

## CONVEGNI

---

**ADELMO MANNA**

### **Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)\***

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. 2. - La sentenza Taricco della Corte di giustizia della Comunità Europea e la teoria dei c.d. controlimiti. 3. - La sentenza Contrada della Corte Europea dei diritti dell'uomo ed il fin de non-recevoir manifestato sinora dalla giurisprudenza nazionale. 4. - Conclusioni: la difficoltà non solo di un dialogo fra le Corti ma, conseguentemente, della creazione di uno spazio giudiziario europeo realmente condivisibile.

1. I rapporti tra giurisprudenza nazionale e comunitaria sono notoriamente assai difficoltosi, tanto è vero che una recente e stimolante opera in argomento si intitola proprio "Il giudice nel labirinto"<sup>1</sup>.

Cerchiamo di individuare più in profondità le ragioni di tale difficoltà di rapporti, tenendo conto che, almeno a livello normativo, gli artt. 10 e 117 della Costituzione dovrebbero comunque assicurare una "*concordia discors*".

L'art. 10 Cost., in quanto stabilisce la necessità che l'ordinamento giuridico italiano si conformi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e l'art. 117, co. 1, Cost., così come sostituito dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2003, in quanto afferma che la potestà legislativa sia statale che regionale, deve essere esercitata non solo nel rispetto della Costituzione stessa, ma anche dei vincoli derivanti sia dell'ordinamento comunitario, che dagli obblighi internazionali.

Ciò nonostante, il difficile dialogo fra le Corti deriva, almeno a nostro avviso, dal differente ruolo e soprattutto funzione che giuocano rispettivamente da un lato la Corte Suprema di Cassazione e la Corte costituzionale e, dall'altro, la Corte Europea di diritti dell'uomo e la Corte di giustizia della Comunità europea.

La Corte Suprema di Cassazione si caratterizza infatti, seppure in linea puramente tendenziale, per costituire un'autorità giudiziaria in genere più attenta alla tenuta general-preventiva del sistema e, conseguentemente, anche alla tutela delle vittime, piuttosto che ai diritti fondamentali della persona, tanto è

---

\* Testo, riveduto ed ampliato, con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta il 25 febbraio 2016 ai "Giovedì della procedura penale", organizzati dal Prof. Alfredo Gaito e di prossima pubblicazione in *Processus criminalis europeus*.

<sup>1</sup> MANES, *Il giudice nel labirinto - Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

vero che nel ragionamento ermeneutico portata avanti dalla Suprema Corte sovente il metodo teleologico predomina, cosicché assistiamo ad interpretazioni di carattere “estensivo”, che talvolta trasmodano in un’interpretazione di carattere criticamente analogico.

La Corte costituzionale, al contrario, si mostra più orientata a favore di una sempre maggior tutela ed emersione dei diritti dell’uomo, soprattutto in campo processuale penale, ma non solo, al pari della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, da un lato e, quel che più rileva in questa sede, della Corte Europea dei diritti dell’uomo, dall’altro.

La Corte di giustizia della Comunità Europea, da ultimo, risulta invece più orientata verso un approccio in cui prevalgono interessi economico-istituzionali della CEE, per cui, come si dimostrerà anche nel corso delle riflessioni che seguono, il dialogo fra le Corti si fa senza dubbio molto complesso anche a causa dei diversi orientamenti che abbiamo delineato<sup>2</sup>.

In questa sede intendiamo affrontare due casi paradigmatici di conflittualità, il primo relativo alla sentenza Taricco della Corte di giustizia delle Comunità Europea, in rapporto alla teoria dei c.d. contro limiti e il secondo relativo alla sentenza Contrada della Corte Europea dei diritti dell’uomo, in rapporto all’atteggiamento di sostanziale “resistenza” o, comunque, di non recepimento da parte della giurisprudenza nazionale, nonché di atteggiamento per certi versi riduzionistico anche da parte di taluni settori, seppur qualificati, della stessa dottrina.

**2.** Iniziamo le nostre riflessioni sui due casi “difficili” con riferimento alla sentenza Taricco<sup>3</sup>. Tale sentenza ha stabilito la disapplicazione, da parte del giu-

---

<sup>2</sup> Sia consentito, per maggiori approfondimenti sul tema ed anche per riferimenti ad altri casi giudiziari controversi, come ad esempio quello relativo al problema della “confisca senza condanna”, il rinvio a MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all’interpretazione nella giustizia penale*, in *Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016, 23 ss., e, *quivi*, 33 ss.

<sup>3</sup> Corte, Giust. UE, Grand. Ch., 8 settembre 2015, Taricco, causa C-105/14, su cui v., con particolare ampiezza, VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); nonché MAZZA, *Scelte politiche “europee” e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, 2015, 775 ss.; nonché CIVELLO, *Il “dialogo” fra le quattro corti: dalla sentenza “Varvara” (2013) della CEDU alla sentenza “Taricco” (2015) della CGUE*, *ivi*, 783 ss.; RECCHIONE, *Dal dialogo tra le Corti alla resa dei conti*, *ivi*, 807 ss.; SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla “giurisprudenza fonte” alla “giurisprudenza argomento”*, *ivi*, 818 ss.; FILIPPI, *Il conflitto tra la Corte Europea e la Consulta*, *ivi*, 840 ss.; MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 20016, 362 ss.; LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale - Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus contro limiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; confronta altresì PAONESSA, ZILLETTI, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle ga-*

dice italiano, delle norme di cui agli artt. 160, ultimo co., e 161, co. 2, c.p., per contrasto con l'art. 325, § 1, TFUE, con l'art. 2, § 1, Convenzione PIF, nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'art. 4, § 3, TUE.

Il caso atteneva al reato di frode fiscale in materia di Iva all'esportazione nel senso che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione sarebbe conseguito, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulterebbero generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge potesse essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva<sup>4</sup>. In tale situazione, le misure previste dal diritto italiano per combattere contro la frode e le altre attività illegali, che ledono gli interessi finanziari dell'Unione - nella specie si trattava di c.d. «frodi carosello» - non possono essere considerate efficaci e dissuasive, e quindi risultano in contrasto con la normativa comunitaria innanzi indicata.

La sentenza dei giudici di Lussemburgo trae origine, a sua volta, dal provvedimento del Gup del Tribunale di Cuneo - che infatti ha sollevato la relativa questione dinanzi alla Corte di Giustizia della Comunità Europea - che nel suo provvedimento aveva, fra l'altro, sostenuto come "la durata del procedimento rende [...] l'impunità in Italia non un caso raro ma la norma"<sup>5</sup>.

In argomento è tuttavia necessario intendersi in quanto la Corte di giustizia non ha prescritto al giudice italiano di procedere *tout court* alla disapplicazione dell'art. 161, co. 2, c.p., per contrasto, in particolare, con l'art. 325 TFUE, ma ha imposto di farlo nella misura in cui si riscontri che tale normativa italiana, laddove assicura un prolungamento solo di un quarto dell'intervallo base, "impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea"<sup>6</sup>.

Va rilevato che il procedimento penale a carico del Sig. Taricco, che ha dato luogo all'intervento della Corte di Giustizia, è stato caratterizzato da molteplici

---

*ranzie - I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016; nonché i contributi sul tema apparsi in *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, a cura di Manna, Pisa, 2016, spec. 111 ss..

<sup>4</sup> Su tale questione AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org).

<sup>5</sup> Gup Cuneo, 17 gennaio 2014, 13, ultimo rigo. *Amplius* DAVIGO, *Una prescrizione vi salverà*, in *Micromega*, in [www.temi.repubblica.it](http://www.temi.repubblica.it).

<sup>6</sup> Sul punto, MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco - Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, 57 ss., e quivi 59.

ci ritardi, che non hanno nulla a che vedere con il, seppur ridotto, termine prescrizione, dovuto alla famigerata legge *ex Cirielli* del 2005, bensì alla soppressione della sede giurisdizionale in cui il procedimento era originariamente incardinato e quindi di nullità “procedurali che facevano regredire il procedimento alla fase delle indagini preliminari”<sup>7</sup> ed infine da errori di notifica.

Da qui uno scarto di circa sei anni dall’inizio delle indagini sino allo svolgimento della stessa udienza preliminare, di fronte al quale sia l’accusa, rivolta alle difese, di essersi adoperate per raggiungere la prescrizione, tradisce una mancata comprensione del ruolo del difensore, sia che la prescrizione del reato, come abbiamo dimostrato, non appare nel caso di specie, imputabile al ridotto termine prescrizione ed in particolare all’aumento soltanto di un quarto nel caso di interruzione della prescrizione, bensì ad eventi di tutt’altra natura, quali quelli che abbiamo in precedenza indicato<sup>8</sup>.

Tornando al *dictum* della Corte di giustizia della Comunità europea va rilevato come lo strumento giuridico, adottato nella sentenza su sollecitazione dell’Avvocato Generale Julienne Kokot, per superare il conseguente divieto in retroattività in *malam partem*, è consistito nel qualificare la prescrizione come condizione di procedibilità, anziché di punibilità, tale per cui non sarebbe soggetta al principio di stretta legalità ed al conseguente corollario relativo all’irretroattività delle norma penale sfavorevole, bensì al diverso principio, di natura processuale, del c.d. *tempus regit actum*.

La conclusione cui è giunta la Corte di giustizia di Lussemburgo poggia anche, ad esempio, sull’ordinamento francese e su quello anglosassone, ove in entrambi la prescrizione ha natura processuale, anziché sostanziale, ma sotto questo profilo, non ha tenuto conto che nel diritto penale italiano non solo la prescrizione è disciplinata nel codice penale sostantivo e non già in quello processuale, ma anche che la dottrina e la giurisprudenza hanno in genere sostenuto come la prescrizione costituisca un istituto di diritto penale sostantivo, in quanto attiene alla sfera della punibilità che, secondo alcuni, addirittura integrerebbe il quarto elemento del reato, oltre, cioè, il fatto, l’antigiuridicità e la colpevolezza<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Lo rammenta anche il Gup Cuneo, 17 gennaio 2014, 9, che tuttavia si astiene dal menzionare le ragioni tecniche di tale regressione,

<sup>8</sup> Sul punto, di nuovo, MICHELETTI, *op.cit.*, 62.

<sup>9</sup> Sulla prescrizione, in generale, ed anche nel senso che rientri nella punibilità intesa quale quarto elemento del reato, sia consentito, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III, Padova, 2015, 571 ss., nonché anche 559 ss.; per tale tesi, v., comunque autorevolmente già, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV, Milano, 2012, 171 ss. e spec. 177 ss.; più in particolare sulla prescrizione, cfr.

Ciò spiega, evidentemente, perché in primo luogo la Corte d'Appello di Milano ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, affinché decida se la prescrizione, così come intesa nella sentenza Taricco, contrasti o no con il principio di stretta legalità, attivando conseguentemente la teoria c.d. dei "controlimiti"<sup>10</sup>.

L'atteggiamento della nostra Suprema Corte di cassazione è stato, invece, "ondivago", nel senso che in un primo tempo aveva aderito e sostenuto la tesi della Corte di giustizia della disapplicazione della norma, in particolare dell'aumento soltanto di un quarto del termine prescrizionale, per effetto dell'intervento di un atto interruttivo<sup>11</sup>. Tale orientamento, come peraltro anche quello della Corte di Lussemburgo, si può anche comprendere, ma solo a livello di politica criminale, in quanto in effetti la riforma del 2005 in tema di prescrizione ha provocato l'effetto di favorire, con la riduzione del termine prescrizionale indicata, ben inteso per i primari, di favorirne l'impunità, giacché in effetti non è agevole, soprattutto in relazione a procedimenti penali che comportano complesse indagini, esaurire i tradizionali tre gradi del giudizio, senza che prima intervenga la causa di non punibilità relativa, appunto, alla prescrizione.

Ciò spiega, infatti, perché un attento studioso del calibro di Francesco Viganò, si è chiesto se sia valsa la pena trascinare la Corte costituzionale in un conflitto frontale dagli effetti dirompenti con la Corte di Giustizia, per difendere l'«impresentabile» disciplina della prescrizione, a trarre vantaggi dalla quale sarebbero gli autori di condotte che sottraggono ingenti risorse finanziarie all'Unione<sup>12</sup>.

Questi ultimi, tuttavia, costituiscono profili di politica criminale, di competenza del legislatore, che mettono in secondo piano proprio la teoria dei controlimiti, che, nel caso di specie, risulta invece funzionale, da un lato, ad assicu-

---

GIUNTA-MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003.

<sup>10</sup> Corte d'Appello di Milano, Sez. II, ord. 18 settembre 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i contro limiti*, 1 ss., ove sono riportati anche ulteriori contributi, sia dello stesso Viganò che di altri Autori, apparsi sulla medesima rivista.

<sup>11</sup> Cass., Sez. III, 17 dicembre 2015, in *questa Rivista* online, con nota di TREGLIA.

<sup>12</sup> VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen in un'importante sentenza della Corte di giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

rare il monopolio democratico delle regolazione dei presupposti della punibilità e dall'altro il principio di irretroattività in *malam partem*<sup>13</sup>.

Evidentemente considerazioni di tal fatta, legate alla più volte menzionata teoria dei c.d. controlimiti, ha indotto la Corte di cassazione a mutare successivamente orientamento ed inviare, quindi, anch'essa la questione alla Corte costituzionale<sup>14</sup>.

Va, infatti, rilevato come la materia dei contro-limiti posseda in primo luogo uno spazio di tutela anche a livello europeo, sulla base dell'art. 4.2 TUE, pur se non può non rilevarsi come sulla materia non possa non gravare l'ipoteca iscritta dalla sentenza Melloni<sup>15</sup> nella quale, come è noto, Lussemburgo ha offerto una lettura dei rapporti tra la primazia del diritto europeo ed i superiori livelli di garanzia in ambito nazionale, che ha ingenerato l'amara "impressione che il bisogno indisponibile di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, al fine di essere come si conviene appagato, non possa arrestarsi davanti ad alcuno ostacolo, foss'anche dato dai principi fondamentali del diritto interno (dei c.d. "contro-limiti")"<sup>16</sup>. In secondo luogo, ed è ciò che più rileva in questa sede, anche i giudici della Consulta hanno riconosciuto che le limitazioni di sovranità derivanti dall'adesione dell'Italia all'ordinamento europeo ex artt. 10 e 117, comma 1, Cost., incontrano, come noto, il "controlimite" dei "principi supremi" dell'ordinamento, come è stato ribadito dalla stessa Corte costituzionale in particolare in occasione delle c.d. "sentenze gemelle"<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Così anche MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., 33 ss. e, quivi, 42.

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 8 luglio 2016, C.M., S.F.P, B.M, F.P., su cui Di Paola, *Frodi tributarie "gravi", prescrizione penale e disapplicazione del diritto interno: nuovi dubbi e qualche certezza?*, in *Foro it.*, 2016, II, 236 ss.

<sup>15</sup> In argomento, AMALFITANO, *Mandato di arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>16</sup> Così, testualmente, RUGGERI, *La Corte di giustizia ed il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir.un.eur.*, 2013, 401; in argomento, cfr. anche MAIELLO, *op.cit.*, 39.

<sup>17</sup> Così in particolare BELFIORE, *Scenari "vecchi" e "nuovi" nei rapporti tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., 145 ss. e, quivi, 148-149, che tuttavia conclude il suo stimolante saggio con una nota di scetticismo circa il fatto che la Corte costituzionale, chiamata a decidere la questione "Taricco" il prossimo 15 ottobre, possa davvero accogliere la questione di legittimità costituzionale sollevata sia dalla Corte d'Appello di Milano, che, poi, dalla Corte Suprema di Cassazione, ritenendo non infondata la prospettiva di una dichiarazione di inammissibilità della questione, seppur limitatamente alle ipotesi di prescrizioni non ancora maturate, in ordine alle quali i giudici della Consulta potrebbero decidere direttamente sulla base della sola sentenza della Corte di giustizia. Lo stesso Autore, tuttavia, ha cura di rilevare come non dovrebbe, invece, sorgere questione in ordine alle prescrizioni già maturate, giacché le stesse dovrebbero risultare praticamente "blindate" dalla garanzia offerta dall'art. 25, co. 2, Cost.

Tale teoria, d'altro canto, come suol dirsi, viene da lontano, ovvero sia da altre due sentenze della Corte costituzionale, rispettivamente del 1973 e del 1984, nonché da due sentenze della Corte costituzionale tedesca, rispettivamente Solange 1 e 2, in base alle quali la medesima Corte si riserva una prerogativa di controllo di costituzionalità sugli atti comunitari “fintanto che il diritto comunitario non consentirà un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello garantito dalla legge fondamentale nazionale”<sup>18</sup>.

Stabilito ciò, riteniamo che la sentenza Taricco sollevi fondatamente un problema di attivazione della teoria dei controlimiti, in quanto incide in particolare sul principio di stretta legalità lungo tre direttrici fondamentali:

La riserva assoluta di legge, in quanto l'effetto della decisione della Corte di Lussemburgo consiste in un'estensione sostanziale dell'area della punibilità, non sostenuta, però, da fonti adeguatamente legittimate sul piano democratico. Costituisce, infatti, orientamento piuttosto pacifico che la scelta sui termini prescrizionali rientri nella discrezionalità del legislatore, non sanzionabile dalla Corte costituzionale con interventi in *malam partem*<sup>19</sup>. Inoltre, non solo il riferimento alla fonte europea, ovvero sia all'art. 325 TFUE, integra una disposizione normativa dal carattere essenzialmente politico-criminale, ma, conseguentemente, l'attribuzione al giudice di un potere di disapplicazione, peraltro ben conosciuto in sede europea<sup>20</sup>, nel caso di specie non appare però “logicamente determinato”, bensì il frutto di una valutazione estremamente discrezionale, compiuta da organi di tipo giurisdizionale, che è proprio ciò che l'art. 25, co. 2, Cost., intenderebbe evitare<sup>21</sup>.

La determinatezza, in quanto gli effetti della sentenza Taricco riguarderebbero fattispecie criminose da individuarsi con riguardo ad un concetto vago, quale quello di “gravità della frode”. D'altro canto, anche l'indicazione dei reati tributari interessati appare labile, in quanto l'art. 325, par. 1, TFUE, fa riferimento in generale ad “altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'unione”.

<sup>18</sup> Così, testualmente, FLORA, *Poteri del giudice europeo e disarticolazione degli assetti istituzionali degli Stati membri*, cit., 167 ss. e, *quivi*, 169; nonché, a livello monografico, in particolare, SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 393 del 2006, 72 del 2008, 324 del 2008, Trib. Milano, ord. 5 novembre 2012.

<sup>20</sup> Cfr., in particolare, già GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989; cui *adde*, più di recente, in particolare, SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2011.

<sup>21</sup> In tal senso anche EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 93 ss.

Il divieto di applicazione retroattiva della norma penale, in quanto si prefigura un'applicazione del regime di prescrizione modificato in modo peggiorativo per il reo, anche a fatti commessi prima di tale modifica<sup>22</sup>.

Tanto ciò è vero, che da parte dei giudici di Lussemburgo si utilizza una sorta di *escamotage* giuridico, per evitare il contrasto, in particolare, con il principio di irretroattività in *malam partem*, consistente, come abbiamo in precedenza rilevato, nel concepire l'istituto della prescrizione come di carattere processuale anziché sostanziale, in tal modo consentendo l'applicazione di un principio di diritto intertemporale tutt'affatto diverso, cioè a dire il "*tempus regit actum*".

Quest'ultima ricostruzione della prescrizione in chiave processuale, contrasta però con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale che infatti ha riconosciuto un fondamento costituzionale alla delimitazione temporale dello ius puniendi<sup>23</sup> nonché l'esistenza di un margine di discrezionalità politica nella sua quantificazione<sup>24</sup> ed intervenendo in modo cogente solo per eliminare le asimmetrie più macroscopiche<sup>25</sup>, il tutto però senza mai ridurre il livello delle garanzie e sempre nel rispetto delle prerogative parlamentari<sup>26</sup>.

Tutto quanto sinora affermato non conduce però ad una applicazione senz'altro "vincente" della teoria dei controlimiti in quanto i valori costituzionali sono generalmente considerati bilanciabili secondo lo stesso orientamento della Corte costituzionale. In base a quest'ultimo, infatti, "tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta ed illimitata e possa, così, farsi «tiranno»"<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. per tali tre profili del principio di stretta legalità che si assumono violati, VALLINI, *Un'ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, cit., 127 ss. e, *quivi*, 129; sul tema cfr. anche FEBBO, *Sentenza Taricco e "post Taricco": art. 25 co. 2 Cost. come controlimite?*, cit., 113 ss..

<sup>23</sup> Corte cost., n. 23 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 384 ss., con nota di MAZZA, *L'irragionevole limbo processuale degli imputati "eternamente giudicabili"*.

<sup>24</sup> Corte cost., n. 143 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 2371 ss., con nota di PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*.

<sup>25</sup> Sempre Corte cost., sent. n. 143 del 2014, ci.

<sup>26</sup> Corte cost., n. 45 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 370 ss., con nota di MICHELETTI, *"Eterni giudicabili": dal monito alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale*; dello stesso v. anche ID., *Premesse e conclusioni*, etc. cit., 57.

<sup>27</sup> Corte cost., sent. n. 85 del 2013 e, da ultimo, ID., n. 63 del 2016.



Come quindi è stato esattamente rilevato<sup>28</sup>, bisogna allora richiamare la figura dei c.d. valori supremi.

Come è noto, infatti, la Corte costituzionale ravvisa nella stessa Carta costituzionale taluni “valori supremi”, non suscettibili di bilanciamento e, quindi, non “negoziabili” e, pertanto, sovraordinati rispetto ad altri valori costituzionali.

Ad esempio sono ritenuti tali il bene della vita e della libertà personale e la salvaguardia dell’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica<sup>29</sup>.

Per quanto più direttamente qui interessa, anche il diritto alla tutela giurisdizionale, *ex art. 24 Cost.*, va annoverato tra i “principi supremi” dell’ordinamento costituzionale, essendo intimamente connesso con la struttura democratica dello Stato<sup>30</sup>.

Orbene, qualunque *vulnus* al principio di stretta legalità va a scapito sia della libertà personale, che della relativa tutela giurisdizionale, per cui il recepimento, nel nostro ordinamento, della disapplicazione retroattiva dei termini prescizionali, dovrebbe essere precluso in quanto contrastante con i valori supremi della legalità, della libertà personale e della tutela giurisdizionale, quest’ultima *ex artt. 24 e 111 Costituzione*.

Pertanto la Corte costituzionale avrebbe già solide basi per accogliere la teoria dei controlimiti in relazione alla sentenza Taricco della Corte di giustizia della comunità europea, per cui ci sentiamo di esprimere un, seppur moderato, ottimismo tenendo anche conto della recente sentenza della stessa Corte costituzionale<sup>31</sup>, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 159, co. 1, c.p., nella parte in cui, «ove lo stato mentale dell’imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile». La sentenza in analisi sottolinea infatti l’irragionevolezza della tendenziale perennità delle condizione di giudicabile dell’imputato, dovuta alla sospensione della prescrizione. La ratio della prescrizione – precisa infatti la sentenza – è legata all’affievolimento progressivo dell’interesse della comunità alla punizione del comportamento illecito ed al conseguente diritto all’oblio dei cittadini, laddove il reato non si rilevi così grave da escluderne la tutela. Una dimensione sostanziale, pertanto, dell’istituto della prescrizione<sup>32</sup> che, per

---

<sup>28</sup> In particolare e di recente da SGUBBI, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, cit., 133 ss. e, *quivi*, 135.

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 1 del 2013.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 1982; nonché, più di recente, *Id.*, sent. n. 238 del 2014.

<sup>31</sup> La n. 45 del 2015.

<sup>32</sup> Così, quasi testualmente, SGUBBI, *op.loc.ult.* cit.

l'appunto, conforta il nostro seppur moderato ottimismo, laddove la moderazione tiene conto del fatto che non è facile prevedere un esito positivo dallo "scontro frontale" fra le due Corti, che tuttavia, come rilevato in apicibus, seguono "guidelines", e, quindi, assolvono a funzioni di tutela, del tutto distinte. D'altro canto, la primazia del diritto europeo non può allo stato risultare senza limiti, giacché bisogna tener conto che l'Unione europea non ha ancora dato luogo, quanto meno, ad una federazione fra Stati, per cui residua la sovranità dei singoli Stati, che, in materia di "valori supremi" non potrebbe che prevalere, giacché, altrimenti, rischierebbero di risultare prevalenti preoccupazioni di politica criminale, legate alla funzionalità economica dell'UE, rispetto alla stessa legalità penale. Quest'ultima, infatti, come noto, deriva dal principio illuminista della separazione dei poteri, su cui si fonda lo Stato moderno, anche se bisogna aggiungere, con rammarico, che assistiamo attualmente anche nel nostro Paese alla crisi del potere legislativo, tant'è che un costituzionalista del calibro di Gustavo Zagrebelsky ha giustamente affermato che la situazione politico-istituzionale attuale, a seguito anche della riforma del bicameralismo e della legge elettorale, è caratterizzata dal c.d. "tempo dell'esecutivo"<sup>33</sup>.

3. Il secondo caso difficile, che infatti ha provocato anche qui una sorta di conflitto tra giurisprudenza comunitaria e giurisprudenza nazionale, ma di segno del tutto opposto, rispetto alla sentenza Taricco, riguarda la recente sentenza Contrada c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>34</sup> che ha già suscitato una giustificata eco<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr., in argomento, ZAGREBELSKY, PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo - Vademecum sulle riforme istituzionali*, Bari, 2016; AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale - Tornare ai fondamentali*, Bari, 2016, spec. 243 ss. Da ultimo, sulla interpretazione "europeisticamente" orientata e le resistenze giurisprudenziali, cfr. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055 ss. e, con riguardo alla sentenza Taricco ed alla teoria dei c.d. controlimiti, 3056 ss; nonché sui rapporti tra legalità e giustizia penale, PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *ibid.*, 2695 ss.; e, con riguardo alle relazioni esistenti tra processo penale italiano e processo sovranazionale, SPANGHER, *Processo criminale italiano e processo sovranazionale*, in *ibid.*, 3052 ss.. Sul tema v. anche, ora, *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Milano, 2016, spec. 5 ss.

<sup>34</sup> *Affaire Contrada c. Italia (n. 3)*, Requête n. 66655/13, arrêt del 14 aprile 2015. Il governo italiano ha chiesto che l'affaire fosse rinviato alla Grande Camera, a norma dell'art. 43 della Convenzione, ma la richiesta è stata rigettata il 14 settembre 2015.

<sup>35</sup> Cfr., ad es., CIVELLO, CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, *ivi*; GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *questa Rivista*, 2015, 1 ss.; MAIELLO, *La Consulta e la Corte EDU attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in

Ciò, a nostro avviso, non solo in rapporto alla sentenza stessa ed ai suoi enunciati, ma anche in relazione agli effetti della sentenza della Corte EDU sul diritto penale italiano<sup>36</sup>.

Con la sentenza in esame lo Stato italiano è stato condannato per violazione dell'art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo che stabilisce, com'è noto, la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, principio strettamente collegato con quello di legalità. Osserva, infatti, la Corte EDU che la condanna di Contrada per concorso esterno in associazione di tipo mafioso, per fatti commessi tra il 1979 ed il 1988, viola il principio della «prevedibilità della decisione giudiziaria», in quanto il diritto vivente non si sarebbe ancora cristallizzato, mediante l'intervento della Cassazione a Sezioni unite penali del 1995, Demitry<sup>37</sup>, cui sono succedute altre tre sentenze, sempre delle Sez. un. penali, sino al 2005<sup>38</sup>.

In tal modo la Corte europea mostra di privilegiare il diritto vivente rispetto al diritto scritto e ciò, a nostro avviso, per la seguente, importante ragione. Evidentemente, la Corte si rende conto che il «fenomeno giuridico» del concorso esterno, possiede comunque una sua base normativa, fornita dagli artt. 110 e 416-*bis* del codice penale. Mentre però il delitto di associazione di tipo mafioso, nonostante tutto, appare conforme al principio di stretta legalità, non altrettanto è a dirsi per l'art. 110 c.p., che, limitandosi a parificare *quoad poenam* l'apporto di tutti i concorrenti nel concorso di persone nel reato, così dimostrando come il legislatore del '30 abbia privilegiato una concezione unitaria, anziché differenziata, prevista invece nel codice penale del 1889<sup>39</sup>, risulta

---

*Dir. pen. proc.*, 2015, 1019; MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, *ivi*.

<sup>36</sup> Su tale particolare prospettiva cfr. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061 ss.; nonché DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; dello stesso, più in generale, v. anche ID., *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, *ivi*, 85 ss.; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. dir. pen. proc.*, 2016, 346 ss.; nonché sia consentito il rinvio anche a MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, *cit.*, 97 ss. e di prossima pubbl. anche su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>37</sup> Cass., Sez. un., 5 ottobre 1995, Demitry, in *Foro it.*, II, 1995, 422 ss., con nota di INSOLERA.

<sup>38</sup> Cass., Sez. un., 27 settembre 1995, Mannino (I), in *Cass. pen.*, 1996, 1087, con nota di AMODIO; Id., Sez. un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, 453 ss., con nota di DI CHIARA; Id., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino (II), in *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss.

<sup>39</sup> In argomento, per tutti, SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, che infatti mostra tutti i limiti della concezione unitaria, per privilegiare decisamente e giustamente quella di carattere differenziato.

inevitabilmente un contenitore «vuoto», anche per le ragioni che approfondiremo in seguito, per cui ciò spiega il contrasto giurisprudenziale tra i pronunciamenti che negavano la configurabilità di una figura generale di concorso esterno in associazione di tipo mafioso e quelli che invece la ammettevano, sino a che, appunto, non è giunta la sentenza delle Sezioni unite penali del 1995, ric. Demitry, che per la prima volta ha risolto il contrasto giurisprudenziale, stabilendo ai più alti vertici l'ammissibilità di un concorso esterno nel reato associativo.

Tuttavia, la sentenza Contrada della Corte EDU, se per la prima volta pone in discussione, a livello europeo, l'istituto del concorso esterno, che invece ormai costituiva *ius receptum* nella giurisprudenza italiana non tiene nel dovuto conto che non basta l'intervento delle Sezioni unite penali per cristallizzare, a livello di prevedibilità, il fenomeno giuridico in oggetto, perché basterà riflettere sull'origine del concorso esterno, sulla sua disciplina in alcune determinate ipotesi previste nel codice penale e sul contrasto esistente tra le stesse Sezioni unite penali della Cassazione, per rendersi conto come la sentenza Contrada costituisca soltanto il punto di partenza, e non già quello di arrivo, in materia.

Per quanto riguarda le origini del concorso esterno, dobbiamo riferirci a due sentenze del 1875, nei confronti di «associazioni di malfattori» così chiamate perché venivano mutate dal codice penale Napoleone del 1810, ove la Corte di Cassazione individuò questo fenomeno del concorso esterno che poi ha trovato successive e numerose applicazioni<sup>40</sup>. Ciò che, tuttavia, più preme rilevare è che, dopo queste prime avvisaglie giurisprudenziali, il codice penale del 1930 ha previsto alcune ipotesi di concorso esterno come fattispecie criminose a se stanti. Intendiamo riferirci alla fattispecie di «assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata», ex art. 307 c.p., fra i delitti contro la personalità interna dello Stato, ed al delitto di cui all'art. 418 c.p., denominato «assistenza agli associati» inserito proprio nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico.

Orbene, già la clausola di riserva contenuta in entrambe dette fattispecie criminose, «fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento», fa chiaramente comprendere come le fattispecie in analisi si situano in quella sorta di «zona grigia», esistente tra la condotta di partecipazione nel reato associativo ed appunto il reato di favoreggiamento, ed è infatti ciò che puntualmente avverrà anche in relazione al successivo e ben più ampio fenomeno giuridico

---

<sup>40</sup> VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 43 ss., con *ivi* i necessari riferimenti giurisprudenziali e dottrinari dell'epoca.

del c.d. concorso esterno nei reati associativi. Le fattispecie in discorso risentono, però, dell'inserimento in una dimensione tipica di una società originariamente agricola, tanto è vero che le norme in analisi fanno riferimento al «dare rifugio o a fornire vitto od ospitalità», mentre la legge 15 dicembre 2001 n. 438 ha aggiunto i termini “mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione”, evidentemente per aggiornare il dato normativo, in rapporto al passaggio da un'economia agricola ad una, invece, ormai di tipo post-industriale.

V'è, tuttavia, da domandarsi se, in presenza di ipotesi criminose specifiche, inserite dal legislatore nel codice penale ed in particolare proprio nell'ambito dei settori attinenti ai reati associativi, cioè la «personalità interna dello Stato» e l'«ordine pubblico», fosse consentito alla giurisprudenza creare un nuovo tipo di “fenomeno giuridico”, in assenza, cioè, di un espresso dictum del legislatore, dando così luogo, appunto, al concorso esterno in associazione di tipo mafioso.

Se, infatti, è indubbio come, con lo sviluppo delle professioni e delle funzioni pubbliche, «l'assistenza agli associati» può attualmente ottenersi anche da parte di avvocati, notai, commercialisti, oppure da parte di politici, magistrati e persino da ministri di culto, per cui il fenomeno si è sicuramente allargato, il quesito di fondo resta quello della legittimità del recepimento di tale fenomeno da parte della giurisprudenza, nonostante che il legislatore si sia sino ad ora fermato alle ipotesi codificate dianzi indicate.

La giurisprudenza ha risposto a tale interrogativo sostenendo come comunque sussistesse una base normativa del concorso esterno, partendo dal presupposto della ammissibilità di un concorso eventuale nell'ambito di reati a concorso necessario.

Ciò, però, non poteva, evidentemente, accontentare la giurisprudenza nel suo complesso, tanto è vero che la stessa si è sostanzialmente divisa, in quanto sia prima della sentenza Demitry, che in parte anche dopo, si sono avute sentenze della Cassazione che hanno sostenuto la configurabilità del concorso esterno, mentre altre lo hanno negato, evidentemente preoccupate dal rischio di collisione con il principio di stretta legalità<sup>41</sup>.

Il limite della sentenza Contrada, a nostro avviso, è che non appare sostenibile come dalla sentenza delle Sezioni unite penali della Cassazione Demitry si

---

<sup>41</sup> Sulle sentenze della Cassazione precedenti e talune anche successive alla Demitry, cfr. ora l'esame approfondito di DONINI, *op.cit.*, spec. 349 ss., cui pertanto si rinvia; sul rapporto di tensione fra il principio di stretta legalità e la problematica relativa al concorso esterno sia, altresì, consentito il rinvio a MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 1994, 1187 ss.

sia raggiunta la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, giacché dopo tale sentenza ve ne sono state altre tre che dimostrano come l'intervento delle Sezioni Unite penali non possa sul punto essere ritenuto decisivo, anche perché non abbiamo ancora introdotto nel nostro sistema penale la vincolatività, seppur relativa ed in senso verticale, del precedente giurisprudenziale, come peraltro sostenuto da attenta dottrina<sup>42</sup>, per cui a maggior ragione non può essere sufficiente la sentenza Demitry per rendere "prevedibile", e quindi conforme alla stretta legalità, il fenomeno giuridico del concorso esterno.

La sentenza Demitry, infatti, com'è noto, afferma la configurabilità del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ma lo limita alla situazione in cui l'organizzazione criminale si trovi in uno stato di fibrillazione, ove, quindi, avrebbe evidentemente maggior bisogno di apporti "esterni".

Tale concezione del concorso esterno è stata tuttavia superata dalla successiva sentenza Carnevale, proprio perché ci si è resi conto che gli apporti esterni all'organizzazione criminale possono ben avvenire anche quando la stessa è in *bonis*. Ciò nonostante, anche la sentenza Carnevale non ha persuaso, soprattutto con riferimento al dolo, giacché pur se non si è richiesta per il concorrente esterno la c.d. *affectio societatis*, tuttavia si è concepita tale forma di dolo come integrante la coscienza e volontà di fornire un contributo duraturo alla organizzazione criminale.

Quest'ultima osservazione risulta, tuttavia, contraddetta sul piano empirico-criminologico, in quanto il concorrente esterno si caratterizza per fornire, in genere, un contributo di carattere occasionale, mentre quello di tipo duraturo è tipico del partecipe, per cui la ricostruzione effettuata nella sentenza Carnevale del dolo del concorrente esterno non può essere seguita. Ecco dunque spiegata la ragione per cui, a soli tre anni di distanza, è intervenuta la sentenza delle Sezioni unite penali c.d. Mannino II, che per la prima volta dà una ricostruzione sistematica al fenomeno giuridico in oggetto, dando luogo a quella che può essere giustamente definita una sorta di "sentenza-trattato". Poiché il Relatore era lo stesso della sentenza delle Sezioni unite penali, ric. Franzese del 2002<sup>43</sup>, cioè l'attuale Primo Presidente della Cassazione, Cons. Giovanni Canzio, nella sentenza Mannino II si sono utilizzate le coordinate proprie della sentenza Franzese in tema di responsabilità penale per omissionem del

---

<sup>42</sup> CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

<sup>43</sup> Su cui sia consentito, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, il rinvio a MANNA, *Danno alla salute e rischio professionale: le controverse indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale per omissionem*, in *Ind. pen.*, 2004, 27 ss.

medico. Ciò nel senso che, per aversi concorso esterno in un'associazione di tipo mafioso, è necessaria un'indagine *ex post*, ovvero sia è necessaria la sussistenza di un nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento, qui inteso nel senso della conservazione o del rafforzamento dell'organizzazione criminale.

Il limite, tuttavia, anche della sentenza Mannino II, che farebbe presagire ulteriori sviluppi in argomento, riguarda l'obiezione per cui, ad una più attenta considerazione, la conservazione od il rafforzamento dell'organizzazione criminale hanno più il sapore di eventi in senso giuridico, che di carattere naturalistico, per cui mal si conciliano con la sussistenza di un nesso di causalità materiale<sup>44</sup>. In altri termini, si ha l'impressione che la trasposizione del modello ermeneutico ricavabile dalla sentenza Franzese ai reati contro l'ordine pubblico incontri un evidente limite che è poi quello che abbiamo ricordato, nel senso che la richiesta di un nesso di causalità materiale tra condotta ed evento funziona se trattasi di beni giuridici individuali, come la vita e l'integrità fisica, mentre incontra difficoltà non agevolmente sormontabili laddove si sia, invece, in presenza di beni giuridici collettivi, per cui sarebbe stato decisamente più opportuna la ricostruzione del concorso esterno in chiave di pericolo, anziché di danno come infatti era stato proposto alcuni lustri orsono dalla Commissione Fiandaca<sup>45</sup>.

Ecco dunque spiegata la ragione per cui, almeno a nostro avviso, la sentenza Contrada della Corte europea dei diritti dell'uomo rappresenti un "punto di partenza" e non già di "arrivo".

Stabilito ciò, si tratta quindi ora di verificare gli effetti della sentenza Contrada sull'ordinamento penale italiano, in particolare la sorte da riservare ai "fratelli minori" di Contrada. Sul punto va registrato un atteggiamento sostanzialmente "riduttivo" sia da parte della giurisprudenza, compresi qualificati esponenti della stessa, che da parte di altrettanto qualificati esponenti della dottrina. Per quanto riguarda l'atteggiamento della giurisprudenza, non può non rilevarsi in primo luogo la critica nei confronti della tesi ricavabile anche dalla sentenza della Corte EDU, circa la natura del concorso esterno quale "reato di origine giurisprudenziale". Si rileva, infatti, a contrariis, come in realtà il concorso esterno poggi le sue basi a livello normativo su due capisaldi, da un lato l'art. 110 del codice penale e dall'altro l'art. 416 bis, sempre del codice penale.

---

<sup>44</sup> In tal senso FIANDACA-VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 88 ss..

<sup>45</sup> Circa la proposta avanzata dalla Commissione Fiandaca nel 1999, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 555 ss.

Ciò, quindi, spiega, in secondo luogo, come in alcun modo possa definirsi, secondo questa corrente di pensiero, la sentenza Contrada come “sentenza pilota”, pur se si auspica comunque la via della tipizzazione legislativa del fenomeno relativo al concorso esterno<sup>46</sup>.

In secondo luogo, per quanto riguarda più in particolare i fratelli minori di Contrada, non può non rilevarsi come anche nel caso del Dell’Utri risulti che sia stato presentato ricorso in revisione o incidente di esecuzione, proprio dopo la sentenza della Corte EDU riguardante Contrada e che tale ricorso sia stato respinto dalla competente Corte d’Appello<sup>47</sup>.

Ciò, quindi, dimostra, almeno a nostro avviso, un chiaro fin de non-*recevoir* manifestato sinora dalla giurisprudenza nazionale con riguardo alla sentenza Contrada della Corte EDU. D’altro canto, un atteggiamento di sostanziale “riduzionismo” della stessa sentenza Contrada, lo ritroviamo anche in alcuni qualificati settori della dottrina, giacché essi ritengono esperibili, per quanto riguarda, appunto, i “fratelli di Contrada”, già coperti da giudicato, nell’immediato l’incidente di esecuzione e, più in generale, il ricorso al rimedio dell’errore su legge penale, evidentemente scusabile, perché inevitabile, a causa del mancato assestamento definitivo da parte della giurisprudenza della Suprema Corte sul punto<sup>48</sup>.

Va tuttavia rilevato come in dottrina, proprio in rapporto agli effetti della sentenza 364/1988, della Corte costituzionale, si sia acutamente rilevato come il far valere *l’error iuris* potrebbe risultare una più comoda e percorribile alternativa che potrebbe “nascondere”, però, vizi di più rilevante portata a livello costituzionale, quale, soprattutto, l’eventuale vulnus al principio di stretta legalità<sup>49</sup>.

Muovendoci nella direzione segnata da quest’ultima prospettiva, non possiamo non rilevare come la sentenza Contrada, ad un più approfondito esame, abbia posto, sotto il profilo degli effetti, un problema di non poco momento, cioè che se è stato necessario l’intervento delle Sezioni unite penali per dare un crisma di prevedibilità al concorso esterno, ciò non può non significare che la base normativa, cioè il “combinato disposto” tra gli artt. 110 e 416-*bis* c.p., si dimostra, evidentemente, assai labile ed incerta, giacché il diritto scritto

<sup>46</sup> Così, PATRONAGGIO, *Relazione sul caso Contrada*, cit., 89 ss.

<sup>47</sup> Cfr., in argomento, DONINI, *op.cit.*, 365, nt. 45.

<sup>48</sup> In tal senso, PALAZZO, *La sentenza Contrada, etc.cit.*, 1066-1067, nonché DE FRANCESCO, *Brevi spunti*, cit., 13 ss. e, spec., 17-18.

<sup>49</sup> STORTONI, *L’introduzione nel sistema penale dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv.ita. dir. pen. proc.*, 1988, 1313 ss.



ha bisogno di essere “riempito”, quanto al contenuto, dal diritto vivente, da cui infatti prende le mosse la sentenza della CEDU.

Non possiamo quindi non tornare su quanto avevamo all’inizio accennato, cioè che la base normativa del concorso esterno si dimostra, come suol dirsi, «debole e incerta»<sup>50</sup>, non tanto con riferimento all’art. 416 bis, quanto invece con riguardo all’art. 110 del codice penale perché non solo parificando quoad poenam tutti i concorrenti, contrasta chiaramente con il principio di uguaglianza in senso formale, che prescrive anche un trattamento differenziato di situazioni fra loro diverse<sup>51</sup>, ma si rivela anche un c.d. contenitore vuoto.

Per intendere appieno quest’ultimo giudizio sull’art. 110 c.p. ci viene in soccorso l’autorevole opinione del compianto Maestro, Prof. Giuliano Vassalli, che, in almeno un paio degli ultimi scritti, ebbe a sottolineare come l’art. 110 c.p. appare una delle norme più sospette d’illegittimità costituzionale dell’intero codice penale e ciò per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, poiché l’art. 110, come ricordato, parifica tutti i concorrenti in ciò confliggendo col principio di uguaglianza, giacché il legislatore del ’30 ebbe ad utilizzare una concezione unitaria del concorso di persone nel reato e non invece, come ai più ormai appare preferibile, una differenziata<sup>52</sup>, come, al contrario, era avvenuto, in modo assai più garantista, nel codice Zanardelli. Qui il vulnus al principio di uguaglianza si lega anche a quello relativo al principio di stretta legalità, proprio perché il legislatore del ’30, parificando tutti i concorrenti e quindi evitando di operare una differenziazione tra le varie categorie degli stessi, già a livello di fatto tipico, inevitabilmente risulta un c.d. “contenitore vuoto”, che, quindi, può essere riempito ad libitum dalla giurisprudenza che lo ha utilizzato proprio per “integrare” una delle due colonne normative su cui poggia il fenomeno giuridico del concorso esterno.

Si potrebbe, però, a quanto sopra replicare che, laddove si intenda violata la legalità penale, sub specie determinatezza, non si può non fare i conti con la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, per la quale indeterminatezza è sinonimo di ininterpretabilità, per cui, sotto questo ultimo profilo,

<sup>50</sup> In ciò parafrasando, non a caso, il bel saggio di TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.

<sup>51</sup> Sia consentito, sul principio di uguaglianza, il rinvio a MANNA, *Sull’illegittimità delle pene accessorie fisse*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 910 ss.; cui *adde*, più di recente, DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, spec. 107 ss.

<sup>52</sup> VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di Milano, 2006, *quivi* 170 ss.; nonché, più specificamente, sul concorso di persone nel reato, ID, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero Milano, 2006, II, 1939 ss.

non si può certo sostenere che il concorso esterno, soprattutto a seguito delle sentenze, sia della Cassazione a Sezioni unite, che anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, non sia "interpretabile"<sup>53</sup>.

Siamo, tuttavia, convinti che il vulnus al principio di stretta legalità non riguardi la determinatezza, bensì la tassatività e, per comprendere il nostro punto di vista, riteniamo opportuno operare un paragone con l'art. 113 del codice penale, ovvero sia la «cooperazione nel delitto colposo».

Se, infatti, si intende assegnare a tale istituto non solo, come appare corretto, una funzione di disciplina, ma addirittura una "funzione autonoma di incriminazione", che provoca inevitabilmente il ricorso alla "fattispecie concreta", ne consegue pianamente come, così interpretato, l'art. 113 non possa non violare il principio di stretta legalità, sub specie tassatività, proprio perché conduce ad incriminare fatti che, presi isolatamente, sarebbero invece privi di rilevanza penale<sup>54</sup>.

Volendo ora estendere tali considerazioni all'art. 110 de codice penale, non vi è dubbio, a nostro avviso, come l'art. 110 c.p., nella prospettiva del c.d. concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso, inevitabilmente giuochi un ruolo non soltanto di disciplina, ma, ciò che più rileva, anche "autonomo di incriminazione", con il rischio, tuttavia, di far diventare penalmente rilevanti fatti che altrimenti ne sarebbero privi, oppure che sarebbero tali, ma ad altro fine, il che avviene, ad esempio, quando la giurisprudenza considera come condotta di concorso esterno quella che, magari, riveste il ruolo di c.d. reato-scopo.

Ecco, dunque, chiarita la ragione per cui la questione relativa al concorso esterno andrebbe rivista anche sotto il profilo del rapporto con l'art. 25, co. 2, della Costituzione, sia in relazione al corollario della tassatività/tipicità, sia anche e conseguentemente, tenendo conto in ciò della sentenza Contrada, sotto il profilo della irretroattività, giacché, come è stato ellicamente rilevato, si dà luogo anche ad una "legge penale retroattiva di formazione giudiziaria"<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost. 18 dicembre 2003, 13 gennaio 2004, n. 5, in *Cass. pen.*, 2004, 1541; Corte cost. 3 luglio 2008, 1 agosto 2008, n. 327, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1381 e, in dottrina, PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., 1065

<sup>54</sup> Per la tesi che individua nella cooperazione nel delitto colposo anche una funzione autonoma incriminatrice, cfr. SEVERINO, DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, spec. 90 ss.; sulle orme di GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 7 ss.; per una fondata critica a tale impostazione, cfr., però, nella manualistica, in particolare, FIANDACAMUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7°, Bologna, 2014, 607 ss. e, spec., 611.

<sup>55</sup> Così DONINI, *op.loc.ult. cit.*

Ci sia consentito, tuttavia, nutrire non pochi dubbi sul fatto che una tale questione possa essere ritenuta non manifestamente infondata da parte di un giudice penale, proprio a causa del fenomeno, ben noto, della c.d. “perenne emergenza”<sup>56</sup>, che spesso consiglia l’autorità giudiziaria di risolvere al proprio interno le questioni di carattere interpretativo, senza, cioè, adire la Corte costituzionale.

Sussiste, comunque, un altro motivo di dubbio legato al fatto che, almeno a nostro giudizio, ben difficilmente la giurisprudenza ed in particolare le Procure della Repubblica intenderanno mettere in discussione un potente strumento di politica giudiziaria, che, in rapporto alla criminalità organizzata, si rivela tale proprio perché fortemente elastico e, quindi, adattabile ad ogni e qualunque tipo di esigenza emergente dal caso concreto. Che poi tutto ciò contrasti con il principio di stretta legalità è, evidentemente, tutt’altro discorso.

4. In questo difficile dialogo fra le Corti, sia comunitarie, che nazionali, ciò che appare una sorta di “convitato di pietra”, sembra essere proprio il legislatore.

È pur vero, infatti, che, dopo la sentenza Contrada, sono stati presentati in Parlamento due disegni di legge per la formulazione legislativa della fattispecie criminosa autonoma relativa al concorso esterno, utilizzando però il modello offerto dalla sentenza Mannino II che, a seguito della prefigurazione di eventi dal sapore giuridico, anziché naturalistico, sconta un evidente deficit a livello probatorio<sup>57</sup> e comunque di tali proposte di legge non si ha notizia che abbiano progredito in modo rilevante nell’iter parlamentare.

D’altro canto, anche la questione relativa alla riforma della disciplina della prescrizione giace da tempo in Parlamento, senza che le diverse forze politiche riescano a trovare un accordo definitivo. È evidente, a questo punto, che il legislatore ormai sembra aver abdicato al suo compito fondamentale di «dettare le regole», almeno nei settori più controversi del sistema penale, cosicché il suo compito sovente viene svolto, in chiave di supplenza, dalle diverse istanze giurisprudenziali, sia nazionali, che comunitarie.

Più in particolare, va osservato come le proposte di legge in tema di concorso esterno sono probabilmente dovute alla stessa sentenza Contrada della EDU, mentre quella in tema di prescrizione, come in precedenza osservato, non trova ancora la possibilità di essere varata, non già a causa di un’asserita len-

<sup>56</sup> MOCCIA, *La perenne emergenza-Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2°, Napoli, 2000.

<sup>57</sup> Su tali disegni di legge cfr. D’ASCOLA, *A che punto è la riforma del “concorso eterno”?*, in *Gli Oratori del Giorno*, 2015, marzo, 11 ss.

tezza del procedimento legislativo, bensì perché non ci si riesce a mettere d'accordo circa la necessità, da un lato, di prevedere la sospensione della prescrizione all'esito di ogni grado di giudizio e, dall'altro, di evitare comunque di incidere sul principio costituzionale della durata ragionevole del processo.

Con ciò intendiamo rilevare come sarebbe in un certo senso illusorio ritenere che l'accelerazione del processo legislativo - attraverso il passaggio da un sistema di bicameralismo perfetto ad uno ove, invece, il procedimento legislativo medesimo dovrebbe essere prevalentemente affidato solo ad uno dei due rami del Parlamento - possa realmente risolvere i problemi relativi alla funzionalità e soprattutto, far riemergere dalla sua evidente "crisi" il potere legislativo, rispetto all'esecutivo ed al giudiziario.

Da un esame sintetico della riforma costituzionale<sup>38</sup> emerge infatti come al nuovo Senato non sia affidato soltanto il rapporto con gli enti locali, ma residuano materie di competenza legislativa statale per cui il procedimento legislativo risulta o di tipo monocamerale, oppure addirittura di tipo ancora bicamerale.

Tanto ciò è vero che i procedimenti legislativi sono stati stimati che, attraverso la riforma, sarebbero giunti addirittura al numero di sette. Ciò, a nostro avviso, rende francamente scettici sul fatto che la riforma possa realmente accelerare il procedimento legislativo, giacché si ha l'impressione come il nuovo Senato risulti ancora una sorta di "Giano bifronte".

Se a ciò si aggiunge anche la "caduta di garanzie" nel senso che, com'è noto, il nuovo Senato non viene eletto direttamente dai cittadini, i quali eleggono soltanto i consiglieri regionali e comunali, nell'ambito dei quali verranno poi scelti dai singoli partiti coloro che faranno parte del Senato, si comprende facilmente come, al di là delle appartenenze partitiche, le critiche mosse alla riforma a livello tecnico-giuridico non siano di poco momento e, soprattutto, danno ragione a quanto rilevato da un costituzionalista del calibro di Gustavo Zagrebelsky nel senso che ci troveremmo per l'appunto, attualmente, come abbiamo in precedenza ricordato, nel "tempo dell'esecutivo"<sup>39</sup>.

D'altro canto, sia la mancata riforma della prescrizione che il mancato varo di una fattispecie autonoma avente ad oggetto il concorso esterno, rispondono a logiche tutt'affatto diverse, rispetto a quelle relative ad una ipostatizzata lentezza del procedimento legislativo, per cui francamente crediamo che la riforma costituzionale in oggetto, sempre che superi il vaglio referendario, diffi-

---

<sup>38</sup> Camera dei deputati, testo di legge costituzionale, atto 2613-d in *G.U.* del 15 aprile 2016, n. 88, ed ora anche in *Guida al dir.*, 13 agosto 2016, 14 ss., con i relativi commenti, cui pertanto anche si rinvia.

<sup>39</sup> Cfr., *antea*, nota 33.

ilmente possa contribuire a rinvigorire realmente il potere legislativo, per porlo sullo stesso piano dell'esecutivo e del giudiziario.

Siamo, invece, persuasi che, nonostante tutto, il diritto scritto, anche a livello comunitario, sia in fase recessiva rispetto al diritto vivente, anche perché, come è stato di recente e giustamente rilevato<sup>60</sup> «un altro fenomeno di erosione della legalità, meno eclatante ma non per questo meno nocivo, è costituito dall'interpretazione giurisprudenziale, così da quella che attinge elementi di giudizio piuttosto dal “contesto sociologico” che dal contesto normativo (...)». Tale affermazione calza perfettamente proprio al “fenomeno giuridico” del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, giacché è difficile contestare come la riflessione di carattere empirico-sociologico circa la configurazione degli apporti dall'esterno alle organizzazioni di tipo mafioso, in linea con lo sviluppo sia istituzionale, che professionale, abbia fatto agio sull'interpretazione prevalentemente di stampo giurisprudenziale.

Se, dunque, il diritto vivente prevale ormai decisamente sul diritto scritto si tratterà, anche nel prossimo futuro, di trovare una maggior linea di raccordo tra le diverse anime che sono incarnate nelle distinte autorità giudiziarie, sia nazionali, che comunitarie, in modo tale da prefigurare un sempre più coeso “spazio giudiziario europeo”.

Anche se quest'opera, per le ragioni indicate in *apicibus*, non appare semplice, per altro verso non risulta impossibile, perché da ultimo può segnalarsi, al contrario, un fenomeno di concordanza fra giurisprudenza comunitaria e giurisprudenza nazionale, caratterizzata dal fatto che la Corte costituzionale, seguendo in ciò la giurisprudenza comunitaria, con riferimento, in particolare, alla sentenza della CEDU Grande Stevens<sup>61</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella sostanza laddove non estende il principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo “fatto storico”<sup>62</sup>.

Certo, la concordia è facilitata dal fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, e la Corte costituzionale, dall'altro, perseguono finalità e funzioni assai simili, ma ci auguriamo che un raccordo più ampio possa in seguito ottenersi, perché almeno a livello giurisprudenziale si possa consoli-

<sup>60</sup> Da RAMACCI, *La legalità deforme*, in *Studi senesi*, 2016, 4 (delle bozze di stampa).

<sup>61</sup> Corte eur. dir. uomo, Sezione II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia; per altre sentenze europee di analogo segno, cfr. CISTERNA, *Consulta in linea con la giurisprudenza di Strasburgo*, in *Guida al dir.*, 2016, 85 ss.

<sup>62</sup> Corte cost., n. 200 del 2016, che *formalmente* dispone l'illegittimità costituzionale anzidetta “nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile ed il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale”, in *Guida al dir.*, 17 settembre 2016, 76 ss..

dare il tanto agognato “spazio giudiziario europeo”, che ora è soltanto in via di lenta, e talvolta conflittuale, elaborazione.