

**‘DIRITTO VIVENTE’, PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA  
E PREVEDIBILITÀ DELL’INCRIMINAZIONE:  
L’ESEMPIO DEL CASO CONTRADA\***

di Mariangela Telesca\*\*

SOMMARIO: 1.- Premessa. 2.- La vicenda processuale. 3.- L’intervento della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. 4.- I risvolti della sentenza CEDU. 5.- Il ruolo della ‘prevedibilità’ del comando e dell’applicazione giurisprudenziale.

**1. Premessa.**

Una recente decisione della giurisprudenza di legittimità<sup>1</sup> ed una pronuncia, ancora più recente, dei giudici di merito<sup>2</sup> hanno riportato alla ribalta una nota vicenda processuale che si riteneva definitivamente chiusa dopo l’intervento della Corte EDU<sup>3</sup> e la conseguente presa di

---

\*Relazione, successivamente integrata da essenziali riferimenti bibliografici, svolta al Corso integrativo di diritto penale su: «*Determinatezza della fattispecie e diritto penale vivente*», Università di Salerno, 30 settembre 2020.

\*\* Assegnista di ricerca e Docente a contratto in Diritto penale - Università di Salerno.

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 24/10/2019 – 3/3/2020, n. 8544, Pres. Carcano, Rel. Boni, Ric. Genco, in *Sist. pen.*, (11 marzo 2020), con nota di S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, consultabile sul sito <https://www.sistemapenale.it>; di M.S. MORI, “*Fratelli minori*” di Contrada e le possibili conseguenze nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell’uomo: note a margine di SS.UU. n. 8544 24.10.2019 - 3.3.2020 Genco, (12 giugno 2020), in <https://www.giustiziainsieme.it>. Il supremo Collegio, nella massima composizione, ha stabilito che i soggetti, come Contrada, condannati per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti antecedenti all’intervento delle Sezioni Unite con la c.d. sentenza Demitry del 1994, non possono valersi della decisione con cui la Corte di Strasburgo il 14 aprile 2015 accertò che la condanna irrogata nei confronti di Contrada dallo Stato italiano violava l’art. 7 CEDU, poiché tale pronuncia non appare suscettibile di produrre effetti *erga omnes*. I giudici di legittimità negano portata generale alla sentenza della Corte EDU Contrada c/ Italia, in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, per la sua natura atipica ed eccentrica rispetto alla stessa giurisprudenza europea nonché per i plurimi profili di criticità con riferimento alla considerazione dei principi fondamentali del diritto interno, in tal senso cfr. D. CARDAMONE, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla non estensibilità degli effetti della sentenza della Corte EDU Contrada c. Italia del 14 aprile 2015 ai casi simili*, (27 maggio 2020), in *Quest. giust.* 2020, 1, consultabile sul sito <https://www.questionegiustizia.it>, a cui si rinvia per la disamina dell’articolato percorso argomentativo svolto dal supremo Collegio. La Corte di cassazione afferma che i principi richiamati dalla sentenza della Corte EDU non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, «in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata». La questione veniva rimessa dalla Corte di Cassazione, Sez. VI, ord. 22/3/2019 – 17/5/2019, n. 21767, Pres. Mogini, Rel. Calvanese, Ric. Genco, con commento di S. BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di “fratelli minori”: rimessa alle Sezioni Unite la questione dell’estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, (13 giugno 2019), in *Dir. pen. cont.*, consultabile sul sito <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>. Il giudice rimetteva la questione alle Sezioni Unite che dovevano stabilire se la sentenza della Corte EDU del 14/4/ 2015 sul caso Contrada avesse una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovassero nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove fosse necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale fosse il rimedio applicabile. Sul tema ID., *Ancora sui “fratelli minori” di Bruno Contrada: un nuovo diniego della Cassazione*, (11 dicembre 2017), *ivi*.

<sup>2</sup> Corte di appello di Palermo, Sez. II<sup>a</sup>, 12/11/2019 – 6/4/2020, ord. n. 25, Contrada/Ministero dell’economia e delle finanze e Pubblico Ministero, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5ss., con nota di M. S. MORI, *Il risarcimento a Bruno Contrada: ritornano le questioni esecutive irrisolte*, con la quale, accogliendo l’istanza presentata dall’interessato, ha condannato il Ministero dell’Economia e delle Finanze a corrispondere la somma di € 667.000 a titolo di riparazione per l’ingiusta detenzione.

<sup>3</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, IV<sup>a</sup> Sez., Causa Contrada c. Italia (ricorso n. 66655/13), sentenza 14/4/2015, <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, con nota di S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell’associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, (4 maggio 2015), *ivi*; la decisione è stata oggetto di numerosi spunti e commenti tra cui, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra*

posizione della Corte di cassazione<sup>4</sup>. Il riferimento è al c.d. “caso Contrada” ed alle molteplici ripercussioni dommatiche e politico-criminali sollevate nel corso degli anni dalla celebrazione dei vari processi. La rilevanza delle ricadute sul corretto funzionamento del sistema penale connesse alla vicenda processuale è dimostrata, del resto, dall’entità dei contributi scientifici che da varie angolazioni hanno approfondito la questione. Non è questa la sede per ripercorrere i profili problematici derivanti dal cd. ‘diritto vivente’ – argomento, com’è noto, che attraversa i diversi settori dell’ordinamento e su cui sono stati versati fiumi d’inchiostro<sup>5</sup> – né, tanto meno, addentrarci nello specifico ambito del concorso eventuale nel reato associativo<sup>6</sup> o riprendere

---

*Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, (13 luglio 2015), ivi; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, (2 ottobre 2015), ivi; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, (26 aprile 2016), ivi; G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, ivi; G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, (6 maggio 2016), ivi; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, (12 giugno 2016), ivi; A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, (4 ottobre 2016), ivi; S. BERNARDI, *La Suprema Corte torna sui limiti di operabilità dello strumento della “revisione europea”: esclusa l’estensibilità ai “fratelli minori” del ricorrente vittorioso a Strasburgo*, (26 settembre 2017), ivi; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 346ss.; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12ss.; M.T. LEACCHE, *La sentenza della corte edu nel caso contrada e l’attuazione nell’ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, ivi, 2015, 4611ss.

<sup>4</sup> Cass., Sez. I<sup>a</sup>, 6/7/2017 - 20/9/2017, n. 43112, Pres. Di Tomassi, Est. Centonze, Ric. Contrada, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, (26 settembre 2017), con commento di F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*. Il procedimento viene instaurato in seguito al ricorso proposto da Contrada avverso l’ordinanza dell’11 ottobre 2016 emessa dalla Corte di appello di Palermo, quale giudice dell’esecuzione, con cui veniva dichiarato inammissibile l’incidente di esecuzione presentato, ai sensi dell’art. 673 c.p.p., in relazione alla sentenza della Corte di appello di Palermo, pronunciata il 25 febbraio 2006 e divenuta irrevocabile il 10 maggio 2007, con la quale l’istante era stato condannato alla pena di dieci anni di reclusione per il reato di cui agli artt. 110, 416 e 416-bis c.p.; l’incidente di esecuzione, a sua volta, faceva seguito alla decisione emessa dalla Corte EDU il 14 aprile 2015. Il supremo Collegio nel ritenere fondato il ricorso afferma: «Annulla senza rinvio l’ordinanza impugnata e dichiara inesequibile e improduttiva di effetti penali la sentenza emessa nei confronti di Contrada Bruno dalla Corte di appello di Palermo in data 25/02/2006, irrevocabile il 10/05/2007».

<sup>5</sup> Argomento, com’è noto, risalente e dalla ricchissima letteratura; sul punto si rinvia alle ampie indicazioni bibliografiche evidenziate nel contesto delle riflessioni svolte da L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, (febbraio 2015), in <https://www.cortecostituzionale.it>, in particolare 1 nt. 2; e, più recentemente, al lavoro collettaneo curato da A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, Roma 2017; G. nell’ottica costituzionale cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 371ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 285ss.; ID., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148ss.

<sup>6</sup> Senza pretese di completezza, nell’ambito di una vasta bibliografia, cfr. G. INSOLERA, *Il concorso esterno in delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.* 1995, II, 243ss.; C. G. PACI, *Osservazioni sull’ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *Cass. pen.*, 1995, 548ss.; F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 858ss.; ID., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2073ss.; V. MUSCATIELLO, *Sul concorso esterno nei reati associativi*, in *Indice pen.*, 1996, 75ss.; V. ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e in particolare nei reati associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, 2299ss.; G. LATTANZI, *Partecipazione all’associazione e concorso esterno*, in *I reati associativi*, Centro naz. di prev. e difesa sociale, Milano 1998, 71ss.; F. BERTOROTTA, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1273ss.; G. DE VERO, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, in *I reati associativi*, Centro naz. di prev. e difesa sociale, 1998, 32ss.; ID., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1326ss.; G.A. DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Leg. pen.*, 2003, 707ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino 2003, 494 ss.; V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia*, in *Riv. pen.*, 2004, 933ss.; G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, 693ss.; ID., *Il concorso esterno tra guerre di religione*

questioni connesse al principio di irretroattività della legge penale, già ampiamente esaminate. La presente relazione intende richiamare l'attenzione su un aspetto particolare, evidenziato dalla sentenza CEDU prima richiamata, che attiene al rapporto tra determinatezza della fattispecie penale e prevedibilità/conoscibilità della stessa. Si tratta di un profilo che sembra poco valutato dal formante giurisprudenziale anche dopo l'intervento dei giudici sovranazionali.

## 2. Un cenno alla vicenda processuale

Prima di soffermarci su tale aspetto riteniamo opportuno ripercorrere – seppure attraverso schematici richiami – la lunga vicenda processuale che ha portato all'intervento della Corte europea.

In via di estrema sintesi: Bruno Contrada – funzionario di P.S., Dirigente presso l'Alto Commissario per il Coordinamento della Lotta alla criminalità mafiosa e, infine, presso il S.I.S.DE – secondo la Pubblica Accusa aveva apportato un sistematico contributo alle attività ed agli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata 'Cosa Nostra' fornendo, nello specifico, ad esponenti della 'Commissione Provinciale' di Palermo della stessa organizzazione, notizie riservate riguardanti indagini ed operazioni di Polizia, da svolgere nei confronti dei medesimi e di altri appartenenti all'associazione.

*Giudizio di 1° grado*: nel 1996 il Tribunale di Palermo dichiarò Contrada – arrestato nel 1992 e tratto a giudizio nel 1994 – «colpevole di concorso nel delitto di associazione di tipo mafioso aggravato, in esso assorbito quello di concorso in associazione per delinquere di cui al capo a) della rubrica, e lo condannò alla pena di anni dieci di reclusione»<sup>7</sup>. In particolare, il Tribunale ritenne colpevole l'imputato per avere, tra il 1979 e il 1988, «reso un prezioso e difficilmente sostituibile contributo all'organizzazione "Cosa Nostra" che proprio in virtù di tale tipo di connivenze (avrebbe) accresciuto nel tempo la sua potenza destabilizzante»<sup>8</sup>.

I fatti di cui venne accusato Contrada si riferiscono al periodo 1979-1988, dunque una parte degli stessi era stata commessa in epoca anteriore all'introduzione (avvenuta con l'art. 1 della l. 13 settembre 1982, n. 646) del delitto di associazione mafiosa.

---

*e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Dir. pen. contemp.*, I, 2012, 251ss.; G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 88ss.; M. PAPA, *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Leg. pen.*, 2003, 703ss.; G. LEO, *Un altro passo in avanti delle Sezioni Unite verso la definizione dell'istituto*, in *Guida dir.*, 2003, 30, 71ss.; A. MACCHIA, "Concorso esterno". *Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Dir. e giust.*, 2003, 22, 39ss.; G. VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano 2005, 1939ss.; S. CANESTRARI, *Nota introduttiva, a Opinioni a confronto "Il concorso esterno in associazione mafiosa"*, con contributi di F.M. IACOVIELLO e G. INSOLERA, in *Criminalia*, 2008, 261ss.; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352ss.; ID., *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno. Ancora sulla requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Dir. pen. contemp.*, I, 2012, 265ss.; ID., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014, 99ss.; ID., *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1022ss.; D. PULITANÒ, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, *ivi*, 257ss.; E. DINACCI, *Concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso [dir. pen.]*, in *Diritto on line* (2014), <https://www.treccani.it>; A. CENTONZE, *Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali*, (12 dicembre 2016), in <https://archivioldpc.dirittoopenaleuomo.org>; P. MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 343ss.; M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, (13 gennaio 2017), *ivi*; P. SCEVI, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *La legislazione penale eu.*, (6 novembre 2020), ed ulteriore bibliografia richiamata alla nt. 1.

<sup>7</sup> Sentenza n. 338/1996 emessa il 5/4/1996 dalla V<sup>a</sup> Sezione del Tribunale di Palermo, in <https://www.brunocontrada.info>.

<sup>8</sup> Così la sentenza n. 338/1996, 719.

*Giudizio di 2° grado*: avverso la sentenza del 1996 proposero appello i difensori dell'imputato, invocando l'assoluzione del loro assistito per insussistenza del fatto e – in via incidentale – il Procuratore della Repubblica di Palermo per l'inasprimento della pena. Quest'ultimo chiese, altresì, in parziale rinnovazione della istruzione dibattimentale, l'ammissione dell'esame di nuovi collaboratori di giustizia.

Con sentenza del 4 maggio 2001, la II<sup>a</sup> sezione penale della Corte di appello di Palermo, assolse Contrada dalla imputazione ritenuta fondata dal Tribunale, concludendo per l'insussistenza del fatto.

L'imputato aveva impugnato la sentenza di 1° grado sostenendo in base al principio di tassatività e di irretroattività della norma penale che, all'epoca dei fatti a lui ascritti, la figura del concorso esterno in associazione mafiosa non era prevista dall'ordinamento essendo il risultato dell'interpretazione giurisprudenziale.

*Primo giudizio di Cassazione*: in accoglimento del ricorso proposto dal Procuratore Generale presso la Corte di appello di Palermo, con sentenza del 12 dicembre 2002, depositata il 3 aprile 2003, la suprema Corte di cassazione (II<sup>a</sup> Sezione penale) annullò l'impugnata sentenza per vizio di motivazione, con rinvio ad altra Sezione della Corte di appello di Palermo per un nuovo giudizio.

Con sentenza del 25 febbraio 2006, una diversa Sezione della Corte d'appello di Palermo confermò il contenuto della sentenza del Tribunale di Palermo del 5 aprile 1996 e, quindi, la condanna a dieci anni di reclusione; nella sentenza venne affermato che i giudici di prime cure avevano correttamente applicato i principi relativi alla materia in questione. In ordine alla configurabilità del concorso esterno in associazione di stampo mafioso, la Corte d'appello ritenne che la sentenza di condanna a carico di Contrada emessa dal Tribunale di primo grado avesse correttamente applicato i principi sviluppati dalla giurisprudenza attraverso il cd. 'diritto vivente'.

La tesi della Corte di appello si basava sul fatto che, al tempo della presentazione dell'impugnazione (nel gennaio 1997), la Corte di cassazione a Sezioni Unite si era pronunciata due volte, asserendo l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso.

Infatti, richiamando le sentenze Demitry<sup>9</sup> e Mannino<sup>10</sup>, la Corte di appello afferma che: «Il concorso c.d. esterno nel reato di associazione mafiosa è ritenuto configurabile in capo alla persona che, priva della affectio societatis e non inserita nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisce un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, a carattere indifferentemente 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 generico diretto, l'utilità per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso»<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cass., Sez. Un., 5/10/1994, n. 16, Demitry, *C.E.D. Cass.* 199386; la cui massima così reca: «È configurabile il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano – sia pure mediante un solo intervento – un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi (nella specie, è stato ritenuto configurabile il concorso esterno rispetto alla condotta di un soggetto che ha svolto una attività di intermediazione tra un capo camorrista e un magistrato per influire sull'esito di un processo penale a carico del primo)».

<sup>10</sup> Cass., Sez. Un., 27/9/1995 n. 30, Mannino, *C.E.D. Cass.* 202904, secondo la quale ai fini della configurabilità, sul piano soggettivo, del concorso esterno nel delitto associativo, non si richiede, in capo al concorrente, il dolo specifico proprio del partecipe; dolo che consiste nella consapevolezza di far parte dell'associazione e nella volontà di contribuire a tenerla in vita e a farle raggiungere gli obiettivi che si è prefissa, bensì quello generico, consistente nella coscienza e volontà di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione).

<sup>11</sup> E' stato sostenuto, in proposito, cfr. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, (6 giugno 2016), in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, 21, che in tal modo si perviene alla creazione di una nuova figura di reato; infatti: «Se dunque, attraverso la "porta" dell'art. 110 c.p., si valorizzano nuove figure di partecipe esterno,

L'impostazione della sentenza Demitry e della prima sentenza Mannino viene successivamente confermata dalla Corte regolatrice con la sentenza Carnevale<sup>12</sup> e con la seconda sentenza Mannino<sup>13</sup>.

Il precedente orientamento della Corte di cassazione, assunto in composizione semplice, che negava l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, viene superato dalle quattro decisioni emanate dallo stesso Organo ma nella massima composizione; tale circostanza ha determinato l'affermazione della figura delittuosa in questione perché si poneva in linea con quanto sostenuto dalla Corte costituzionale secondo cui non sussistono incertezze nel ritenere l'esistenza di un diritto vivente<sup>14</sup> in presenza di pronunce delle Sezioni Unite<sup>15</sup>. La giurisprudenza successiva si è poi sostanzialmente adeguata a tale *dictum*, con una sola

---

è perché non sono previste come partecipi interni, la cui cornice di pena viene ad esse estesa: sono figure nuove, come se si aggiungesse il finanziatore o l'arruolatore (ciò che è accaduto per il terrorismo), sia pur con la parvenza di un contributo aggiuntivo (v. infra). Se sei concorrente esterno sei come il partecipe intraneo, che però è un titolo autonomo. Ma questo nuovo titolo autonomo è estraneo alla previsione dell'art. 416-bis, dove ci sono tanti altri titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori, partecipi), che infatti non potrebbero adattarsi a esso. E se gli è estranea, è in realtà da esso esclusa. Dunque l'assimilazione del concorrente esterno a quello interno ha realizzato davvero un nuovo "titolo autonomo" di reato». Sulla difficile derivabilità normativa della distinzione tra 'patologia' e 'fisiologia' richiamati nella sentenza cfr. F.M., IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2081; sul riferimento alla 'fibrillazione' dell'organizzazione criminosa cfr. M. PAPA, *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Leg. pen.*, 2003, 703.

<sup>12</sup> Cass., Sez. Un., 30/10/2002 - 21/5/2003, n. 22327, Carnevale, in <https://www.diritto.it>; l'accusa concerneva il fatto di «aver contribuito in maniera non occasionale alla realizzazione degli scopi dell'associazione Cosa Nostra, strumentalizzando le sue funzioni di presidente titolare della prima Sezione penale della Corte di cassazione ed assicurando l'impunità agli esponenti di vertice ed agli altri aderenti alla medesima organizzazione nei procedimenti penali nei quali costoro erano coinvolti". In tal modo, pur senza essere formalmente ed organicamente inserito nella associazione, ne avrebbe determinato "il mantenimento, il rafforzamento e l'espansione dell'associazione medesima"». In sintesi Corrado Carnevale, Presidente della prima Sezione penale della Corte Cassazione dal 1985 al 1993, avrebbe 'aggiustato' dei processi concernenti esponenti mafiosi. Il Tribunale di Palermo, con sentenza emessa in data 8 giugno 2000, assolveva l'imputato; mentre la Corte di appello di Palermo (in <https://www.archivioantimafia.org>), su impugnazione del P.M., con decisione del 29 giugno 2001, lo condannava alla pena di anni sei di reclusione.

<sup>13</sup> Cass., Sez. Un., 20/9/2005, n.33748, Mannino, in <https://www.neldiritto.it>, la cui massima reca: «Risponde di partecipazione ad associazione mafiosa colui che risulta in rapporto di stabile e organica compenetrazione nel tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare l'assunzione di un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato «prende parte» al fenomeno associativo rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini». Il Tribunale di Palermo, dopo avere postulato per la configurabilità della fattispecie criminosa la necessità di individuare concrete, positive e sistematiche condotte aventi rilevanza causale in ordine al rafforzamento dell'organizzazione mafiosa, accompagnate dalla consapevolezza e volontà del contributo apportato, con sentenza del 5/7/ - 29/12/ 2001 assolve l'imputato perché i fatti non sussistono. La Corte di appello di Palermo, con sentenza dell'11/5/ - 5/11/2004, all'esito di una rinnovata disamina dei fatti ribaltava la pronuncia assolutoria e dichiarava l'imputato colpevole dell'unico reato permanente di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p., protrattosi fino al marzo 1994 e lo condannava alla pena di cinque anni e quattro mesi di reclusione.

<sup>14</sup> In tal senso cfr. L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., punto 3 nt. 76.

<sup>15</sup> Cfr., tra le tante, la sentenza n. 350 del 17/12/ 1985, in <http://www.giurcost.org>, ove si stabilisce che: «Tale indirizzo costituisce diritto vivente, particolarmente per l'intervento delle due ordinanze delle Sezioni Unite penali che, con ampia motivazione, hanno preso in esame le varie tesi che giurisprudenza e dottrina avevano adombrate nell'intento di superare le difficoltà di ordine letterale e sistematico»; nello stesso senso la decisione n. 299 del 22/7/ 2005, ivi, secondo cui: «l'indirizzo delle sezioni unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative» e la pronuncia n. 147 del 16/5/ 2008, ivi. Inoltre, la stessa impostazione si coglie nella sentenza n. 317 del 14/12/ 2009, ivi, che afferma: «Dopo la suddetta sentenza delle Sezioni Unite, la Corte di cassazione ha aderito, con tre pronunce (...). Si può concludere quindi che sul punto si è formato un vero e proprio «diritto vivente»; nella medesima ottica si orientano le ordinanze 26/1/1990, n. 33 e 26/2/1998, n. 32, ivi, ove si sostiene «che da ultimo le Sezioni unite della Corte di cassazione, risolvendo il conflitto di giurisprudenza sul punto»; ugualmente l'ordinanza 28/4/2006, n. 177, ivi, che richiama la sentenza delle Sezioni Unite penali del 14/7/ 2004, n. 36168.

eccezione segnata da una pronuncia della VI<sup>a</sup> Sezione, ove veniva ripreso l'assunto che non vi sarebbe spazio logico e giuridico tra l'area dei comportamenti irrilevanti (almeno quali reati associativi) e l'ambito delle condotte associative in senso stretto, cioè quelle dell'*intraneus* al gruppo criminale<sup>16</sup>, in sintonia con un precedente orientamento<sup>17</sup>.

Invero, la prima decisione con la quale viene richiamato il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è la sentenza Cillari<sup>18</sup>, ove si esclude esplicitamente l'esistenza di un tale illecito. Nella sentenza Agostani<sup>19</sup>, la Corte giunge alle stesse conclusioni; non diversamente si verifica successivamente, con le sentenze Abbate<sup>20</sup> e Clementi<sup>21</sup>, ove i giudici di legittimità smentiscono l'esistenza nel diritto interno del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Queste decisioni bocciavano l'esistenza di una situazione intermedia tra la partecipazione all'associazione di stampo mafioso e l'estraneità a quest'ultima, qualificando i fatti, oggetto dei vari procedimenti, come partecipazione ai sensi dell'art. 416 c.p. Dunque, con argomenti spesso simili, le sentenze richiamate sostenevano che non vi sarebbero ragioni per differenziare la condotta materiale del concorrente eventuale rispetto a quella di partecipazione.

*Secondo giudizio di Cassazione:* contro la sentenza di condanna propose ricorso per Cassazione l'imputato. Le censure avanzate concernevano – sorvolando tutte le diverse obiezioni mosse alla sentenza di condanna e soffermandoci sui profili che qui ci interessano – la prevedibilità della legge penale ritenendo che i fatti non rientrassero nelle ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa; al tempo in cui venivano posti in essere i comportamenti ascritti all'imputato, tale figura era inesistente e, quindi, i fatti potevano essere sussunti nella fattispecie di favoreggiamento personale. La Corte di cassazione nel 2008 respinse il ricorso del ricorrente e confermò la sentenza a dieci anni di reclusione.

*Il procedimento di revisione* dinanzi alla Corte d'appello di Caltanissetta: nel 2011 la Corte d'appello di Caltanissetta dichiarò inammissibile la richiesta del ricorrente volta ad ottenere la revisione del processo.

*Terzo giudizio di Cassazione:* nel 2012 la Corte di cassazione rigettò l'istanza del ricorrente avverso la decisione della Corte di appello di Caltanissetta che aveva negato la revisione del processo<sup>22</sup>.

### 3. L'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Nel contempo (2008) Contrada aveva presentato, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, un ricorso contro la Repubblica italiana.

L'atto di impugnazione vertette sul fatto che il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, per il quale era stato condannato, costituiva il risultato di una evoluzione della giurisprudenza successiva all'epoca dei fatti di causa. Pertanto, nel caso di specie sarebbe stato violato l'articolo 7 della Convenzione secondo cui: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo

<sup>16</sup> Cass., Sez. VI<sup>a</sup>, 21/9/2000 n. 3299, Villecco, *C.E.D. Cass.* 218330; sul punto v. S. EVANGELISTA-G. CANZIO, *Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario - Rassegna della Giurisprudenza di legittimità - Anni 2002-2004*, Roma 15 gennaio 2005, 53.

<sup>17</sup> Più in generale sul vincolo del precedente cfr., recentemente, G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 137ss.; con riferimento alla Corte EDU, cfr. M. G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, ivi, 102ss.

<sup>18</sup> Cass., Sez. I<sup>a</sup>, 19/1/1987, n. 8092, in *C.E.D. Cass.*, n. 176348.

<sup>19</sup> Cass., Sez. I<sup>a</sup>, 21/37 - 27/6/1989, n. 8864, in *C.E.D. Cass.*, n. 181637.

<sup>20</sup> Cass., Sez. I<sup>a</sup>, 18/5/- 27/6/1994, n. 2342, *inedita*.

<sup>21</sup> Cass., Sez. I<sup>a</sup>, 18/5/ - 27/6/1994, n. 2348, in *Cass. pen.* 1994, 2680ss.

<sup>22</sup> Per tale ricostruzione cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, IV<sup>a</sup> Sez., Causa Contrada c. Italia, cit.

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» (co. 1)<sup>23</sup>.

Il Governo italiano, nella richiesta di rigetto, sostenne che la figura del concorso esterno in associazione mafiosa era stata prefigurata dalla giurisprudenza di legittimità sin dal 1968 con la sentenza Muther<sup>24</sup> e, successivamente, in materia di terrorismo (con le sentenze della Corte di cassazione Cucco<sup>25</sup>, Zuffada e Arancio<sup>26</sup>). Con la conseguenza che all'epoca dei fatti commessi dal Contrada la giurisprudenza aveva già fatto riferimento alla nozione di concorso esterno. In altri termini, il concorso esterno in associazione mafiosa era ben consolidato nell'interpretazione della giurisprudenza precedentemente alle condotte poste in essere da Contrada nel periodo 1979-1988.

Il Governo italiano ebbe modo di specificare che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso era una creazione dell'evoluzione giurisprudenziale avviata in decisioni che risalivano alla fine degli anni sessanta, ossia anteriori ai fatti per i quali il ricorrente era stato condannato; fattispecie consolidatasi con la sentenza della Corte di Cassazione Demitry. All'opposto, la difesa di Contrada sottolineò che le sentenze alle quali faceva riferimento il Governo italiano, e che risalivano alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, riguardavano soltanto il concorso in associazioni terroristiche; non erano, dunque, pertinenti al caso di specie di associazionismo mafioso.

In via preliminare la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ribadisce i corollari che, storicamente, vengono riconosciuti alla funzione dell'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali:

1) la garanzia sancita all'articolo 7 è un elemento essenziale dello stato di diritto ed occupa un posto preminente nel sistema di protezione della Convenzione, come sottolineato dal fatto che non è permessa alcuna deroga ad essa;

2) l'art. 7 sancisce anche, in maniera più generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene – «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» –. L'art. 7 non solo vieta di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, ma impone anche di non applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell'imputato, vietando, in tal modo, il ricorso all'interpretazione analogica;

3) di conseguenza la legge che incrimina un determinato fatto deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione incriminatrice, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti;

---

<sup>23</sup> Per un inquadramento cfr. A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, Padova 2001, 249ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano 2012, 138ss.; V. MANES, *Art. 7*, VI, IX, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, Padova 2012, 274ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011, 69ss.; A. GUIDI, *Art. 7 CEDU e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, 4720ss.

<sup>24</sup> Cass., Sez. I<sup>a</sup>, 27/11/1968 - 27/5/1969, n. 1569, Muther, *C.E.D. Cass.* n. 111439.

<sup>25</sup> Cass., 1/6/1977, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1978, 324ss.

<sup>26</sup> Rimarca G. LEO, *Il concorso esterno nei reati associativi*, in *Libro dell'anno del Diritto* 2013, in <https://www.treccani.it>, che «Il “viaggio” del concorso esterno era continuato, sostanzialmente indisturbato, attraverso la stagione dei grandi processi per fatti di terrorismo (Cass., 7/6/1977, n. 1475; Cass., 10/3/1978, n. 588, (Zuffada); Cass., 5/3/1980, n. 768; Cass., 31/3/1980, n. 1081; Cass., 14/11/1980, n. 2840; Cass. pen., 25/10/1983, n. 617/84 (Arancio)».

4) alla Corte EDU, che non può sostituirsi ai giudici dei singoli Stati membri, spetta il compito di valutare se, alla base della condanna inflitta a Contrada vi erano delle norme che prevedevano il titolo di reato e le relative sanzioni, tali da giustificare la condanna. In particolare, la Corte EDU deve assicurarsi che il risultato al quale sono giunti i giudici italiani fosse conforme con l'articolo 7 della Convenzione e, quindi in definitiva, i giudici sovranazionali devono esaminare se la condanna del ricorrente si fondi su qualche norma sufficientemente chiara;

5) in conclusione, la Corte deve stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente-Contrada, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso e, dunque, deve verificare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale.

Sulla base di tali presupposti la Corte EDU risolve il caso *Contrada c/ Italia*.

In primo luogo la CEDU rileva che il riferimento del Governo italiano alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente, riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di «concorso esterno». Tuttavia, i casi evidenziati non attengono al reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso ma a reati diversi, ossia alla cospirazione politica posta in essere attraverso la costituzione di una associazione e agli atti di terrorismo.

La Corte prende atto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è frutto dell'evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demity*. Lo stesso Organo rileva che i giudici italiani non hanno approfondito la questione concernente la conoscenza, da parte dell'imputato, dell'esistenza della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, limitandosi ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato nell'ordinamento giuridico interno, senza tuttavia stabilire se una tale fattispecie potesse essere conosciuta dal ricorrente all'epoca dei fatti a lui ascritti<sup>27</sup>.

Ne discende, secondo il ragionamento svolto dalla Corte EDU, che «all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti».

Sulla base di tali considerazioni la CEDU conclude che vi è stata una violazione dell'articolo 7 della Convenzione.

#### **4. I risvolti della sentenza CEDU**

Si tratta, come si anticipava, di un importante profilo perché le conclusioni a cui sono pervenuti i giudici sovranazionali vengono ancorate al difetto di prevedibilità del concorso esterno in associazione mafiosa. Non era stato chiarito se l'imputato, al momento della commissione delle condotte per le quali era stato condannato, fosse a conoscenza dell'incriminazione.

---

<sup>27</sup> Tale aspetto, è stato sostenuto, risulterebbe oltretutto riconosciuto dagli stessi giudici italiani che hanno condannato il ricorrente; e infatti, la sentenza di condanna in primo grado del 1996 dà conto, in motivazione, della compresenza di almeno tre confliggenti orientamenti giurisprudenziali; mentre la sentenza della Corte d'Appello del 2006 fa leva su approdi giurisprudenziali di molto successivi all'epoca dei fatti contestati, cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU*, cit.



La Corte EDU, dunque, non censura l'origine 'giurisprudenziale' del 'reato di concorso esterno', perché tale circostanza è del tutto irrilevante nella prospettiva dell'art. 7<sup>28</sup>; infatti, com'è stato sostenuto<sup>29</sup>, che il reato sia di emanazione legislativa oppure discenda dall'interpretazione giurisprudenziale poco rileva per i giudici eurounitari e, pertanto, di per sé non osta all'esistenza di figure criminose create dalla prassi, pur in assenza di una base legislativa negli ordinamenti nei quali tali reati ancora esistono<sup>30</sup>. In tal modo la Corte Europea mostra chiaramente di privilegiare il diritto vivente sul diritto scritto, sulla base del principio, sostenuto in altre decisioni, che il diritto deve potersi adattare alle mutevoli situazioni concrete ed all'evolversi della società<sup>31</sup>.

La Corte EDU, in sostanza, ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, che stabilisce, si ribadisce, la prevedibilità, quale derivazione del principio di legalità, delle decisioni giudiziarie. Viene evidenziato sul punto che la condanna di Contrada per concorso esterno 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 attraverso le ben note sentenze della Cassazione a Sezioni Unite penali (Dimitri, Mannino, Carnevale).

La violazione accertata dai giudici di Strasburgo consiste nel difetto di prevedibilità del tipo delittuoso; conoscibilità della possibile rilevanza penale a titolo di "concorso esterno" valorizzata nell'ottica della persona sottoposta a giudizio, e rapportata al momento della commissione delle condotte per le quali la stessa è stata condannata<sup>32</sup>.

L'aspetto rilevante della proiezione del principio di legalità del reato e della pena, secondo i giudici europei, va colto nel dato che il cittadino deve essere posto nella condizione di prevedere<sup>33</sup>, sulla base dei dati normativi e della loro interpretazione ad opera della giurisprudenza, che la propria condotta sarà giudicata penalmente sussistente, e altresì di prevedere a quale pena potrà essere condannato. Laddove, dunque, né il dato normativo né la sua interpretazione ad opera della giurisprudenza, fossero in grado di fornire al cittadino

---

<sup>28</sup> Sul punto cfr. O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit.; l'Autrice rimarca che per la giurisprudenza di Strasburgo «nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale».

<sup>29</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., 1.

<sup>30</sup> Si può richiamare ad esempio il *Case of Gouch v. The United Kingdom*, (Application no. 49327/11), Strasbourg, 28/10/2014, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>31</sup> Si veda *Case of Ezelin v. France*, (Application no. 11800/85), Strasbourg, 26/4/1991, in <https://hudoc.echr.coe.int>, che al § 45 stabilisce il principio secondo cui una norma non può essere considerata una 'legge' a meno che non sia formulata con sufficiente precisione per consentire al cittadino - se necessario, con opportuna consulenza - di prevedere, in misura ragionevole, le conseguenze che una determinata azione può comportare. L'esperienza mostra, tuttavia, che è impossibile ottenere una precisione assoluta nell'elaborazione delle leggi, in particolare nei campi in cui la situazione cambia secondo le visioni prevalenti della società.

<sup>32</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., 2.

<sup>33</sup> In ordine al requisito della prevedibilità è stato evidenziato che la Corte di Strasburgo non pare aver adottato un criterio unitario per giudicare se l'esito giudiziario sia prevedibile o meno, e ha più volte modificato i criteri utilizzati talvolta discostandosi totalmente dal dato formale, giudicando imprevedibile una decisione seppure fondata su una base legale, in tal senso cfr. le considerazioni svolte da S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 128ss. in particolare 132ss. Invero, viene sottolineato che a volte è stato richiamato il criterio oggettivo (per cui «la prevedibilità della decisione attraverso la verifica della sussistenza di una norma precisa e determinata e, soprattutto, di una interpretazione stabile tanto nei sistemi di common law quanto in quelli di civil law»), altre volte si fatto riferimento al criterio della 'coscienza sociale' (Corte EDU, 24/5/1988, *Muller C. Svizzera*, ric. n. 10737/84), oppure al criterio soggettivo in aggiunta a quello oggettivo (Corte EDU, 6/10/2011, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06), o, ancora applicando in via esclusiva il criterio c.d. soggettivo (Corte EDU, 28/3/1990, *Groppera Radio AG e a.c. c. Svizzera*, ric. n. 12726/87) o, infine, è stata richiamata una «prevedibilità 'evolutiva' fondata sul mutamento degli atteggiamenti e del comune sentire» (Corte EDU, 22/11/1995, *S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito*, Serie A nn. 335 B e C, nonché Corte Edu, 25/5/1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88).

indicazioni chiare sull'*an* e sul *quantum* della sua possibile futura responsabilità penale al momento della commissione della condotta, egli non potrà essere condannato per la condotta medesima: pena, appunto, la violazione dell'art. 7 CEDU<sup>34</sup>.

In sintesi: la sentenza CEDU ribadisce il principio della conoscibilità del reato e della pena prevista per la sua infrazione<sup>35</sup>. Ne discende che sussiste violazione dell'art. 7 della Convenzione dei diritti dell'uomo ogni qualvolta la condanna non risulta giustificata dalla conoscenza preventiva da parte del destinatario della disposizione. Tale conclusione si pone in coerenza con quanto precedentemente affermato in riferimento all'interpretazione dell'articolo 7 par. 1 della Convenzione. Quest'ultimo non si limita a vietare l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato, ma afferma, più in generale, un duplice principio: a) che solo la legge può definire un crimine e prescrivere una pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), e b) che il diritto penale non deve essere interpretato estensivamente a danno dell'imputato (come nel caso dell'analogia<sup>36</sup>); un reato per essere tale occorre che sia chiaramente definito dalla legge. Questa condizione risulta soddisfatta quando l'individuo viene posto nella possibilità di conoscere la formulazione della disposizione pertinente – anche ricorrendo all'assistenza dell'interpretazione dei tribunali – in ordine agli atti e alle omissioni che potrebbero essergli ascritti<sup>37</sup>.

In altri termini, com'è stato limpidamente affermato, la Corte di Strasburgo riprende la sua pluriennale giurisprudenza concernente l'art. 7 Cedu, in ordine all'accessibilità e alla prevedibilità del diritto, inerente alla legalità convenzionale, che riguarda sia la legge formale e sia il suo formante giurisprudenziale. Entrambi devono essere prevedibili e dunque precedenti la commissione dei fatti di reato previsti o sanzionati. La formazione di una nuova giurisprudenza peggiorativa o incriminante, posto che l'innovazione si sia consolidata solo da una certa data, non può essere retroattiva quando la sua evoluzione non fosse prevedibile *ex ante*<sup>38</sup>.

### 5. Il ruolo della 'prevedibilità' del comando e dell'applicazione giurisprudenziale.

La creazione di matrice giurisprudenziale di una ipotesi generale di concorso esterno, non prevista espressamente dal legislatore, rischia, allora, di collidere inevitabilmente con il principio di stretta legalità, a causa dei possibili aggiramenti del principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale e più in generale della tipicità penalistica<sup>39</sup>.

La condizione della conoscenza preventiva da parte del reo, come richiesta dalla Corte EDU, consente – seppure in modo non risolutivo – di limitare o, almeno, di incanalare entro determinati confini l'operato della giurisprudenza.

Il requisito della 'prevedibilità' finisce per svolgere un fondamentale ruolo – oltre che sul piano della certezza del diritto<sup>40</sup> – di contenimento del rischio di «espansionismo

<sup>34</sup> Cfr. ancora, F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., 2.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione generale della ragionevole prevedibilità su base convenzionale, cfr. C. SOTIS, "Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu, in *Quest. giust.* 2018, 4, 68ss.

<sup>36</sup> Recentemente, sulle difficoltà di distinguere l'interpretazione analogica dall'analogia in senso stretto, cfr. O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in *Quest. giust.*, 2018, 4, 55ss.

<sup>37</sup> Cfr. CEDU, *Case of Kokkinakis v. Greece*, (Application no. 14307/88), Strasbourg, 25/5/1993, § 52, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>38</sup> In tali termini cfr. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 23.

<sup>39</sup> Sul rapporto fra fattispecie tipica e principio di tipicità cfr. M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit.; ID., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1577ss. e bibliografia ivi richiamata.

<sup>40</sup> Secondo P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 7, la «prevedibilità è nozione inscindibilmente connessa, in astratto, a quella di certezza. Anzi, la certezza è il suo necessario presupposto. Solo che, mentre la certezza si limita a una fase enunciativa, la prevedibilità si connette direttamente anche a una fase applicativa, ossia ai pronosticabili esiti».

giurisprudenziale»<sup>41</sup> e di ‘immanente tensione’<sup>42</sup>, connesso al rapporto tra interpretazione giurisprudenziale e principio di legalità<sup>43</sup>.

Va evidenziato, in ogni modo, che residua un rischio in ordine all’aspetto temporale ed ai contrasti giurisprudenziali:

a) sotto il primo profilo va rimarcato che il formante giurisprudenziale finisce, in ogni caso, per limitare la portata del principio di legalità in seguito al decorso del tempo intercorrente tra la ‘creazione’ della nuova fattispecie incriminatrice e la conoscibilità da parte della collettività della nuova o diversa imputazione;

b) in ordine al secondo aspetto, com’è stato segnalato: «Il problema maggiore del nostro sistema è la presenza massiccia di *contrasti sincronici* di giurisprudenza che perdurano addirittura negli anni. È evidente che il permanere di contrasti sincronici è capace di produrre una sostanziale violazione della certezza del diritto, ma altresì di ingenerare una permanente decadenza della tassatività della legge. Un simile evento si verifica ancor più quando un nuovo istituto “di costruzione giurisprudenziale” è in corso di formazione. In tal caso, quell’incertezza permanente produce automaticamente un difetto di tipicità»<sup>44</sup>.

Il problema del c.d. ‘diritto vivente’ va rinvenuto nel fatto che a differenza delle leggi – le quali attraverso la pubblicazione vengono rese accessibili a tutti – l’interpretazione giurisprudenziale richiede, per divenire ‘materia’ conosciuta dall’intera collettività, tempi certamente più lunghi.

Il rischio è sempre lo stesso, vale a dire che il giudice – attraverso il meccanismo del diritto vivente – travalichi il proprio ruolo e finisca per sostituirsi al legislatore, ponendo in essere uno svuotamento del principio di legalità con riferimento al tipo legale<sup>45</sup>.

Non è superfluo richiamare alcune considerazioni svolte dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364/del 1988 ove si stabiliva, infatti, che dall’ideologia contrattualistica discende l’assunzione da parte dello Stato dell’obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa sia vietato o comandato. Dalla stessa ideologia discende anche che i singoli s’informino sulle leggi e si rendano attivi per conoscerle, prima d’agire. La violazione del divieto di commettere reati, avvenuta nell’ignoranza della legge penale, può, pertanto, dimostrare che l’agente non ha prestato alle leggi dello Stato tutta l’attenzione ‘dovuta’. Ma se non v’è stata alcuna violazione di quest’ultima o se il cittadino, nei limiti del possibile, si è dimostrato ligio al dovere di informarsi e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza sia ‘inevitabile’ e, pertanto, scusabile.

L’effettiva possibilità di conoscere la legge penale è, dunque, ulteriore requisito subiettivo minimo d’imputazione, che si ricava dall’intero sistema costituzionale e, in particolare, dagli artt. 2, 3 co. 1 e 2, 73 co. 3 e 25, co. 2 Cost.

Il sistema penale di derivazione costituzionale prevede che lo Stato non può punire i cittadini senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato; pertanto, gravano su di esso determinati obblighi di rendere obiettivamente riconoscibili (o prevedibili) le leggi che emana.

<sup>41</sup> Cfr. F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. it. sc. giur.* 2013, 4, 145.

<sup>42</sup> Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma 2012, 22.

<sup>43</sup> Il principio di legalità non svolge nell’ambito del diritto penale una funzione, seppur decisiva, di mera ripartizione di competenze in attuazione della divisione dei poteri, «ma più e prima ancora una funzione di garanzia individuale rispetto alle potenzialità devastanti dell’intervento punitivo penale», cfr. F. PALAZZO, *La scienza giuridica*, cit., 145.

<sup>44</sup> Cfr. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 33.

<sup>45</sup> Più in generale, autorevole dottrina (M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 79ss.) si è interrogata se «la legalità penale sarà in futuro costituita di, o sostituita da, decisioni garantite come la legge nella loro tassativa prevedibilità anteriore al fatto commesso, o sarà invece sempre il tipo legale a orientare, vincolare e accentrare in sé quella prevedibilità e irretroattività».

Nel caso Contrada, utilizzato in questa sede in senso paradigmatico, resta la conclusione che attraverso una fattispecie non prevista dall'ordinamento ma ricavata dall'azione interpretativa della giurisprudenza, operando sugli artt. 110, 416 e 416-bis c.p., seppure nel condivisibile sforzo di contrastare in modo più efficace fatti rapportabili alla criminalità organizzata, si perviene alla sentenza di condanna. Si assiste in tal modo, com'è stato segnalato, ad una divaricazione tra legalità *in the books* e legalità *in action*, ovvero tra 'diritto scritto' e 'diritto vivente' (o giurisprudenziale)<sup>46</sup> con conseguente pericolo di invasione del campo di azione del legislatore che è l'unico soggetto abilitato a prevedere cosa punire e in che modo punire.

Il problema assume così portata più generale ed attiene, ancora una volta, all'operato del legislatore che è il primo soggetto che sminuisce le reali connotazioni del principio di legalità attraverso l'emanazione di norme vaghe, generiche e indeterminate, laddove la piena rispondenza al principio di determinatezza richiede la «capacità di delineare correttamente i *tipi criminosi*»<sup>47</sup>.

Il principio di legalità penale, «come nucleo essenziale del *nullum crimen*, ha subito delle macro-trasformazioni, elencabili in un lungo *cahier de doléances*»<sup>48</sup>; in particolare il principio di determinatezza impone al legislatore di prevedere fattispecie incriminatrici non solo corrette e comprensibili da un punto di vista linguistico e, quindi, utilizzando locuzioni precise senza margini di oscillazione, ma anche di prevedere tipi criminosi, cioè fatti di reato, dal contenuto immediatamente percepibile dalla collettività<sup>49</sup>.

La lingua del diritto penale, in ossequio al principio di legalità, deve rispettare il canone della precisione; altrimenti apre a formule vaghe lasciando ampio spazio a coloro che tali disposizioni generiche sono chiamati ad applicare. In proposito viene censurata «la *sciatteria linguistica*» e l'esigenza di «formulazione delle norme penali secondo chiarezza-determinatezza e con la correttezza ed uniformità del linguaggio usato, da affidare alla competenza tecnica dei formulatori dei testi legislativi, dotati della capacità di essenzializzazione e semplificazione in lucide sintesi»<sup>50</sup>. Ciò significa, in definitiva, che l'enunciato (il comando giuridico), accanto a significati certi, non dovrebbe presentare quelle zone d'ombra che manifestano inevitabili ipotesi di incerta applicazione; va, pertanto, ripudiato l'uso di clausole generali proprio perché finiscono per incidere su «*calcolabilità e prevedibilità della norma penale*»<sup>51</sup>.

Da tale impostazione discende la possibilità di riportare l'attività giurisdizionale nel suo alveo istituzionale, costituito dalla applicazione della legge, «con quell'ineliminabile coefficiente di "creatività interpretativa". Ma non dalla "creatività giurisdizionale del diritto", attività non consentita, anche costituzionalmente, al giudice. E che resta una funzione impropria

---

<sup>46</sup> Cfr. le ampie considerazioni svolte da A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*<sup>2</sup>, Torino 2014.

<sup>47</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *Cassazione e legalità penale*, cit., 64.

<sup>48</sup> Cfr. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.* 2018, 4, § 1.

<sup>49</sup> Sul ruolo delle formule univoche alle quali va riconosciuto il pregio di orientare l'attività interpretativa del giudice, cfr. M. CATERINI, *Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del «diritto vivente»*, in *Pol. dir.* 2016, 3, 509ss.

<sup>50</sup> Così in relazione alla soluzione delle cause endogene, seppure con riferimento al principio della riserva di legge - ma all'affermazione, a nostro avviso, può essere riconosciuta portata generale - F. MANTOVANI, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in *Criminalia* 2017, 131.

<sup>51</sup> Sulle clausole generali quali cause endogene della crisi del *nullum crimen*, cfr. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., § 2. Rileva A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 7ss. che «il sistema delle fonti è esploso, la qualità delle leggi pessima, le decisioni giudiziarie imprevedibili, il diritto incalcolabile. I consociati, gli attori economici sono costantemente spiazzati e non in grado di orientare i propri comportamenti. I giudici, viceversa, governano individui, società ed economia con le loro decisioni incontrollabili, senza averne la legittimazione e in violazione del principio di separazione dei poteri»

della magistratura, anche quando è dovuta a “patologia legislativa” (favorendo le leggi indeterminate, oscure e illeggibili; le supplenze giudiziarie; la creatività del giudice)»<sup>52</sup>.

In un tale contesto di aggiramento del principio di legalità – sotto il profilo della determinatezza – va tenuto presente anche l’operato della Corte costituzionale, che ha contribuito seppure in parte al tradimento della legalità<sup>53</sup>. La Corte costituzionale ha contribuito all’impoverimento della legalità lasciando passare norme indeterminate ed ha finito, così, per dare copertura all’operato “creativo” della giurisprudenza di legittimità.

Il legislatore dovrebbe evitare formulazioni vaghe e generiche e prevedere fattispecie in grado di mettere il destinatario nella condizione di conoscere, prima della condotta posta in essere, il confine tra il vietato e il consentito.

Solo in tal modo si potrà pervenire ad un’applicazione uniforme della norma, che è essenziale per il rispetto del fondamentale principio del *nullum crimen sine lege* e ridonda sul piano dell’uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge. La norma acquisterebbe maggiore precisione e si eviterebbe il rischio del «creazionismo giuridico»<sup>54</sup> o «giudiziario»<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr., ancora, F. MANTOVANI, *Erosione del principio*, cit., 132, sul superamento del problema delle cause esogene nazionali.

<sup>53</sup> In tali termini cfr. F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, cit., 64.

<sup>54</sup> Così M. LUCIANI, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.* 2019, 3, 15ss.

<sup>55</sup> Sulla differenziazione tra creazionismo ‘in senso proprio o forte’ e ‘in senso improprio o debole’ cfr. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 22ss.