta e contrasto giurisprudenziale rilevante su elementi fondamentali della condotta punibile.

Inoltre, non è da escludere che si possa ritenere da taluno, particolarmente sensibile alle sirene della Corte di Strasburgo, che l'illegittimità delle condanne per concorso esterno sia idonea a travolgere anche gli effetti del giudicato, con la conseguenza inevitabile dell'affastellarsi, davanti al giudice penale, di incidenti di esecuzione²⁶ di non facile risoluzione e col rischio ulteriore di difformità delle decisioni in materia così delicata.

Peraltro, non può non rilevarsi come la linea di demarcazione utilizzata dalla Corte EDU circa l'individuazione del “momento di nascita” della punibilità del concorso esterno sia fondata su rilievi che, se pur ragionevoli, prestano il fianco ad altrettanto ragionevoli critiche concernenti i criteri con cui si è operata l'individuazione del *dies a quo* della punibilità del reato in questione.

In effetti, se è vero che prima della sentenza Demitry del 1994 non vi era accordo sulla configurabilità del reato associativo, è vero altresì che nell'evo-

²⁵ Così definisce il principio di determinatezza ROMANO, *Commentario*, cit., 41.

²⁶ Potrebbe invero sollevarsi, innanzi al giudice dell'esecuzione, da parte dei soggetti che hanno subito la condanna per concorso esterno per fatti occorsi anteriormente all'ottobre 1994, questione di costituzionalità della norma di cui all'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di riconoscimento da parte della Corte EDU della “inesistenza” del precetto, equiparando così quest'ultima alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, per cui è previsto il rimedio dell'articolo citato. L'analogia fra le due fattispecie è evidente: dal momento che l'intervento della Corte cost. rende *ex nunc* inapplicabile la norma dichiarata illegittima, *a fortiori* dovrebbe intervenire la revoca di una condanna statuita sulla base di una disposizione che per la Corte EDU non è di fatto mai esistita.

luzione giurisprudenziale successiva la condotta è andata progressivamente a “modellarsi”, come si è visto; con l’effetto dell’inserimento tra le note costitutive del reato di ulteriori elementi qualificanti, considerati quali indefettibili per l’applicazione della norma in esame .

E ciò non ha sempre comportato una restrizione dell’ambito della punibilità, ma talvolta anche un suo netto ampliamento (si pensi ai passaggi della sentenza Carnevale con cui si ricostruisce l’elemento oggettivo del delitto di concorso esterno, attraverso l’inserimento di condotte di aiuto all’associazione non legate a una fase di fibrillazione della stessa e con la trasformazione dell’elemento soggettivo che passa da dolo specifico a dolo generico). In questi casi, potrà ragionevolmente ritenersi che qualsiasi modifica della fattispecie giurisprudenziale in senso estensivo della punibilità possa tradursi in una violazione del principio della retroattività della norma penale?

E, per converso, potrà legittimamente sostenersi che qualsiasi restringimento (operato dalla giurisprudenza della Suprema Corte) dell’ambito del penalmente rilevante debba necessariamente retroagire, giusta il principio (ormai convenzionalmente sacralizzato) della retroattività della norma penale più favorevole?²⁷

Riteniamo che la risposta non possa che essere negativa, stante il principio per cui una descrizione dettagliata della fattispecie non è in contrasto con la fisiologica attività esegetica del giudice interprete, il quale, come *supra* rilevato, può e deve allargare o restringere le maglie della fattispecie incriminatrice in funzione delle esigenze mutevoli della società in cui la norma deve essere applicata²⁸.

È pertanto auspicabile, e sempre più urgente, un intervento del legislatore, che si preoccupi di inserire la fattispecie di concorso esterno nel nostro Co-

²⁷ A tale proposito, la Corte cost., n. 230 del 2012 (con nota di ROMOLI, *Prime annotazioni a Corte Costituzionale n. 230 del 2012. La legalità penale: Strasburgo e il “vallo italo”*, in www.archiviopenale.it), sostiene che, nel *case law* europeo, non verrebbe attribuito espresso rilievo, ai fini del travolgimento del giudicato, ai mutamenti di indirizzo giurisprudenziale ai fini del principio di retroattività *in mitius*. Peraltro, la Consulta cita anche la (già sopra citata) sentenza Scoppola c. Italia, pronunciata il 17 settembre 2009, per ricordare che il principio convenzionale della retroattività della legge penale più favorevole, oltre a non rivestire carattere assoluto, incontrerebbe comunque un limite invalicabile proprio nel rispetto del giudicato (“*before a final judgement is rendered*”).

Al mutamento di giurisprudenza sarebbe ritenuto applicabile il solo principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, e comunque sempre in una prospettiva che si preoccupa principalmente di salvaguardare la “prevedibilità” della legge penale: cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 10 luglio 2012, Del Rio Prada c. Spagna; Id., Sez. II., 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia; Id., 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito.

²⁸ In questo senso, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 78 ss.; ID., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, 407ss.

dice Penale, in modo da fugare qualsiasi aberrazione interpretativa e risolvere, secondo un criterio ragionevole e coerente, i prospettati problemi di diritto intertemporale; solo tale intervento - rapido quanto chiaro - del legislatore, “tipizzante” la fattispecie di origine pretoria, potrà fugare alcuni tra i tanti dubbi che la sentenza in commento ha sollevato e riproposto.