

IL RISCHIO DI RETROATTIVITÀ OCCULTA E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO IN RELAZIONE AL CASO CONTRADA

Francesca Annunziata

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- Il caso Contrada quale spunto per comprendere il rischio di retroattività occulta: la decisione dei giudici di Strasburgo; 3.- Le valutazioni della Corte EDU: tra irretroattività, sufficiente determinatezza e prevedibilità. Critica; 4.- Tentativo di un bilancio.

1.- Premessa.

Uno dei modi per aggirare occultamente il principio di irretroattività consiste nel mutamento sfavorevole di un orientamento giurisprudenziale¹: si tratta di una *vexata quaestio* sulla quale da tempo la dottrina discute². Tale questione è stato oggetto di ampio dibattito anche nella dottrina tedesca, tant'è che questa si divide e c'è anche chi parifica *in toto* il nuovo orientamento giurisprudenziale ad una nuova legge; invece la giurisprudenza ritiene che il mutamento giurisprudenziale non realizzi una violazione del principio di irretroattività³.

Nei Paesi di *common law*, in particolare negli USA, tale argomento pure è stato oggetto di approfondita considerazione data la notevole importanza ivi riconosciuta al precedente giudiziale. In tale sistema, la giurisprudenza utilizza alternativamente due vie d'uscita: o la dottrina del *prospective overruling* che consiste nel rendere efficace la sentenza innovativa, non nel giudizio in cui si innesta, ma per i fatti commessi dopo la decisione stessa; oppure l'*ignorantia iuris* scusante, cui consegue il proscioglimento dell'imputato⁴.

Per quanto attiene il nostro sistema, invece, considerando che la *ratio* del principio di irretroattività riguarda la «sicurezza giuridica», il rapporto Stato-cittadino e, in particolare, la possibilità per il cittadino di compiere scelte d'azione razionali in base alle leggi vigenti, si dovrebbe ritenere che esso sia applicabile anche nel caso di repentini mutamenti *in peius* di orientamenti giurisprudenziali, soprattutto qualora prima vi fosse giurisprudenza costante in senso contrario; tuttavia, da noi, la giurisprudenza non può essere considerata «fonte» del diritto – essendo il nostro un paese di *civil law* – sicché l'estensione dell'operatività del principio di irretroattività a tali ipotesi sembra implausibile. Bisogna chiedersi piuttosto se il nostro ordinamento non disponga già di una soluzione che, nel caso, purtroppo i giudici dimenticano sistematicamente. Il riferimento è all'art. 5 c.p., così come modificato dalla famosa sentenza 364/1988⁵, che però risulta una delle meno applicate della Corte Costituzionale,

¹ A. Cadoppi, *Il principio di irretroattività*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (curr.), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino 2000, 193s.: «Supponiamo che per costante giurisprudenza la lucertola non rientri tra gli animali altrui la cui uccisione dà luogo al citato delitto di cui all'art. 638 c.p. E immaginiamo che, improvvisamente, un'innovativa sentenza della Cassazione includa tra gli animali protetti dall'articolo in questione la lucertola. Tizio, che uccide lucertola di Caio, si vede condannato per un fatto che sino a quel momento, per costante giurisprudenza, non costituiva reato. È stato violato il principio di irretroattività della legge penale?».

² Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale: Art. 1-84*, II ed., Milano 1995, 45; Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino 1999, 315ss.; S. Riondato, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e chimica per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 239ss.

³ G. Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen 1993, 364ss.

⁴ E. Grande, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore sul diritto*, in *Foro it.* (1990) 415ss.

⁵ Corte Cost., 24/03/1988, n. 364.

ossia la sentenza sull'errore inevitabile di diritto. È il caso in cui il consociato abbia fatto affidamento sulla sua non punibilità perché c'è un orientamento giurisprudenziale sul punto o perché alla Cassazione, ai giudici, non è mai venuto in mente di punire prima quella condotta, e poi arriva il momento in cui finalmente qualcuno invece si rende conto che quella condotta rientra tra quelle descritte dalla norma incriminatrice e, magari con il sostegno di ottimi e validi argomenti, anche di tipo teleologico, ritiene debba essere altrettanto punita. In tali ipotesi, secondo alcuni (in senso provocatorio), non sarebbe il caso di andare a recuperare strumenti non del tutto familiari al giurista italiano, come l'*overruling* prospettico. Ciò dal momento che abbiamo a disposizione uno strumento, quello della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale appunto, che consente un buon bilanciamento perché, da un lato, non implica che il giudice vada a forzare il dato normativo, si tratta semplicemente di applicare una norma e in questo modo si resta perfettamente all'interno dei poteri di interprete, dall'altro lato si riconosce che c'è un affidamento da tutelare. A questo punto, nel caso concreto si applicherà l'art. 5 c.p., dando atto del fatto che la legge penale, così come interpretata in giudizio, non fosse riconoscibile dal reo al momento della commissione del fatto; tuttavia, per il futuro, come si suol dire, "uomo avvisato, mezzo salvato"⁶.

Il problema è stato trattato a più riprese e recentemente la Corte di Cassazione ha affermato il principio per cui non è consentita l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale allorquando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa⁷. Tale orientamento, peraltro, si pone in coerenza con la stessa esigenza di prevedibilità e conoscibilità della legge penale che discende dal principio di colpevolezza⁸.

Nell'ambito di questo problema, particolarmente significativa è la giurisprudenza della Corte EDU, la quale più volte è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione con particolare riferimento alla presunta violazione dell'art. 7 CEDU, il quale a sua volta sancisce il principio di irretroattività, e ha individuato come corollari di detto principio la conoscibilità della legge penale e la prevedibilità della decisione giudiziaria. La conclusione alla quale sembra essere pervenuta è che tale principio risulta violato ogni qualvolta il giudice applichi retroattivamente una norma penale così come interpretata con effetti *in malam partem* ad opera della giurisprudenza⁹. Sulla scia di quanto detto, la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 7 CEDU altresì nella condanna pronunciata in Italia nei confronti di un alto dirigente della Polizia di Stato e dei servizi segreti italiani per concorso esterno in associazione mafiosa in quanto, all'epoca dei fatti, tale figura di reato non era ancora sufficientemente definita dalla giurisprudenza e la condanna non risultava pertanto prevedibile.

2.- Il caso Contrada quale spunto per comprendere il rischio di retroattività occulta: la decisione dei giudici di Strasburgo.

⁶ Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione, "La successione delle leggi penali nel tempo", Roma, 14 novembre 2022, Aula Magna ed Aula Virtuale Teams, consultabile in *formazione decentrata cassazione*.

⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 23/11/2021, n. 46184; Cass., Sez. V, 9/07/2018, n. 47510; Cass., Sez. V, 24/04/2018, n. 37857.

⁸ F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005, 219s.

⁹ Cfr., fra le altre, Corte EDU, Grande Camera, 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna; Corte EDU, Sez. II, 31/12/2019, Parmak e Bakir c. Turchia.

Con sentenza del 1996¹⁰, confermata poi in appello¹¹ e successivamente in Cassazione a seguito di una lunga vicenda giudiziaria abbastanza complessa, Bruno Contrada era stato condannato a 10 anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa, ex artt. 110-416-416-bis c.p., per fatti commessi tra il 1979 e il 1988, laddove però il delitto di associazione di stampo mafioso era stato introdotto nel nostro ordinamento soltanto nel 1982¹², dunque una parte dei fatti ascritti a Contrada risaliva ad un'epoca anteriore. A fronte di ciò, l'imputato propose ricorso contro la Repubblica italiana e adì la Corte europea dei diritti dell'uomo il 4 luglio del 2008, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione: in particolare, il ricorrente fece valere il fatto che il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, a titolo del quale fu condannato, in realtà fosse il risultato di una elaborazione giurisprudenziale successiva all'epoca dei fatti in causa. Ne sarebbe derivata dunque, nel caso di specie, la violazione dell'art. 7 della Convenzione, il quale al primo comma dispone: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso»¹³.

Nel decidere la causa¹⁴, preliminarmente la Corte di Strasburgo propone un breve richiamo ai corollari del principio *nulla poena sine lege* di cui all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. *In primis*, precisa che la garanzia sancita dall'art. 7 è un elemento essenziale dello Stato di diritto, infatti occupa un posto preminente nel sistema di protezione della Convenzione, tant'è vero che non è ammessa alcuna deroga ad essa ai sensi dell'art. 15. Inoltre, l'art. 7 non solo proibisce l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato, ma sancisce anche il principio della legalità dei delitti e delle pene per cui, se vieta di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che non costituivano reato in precedenza, al contempo impone anche di non applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell'imputato (è vietata infatti l'interpretazione analogica).

Il compito della Corte è quello di verificare la compatibilità dell'interpretazione interna con la stessa Convenzione, dunque deve assicurarsi che il risultato al quale sono pervenuti i giudici italiani sia conforme all'art. 7 CEDU, nonché verificare se, al momento in cui l'imputato ha commesso il fatto,

¹⁰ Tribunale di Palermo, Sez. V, 5/04/1996, n. 338, in www.brunocontrada.info.

¹¹ Corte d'Appello di Palermo, Sez. I, 25/02/2006, n. 623.

¹² Art. 1, L. 13 settembre 1982, n. 646.

¹³ Cfr. A. Bernardi, Art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (curr.), Padova 2001, 249ss.; V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano 2012, 138ss.; V. Manes, Art. 7, VI, IX, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (curr.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 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 (curr.), *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.* 12 (2013) 4720ss.

¹⁴ In commento S. Milione, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto ... imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in *Leg. pen.* (2016); F. Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. pro.* (2015) 1061ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, 2015, in www.penalecontemporaneo.it 13 luglio 2015; G. Tartaglia Polcini, *Risarcimento Contrada: all'epoca il reato di concorso esterno non era chiaro e prevedibile*, in *Guida dir.* 24 (2015) 100; F. Viganò, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.* (2017) 173-177; D. Perrone, *"Stabilizzazione" del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, in *Leg. Pen.* (2016) 12ss.

vi fosse una disposizione di legge, quindi una base legale, in virtù della quale poter infliggere una condanna e una pena. In definitiva, i giudici sovranazionali sono chiamati ad esaminare se la condotta del ricorrente si fondi su qualche norma sufficientemente chiara. Relativamente al caso di specie, sostanzialmente la Corte è chiamata stabilire se, nel momento in cui Contrada ha commesso i fatti che gli sono stati ascritti, vi fosse una legge che definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, dunque si tratta di esaminare se, in virtù del testo delle disposizioni pertinenti e, se necessario, con l'assistenza dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse effettivamente prevedere e conoscere le conseguenze dei suoi comportamenti sul piano penale. In ossequio a tali presupposti, la Corte di Strasburgo, con la sentenza Contrada del 2015¹⁵, ha ritenuto non prevedibile la condanna a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa, sulla base delle argomentazioni riportate qui di seguito.

A proposito delle cause richiamate dal Governo convenuto, quali presupposto per conoscere e prevedere la punibilità, risalenti alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che sicuramente esse abbiano contribuito allo sviluppo giurisprudenziale della nozione di "concorso esterno", ma le stesse non riguardano il reato prospettato nel ricorso in questione, quale quello di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, quanto piuttosto reati diversi (infatti le stesse si pronunciavano in materia di cospirazione politica associata e di terrorismo). Proprio per queste ragioni, la Corte Edu ha ritenuto che tale sviluppo giurisprudenziale, esistente all'epoca dei fatti in causa, non fosse sufficiente a far desumere l'esistenza nel diritto interno del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, il quale piuttosto è stato oggetto di un'elaborazione giurisprudenziale diversa e successiva (risalente alla fine degli anni ottanta).

Inoltre la Corte ha evidenziato che, nella sentenza del 2006, con la quale è stato confermato il contenuto della sentenza di primo grado del 1996, la Corte d'appello di Palermo, nel sostenere l'applicabilità della legge penale in materia di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ha richiamato le sentenze Demitry¹⁶ del 1994, Mannino¹⁷ del 1995, Carnevale¹⁸ del 2002 e Mannino II¹⁹ del 2005, tutte posteriori ai fatti ascritti al ricorrente.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte Edu conclude che vi sia stata violazione dell'art. 7 della Convenzione da parte del nostro Paese su vari livelli.

¹⁵ Corte EDU, Sez. IV, 14/04/2015, *Contrada c. Italia*, in www.echr.coe.int. In commento, v. i contributi di A. Centonze, *Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e conferme giurisprudenziali*, in www.penalecontemporaneo.it 12 dicembre 2016; G. De Francesco, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.* (2016) 12ss.; 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) 356ss.; 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.; V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.* (2015) 1008ss.; A. Manna, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, 2016, in www.penalecontemporaneo.it; C. De Gasperis, *La figura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso tra diritto interno e Cedu: l'Affaire Contrada*, in *Cass. pen.* 11 (2016) 4295Bss.

¹⁶ Cass., Sez. Un., 5/10/1994, n. 16, Demitry, in C.E.D. Cass.

¹⁷ Cass., Sez. Un., 27/09/1995, n. 30, Mannino, in C.E.D. Cass.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 30/10/2002, n. 22327, Carnevale, in <https://www.diritto.it>.

¹⁹ Cass., sez. Un., 12/07/2005, n. 33748, Mannino II, in <https://www.neldiritto.it>.

Da un lato, mette in evidenza la circostanza per cui, all'epoca della commissione dei fatti, la giurisprudenza fosse contraddittoria²⁰, comportando questo un deficit di determinatezza e di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta; dall'altro lato, considerando la posteriorità cronologica rispetto ai fatti ascritti al Contrada della sentenza Demitry, la quale è stata riconosciuta come pronuncia pilota sul concorso esterno in associazione mafiosa, la Corte ne fa discendere una violazione del principio di irretroattività della norma penale; inoltre afferma la non contestazione tra le parti circa l'origine giurisprudenziale del reato di concorso esterno²¹.

Ancora, i giudici di Strasburgo hanno osservato come il ricorrente abbia fatto valere la violazione del principio della irretroattività e della prevedibilità della legge penale puntualmente davanti a tutti i gradi di giudizio, ma la stessa non è stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali: la Corte EDU ha espressamente censurato il difetto di motivazione delle sentenze interne sottolineando che i giudici si sarebbero limitati a valutare la sussumibilità della fattispecie concreta nello schema legale, dunque l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno, senza tuttavia preoccuparsi della dimensione temporale relativa alla prevedibilità di tale fattispecie incriminatrice, cioè di stabilire se tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente e, di conseguenza, se fosse concretamente possibile prevederne la punibilità all'epoca dei fatti a lui ascritti²².

Per quanto concerne invece il profilo della prevedibilità soggettiva, la Corte europea ha ritenuto superfluo valutare se il ricorrente avesse potuto rappresentarsi la punibilità del concorso esterno considerando la sua professionalità ed elevata specializzazione. Tale assunto deriverebbe dal fatto che l'arresto di Contrada si inserisce nell'ambito della tendenza garantistica della Corte EDU a favore della oggettivizzazione del criterio della prevedibilità²³: l'obiettivo è quello di ancorare il giudizio sulla prevedibilità ad un parametro formale, quale la presenza di un orientamento interpretativo consolidato, in modo da limitare il coefficiente di discrezionalità. Proprio per queste ragioni, la Corte ha ritenuto che la prevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale circa l'esistenza del reato in questione fosse possibile solo a partire dalla prima pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 1994, con la quale – secondo i giudici di Strasburgo – potrebbe dirsi formato il diritto vivente²⁴, senza

²⁰ Cfr. G. 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 3 luglio 2015 10: «La Corte EDU non tiene conto di tutte queste circostanze, applicando in maniera piuttosto formalistica i corollari del principio di legalità: ma, anche a voler accettare l'assunto sulla contraddittorietà della giurisprudenza all'epoca dei fatti, nessuno degli orientamenti contrari all'ammissibilità del concorso esterno si schiera a favore dell'esclusione di condotte ad esso riconducibili (*ex post*, dopo la sentenza Demitry) dall'alveo della punibilità»; in giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 27/06/1989, n. 8864, Agostani, in *Cass. Pen.* 1 (1991) 223ss.; Cass., Sez. I, 27/06/1994, n. 2342, Abbate, inedita; Cass., Sez. I, 27/06/1994, n. 2348, Clementi, in *Foro it.* 2 (1994) 560; Cass., Sez. I, 14/07/1987, n. 8092, Cillari.

²¹ Corte EDU, Sez. IV, 14/04/2015, Contrada c. Italia, Contrada c. Italia (ricorso n. 66655/13), §§64ss.

²² V. Corte EDU, Sez. IV, 14/04/2015, Contrada c. Italia, Causa Contrada c. Italia (ricorso n. 66655/13), in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org con nota di S. Civello Conigliaro, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada* (2015).

²³ Cfr. S. De Blasis, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.* 4 (2017) 128 ss.; P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Quest. giust.* 4 (2018) 7; Palazzo, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. it. sc. giur.* 4 (2013) 145; Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma 2012, 22.

²⁴ Perrone, *Nullum crimen* cit. 175s.: «La decisione europea non ha convinto neanche nella parte in cui ritiene prevedibile la punibilità per concorso esterno in associazione mafiosa solo a partire dalla sentenza Demitry del 1994. Ritenere prevedibile il mutamento interpretativo dalla prima sentenza a Sezione Unite, non costituisce altro che una *fictio iuris*, un

che avesse rilevanza la sussistenza di una preventiva base legale. La Corte Edu ha ritenuto che, alla luce dei contrasti interpretativi presenti al momento del fatto circa la rilevanza del concorso esterno, l'esistenza di una fonte legale preventiva e, peraltro, indeterminata non fosse sufficiente a garantire il rispetto della prevedibilità.

Nella motivazione dei giudici di Strasburgo, si evidenzia che, al momento della commissione dei fatti (1979-1988), il ricorrente non avrebbe potuto prevedere la punibilità della propria condotta poiché il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile in quel momento, laddove la figura del concorso esterno in associazione mafiosa è frutto di un'elaborazione interpretativa giurisprudenziale consolidatasi soltanto successivamente. In questo senso, la condanna di Contrada da parte dei giudici italiani avrebbe determinato l'applicazione retroattiva di una norma incriminatrice (di origine giurisprudenziale) non ancora esistente al momento del fatto.

La Corte di Strasburgo, nel riprendere la propria giurisprudenza relativa all'art. 7 CEDU a proposito della legalità convenzionale, la quale riguarda sia la legge formale che il suo formante giurisprudenziale, ribadisce che entrambi devono essere prevedibili e precedenti la commissione dei fatti di reato previsti o sanzionati. Più precisamente, la formazione di una nuova giurisprudenza peggiorativa o incriminante, considerando che l'innovazione si sia consolidata solo a partire da una certa data, non può essere retroattiva quando la sua evoluzione non sia prevedibile *ex ante*²⁵.

3.- Le valutazioni della Corte Edu e ricadute interne: tra irretroattività, sufficiente determinatezza e prevedibilità. Critica.

La pronuncia dei giudici di Strasburgo ha suscitato molteplici perplessità soprattutto in dottrina. In particolare, si è criticato il fatto che la Corte sovranazionale abbia ratificato il consolidamento nella prassi applicativa di un mutamento interpretativo *in malam partem*, evidenziando in questo modo il contributo creativo della giurisprudenza interna²⁶. Infatti, nella pronuncia europea, l'origine giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione mafiosa è considerata pacifica, punto sul quale le stesse parti non manifestano contestazioni. Nel nostro ordinamento, tuttavia, tale assunto ha destato diverse critiche dal momento che riconoscere l'origine puramente giurisprudenziale di una fattispecie incriminatrice comporterebbe un contrasto con i principi di garanzia del diritto interno, primo fra tutti con il corollario della riserva di legge, il quale esclude il formante giurisprudenziale dal novero delle fonti del diritto penale. Infatti, nel nostro ordinamento, il consolidamento del diritto

mero artificio convenzionale, dato che le successive tre sentenze delle Sezioni Unite sul concorso esterno in associazione mafiosa hanno proseguito l'opera di concretizzazione dell'istituto sul piano oggettivo e soggettivo, precisando progressivamente l'area del penalmente rilevante. Nel tentativo di oggettivizzare il parametro della prevedibilità, la soluzione contenuta nella sentenza Contrada scontrerebbe i limiti di un approccio eccessivamente rigido in ordine al momento in cui considerare "consolidato" il diritto vivente. Risulterebbe, infatti, preclusa la possibilità di verificare se la punibilità a titolo di concorso esterno fosse soggettivamente prevedibile anche prima del 1994 ovvero se fosse imprevedibile anche dopo tale data. Inoltre, a stretto rigore, nel nostro ordinamento, il consolidamento del diritto vivente non sarebbe in grado di garantire in astratto la prevedibilità: nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, sarebbe ben possibile che successivamente la giurisprudenza si discosti dall'interpretazione consolidata. In assenza di un vincolo formale del precedente giurisprudenziale, l'esistenza del diritto vivente, quindi, non potrebbe essere considerata una garanzia di prevedibilità e fondamento di una legittima aspettativa per i consociati».

²⁵ M. Telesca, 'Diritto vivente', principio di determinatezza e prevedibilità dell'incriminazione: l'esempio del caso Contrada, in *Iura and Legal Systems* 4 (2020) 10; Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org> 6 giugno 2016 23.

²⁶ M. Donini, *Il caso cit.* 346ss.

vivente non sarebbe comunque in grado di garantire la prevedibilità e, seppure intervengano le Sezioni Unite, è possibile che in seguito la giurisprudenza si discosti dall'interpretazione consolidata²⁷.

Non sono mancate critiche all'impostazione così prospettata dalla Corte europea. Si è osservato che solo in base ad un'interpretazione diversa del principio di legalità a livello interno rispetto agli standard stabiliti dalla Convenzione, si possa concludere per la violazione del principio di legalità ex art. 7 CEDU in relazione a tale vicenda da parte dell'Italia.

Autorevole dottrina²⁸ ha rilevato come il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, nella prospettiva nella Convenzione, abbia una portata diversa rispetto a quella che invece riveste nell'ordinamento italiano. In altri termini, in una prospettiva di avvicinamento tra paesi di *civil law* e paesi di *common law*²⁹, il concetto di legge accolto dalla Corte di Strasburgo va oltre le barriere meramente formalistiche e approda ad una equiparazione tra la fonte legale e la fonte giurisprudenziale³⁰: da questo punto di vista, anche il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo e imprevedibile, deve sottostare al principio di irretroattività, il quale riveste un ruolo significativo nell'interpretazione dell'art. 7.

Nel sistema della Convenzione, la norma deve sottostare a due condizioni per essere compatibile con il principio di legalità, quali quella dell'accessibilità e quella della prevedibilità. Proprio sulla base di tale assunto, la Corte EDU sostiene che il Contrada non doveva essere condannato dal momento che, all'epoca della commissione dei fatti a lui ascritti, egli non avrebbe potuto prevedere la punibilità della propria condotta, prevedibilità che invece si sarebbe assestata secondo un'interpretazione giurisprudenziale sulla quale la Cassazione a Sezione Unite si è pronunciata in via definitiva soltanto in un momento successivo rispetto alla commissione dei fatti (1994, secondo i giudici di Strasburgo). A loro volta, i criteri di prevedibilità e accessibilità richiamano il principio di tassatività³¹, il quale richiede che la descrizione del fatto costituente reato sia precisata dal legislatore nel modo più specifico possibile, senza lasciare spazio a lacune normative: se legislatore non incrimina una determinata condotta, non è possibile operare un'estensione analogica per punire quella stessa condotta.

Si sostiene infatti che l'ambito di operazione del divieto di analogia sia sovrapponibile a quello in cui opera il principio di irretroattività³²: non è possibile punire un fatto che non costituisce reato sia nel caso in cui la norma incriminatrice sia introdotta in un tempo successivo, sia nel caso in cui essa sia ricavata da una norma coeva tramite analogia³³.

Per quanto riguarda più propriamente il principio di irretroattività, quale corollario del principio di legalità, nei paesi di *civil law* esso costituisce presidio a tutela del cittadino nei confronti del

²⁷ D. Perrone, *Nullum crimen* cit. 176.

²⁸ Manes, *Commento all'art. 7* cit. 258ss.

²⁹ Cfr. F. Matscher, *Il concetto di legge secondo la Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore do Guido Gerin*, Padova 1996, 265ss.

³⁰ V. Corte EDU, 22/11/1995, S.W. c. *Regno Unito* e C.R. c. *Regno Unito*.

³¹ Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979; A. Pagliaro, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.* (2000) 442.

³² Cfr. G. De Vero, *Corso di diritto penale I*, Torino 2012, 112.

³³ Marino, *La presunta* cit. 11.

legislatore nell'ipotesi dell'uso arbitrario del potere normativo da parte dello stesso in materia legale³⁴.

Infatti, la Corte EDU, nel ritenere che vi sia stata una violazione da parte dell'Italia del principio di legalità, in virtù del fatto che sia stato applicato retroattivamente un indirizzo giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile, sembra proprio che non abbia tenuto degna considerazione del ruolo che la giurisprudenza ricopre specificamente nel nostro sistema penale.

Come sappiamo, nei paesi di *common law*, l'interpretazione su un determinato istituto da parte del giudice è destinata a creare un precedente vincolante, quindi il giudice "crea" diritto; tale strumento di produzione giuridica, tuttavia, non troverebbe sostegno invece in quelli che sono gli ordinamenti di *civil law*, nei quali il precedente svolge una semplice funzione di supporto argomentativo alle decisioni dei giudici, fermo restando il divieto di analogia.

Dunque, se è vero che secondo la prospettiva della giurisprudenza della Corte europea si ammette la sostanziale equiparazione tra fonte legale e fonte giurisprudenziale, in un'ottica volta alla fusione degli orizzonti tra sistemi di *civil law* e di *common law*³⁵, è anche vero però che non è possibile mutuare un principio di un ordinamento e applicarlo indiscriminatamente in un altro.

La circostanza per cui i collari del principio di legalità vengano applicati ad un reato di origine giurisprudenziale dà luogo ad una situazione contraddittoria considerando che il principio di legalità *in re ipsa* si porrebbe in contrasto con la stessa possibilità di discorrere di reato di creazione giurisprudenziale. Ancor di più se si pensa al principio della riserva di legge, quale corollario più evidente e immediato del principio di legalità, secondo il quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge», ai sensi dell'art. 25 co. 2 Cost., il quale sottende una specifica *ratio* di garanzia per cui soltanto il legislatore ha il potere di emanare leggi penali, in quanto organo formato sulla base di elezioni democratiche e, quindi, espressione dei vari orientamenti culturali presenti in un determinato paese.

Insomma, sembra che la Corte Edu abbia fatto confusione tra i concetti di creazione e interpretazione o applicazione della legge, senza essersi preoccupata di valutare diversamente gli stessi in base all'ordinamento giuridico in relazione al quale si è pronunciata. La nozione di reato di origine giurisprudenziale non può essere accettata e non è considerata compatibile con il nostro ordinamento costituzionale allo stato attuale.

Alla luce di queste considerazioni, sembrerebbe fuori luogo sostenere l'applicabilità del principio di irretroattività ai mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, per quanto imprevedibili. Accettare questa tesi darebbe luogo ad un duplice paradosso giuridico: da un lato, si applicherebbe un crisma del principio di legalità alla giurisprudenza, mettendo in questo modo sullo stesso piano fonte legislativa e fonte giurisprudenziale; dall'altro, si precluderebbe ai giudici la possibilità di applicare il diritto utilizzando un'interpretazione sfavorevole e diversa da quella della giurisprudenza costante, impedendo in questo modo il formarsi di orientamenti giurisprudenziali sfavorevoli o comunque diversi, o perché innovativi o perché modificativi³⁶. Inoltre, può essere utile precisare che non si discorre di creazione giurisprudenziale ogni qualvolta vi siano già delle norme di riferimento e i contrasti giurisprudenziali riguardino unicamente i limiti oggettivi da attribuire a tali norme.

³⁴ T. Padovani, *Diritto Penale*, X ed., Milano 2012, 17.

³⁵ Manes, *Commento all'art. 7* cit. 274.

³⁶ Marino, *La presunta* cit. 13.

In aggiunta, ciò che in particolare viene messo in discussione è che la constatata violazione dell'art. 7 CEDU presupporrebbe al contempo, sul piano interno, la violazione dello stesso art. 25, comma 2, della Costituzione, se si considera che le parti non discutono circa l'origine giurisprudenziale dell'istituto del concorso esterno: se effettivamente la giurisprudenza italiana fosse andata oltre l'interpretazione estensiva per arrivare all'analogia o, addirittura, alla vera e propria produzione normativa, tale situazione avrebbe determinato una violazione di una fondamentale norma costituzionale, prima ancora che di una norma internazionale.

In ogni caso, nell'ottica adottata dalla Corte europea, non si comprende in che modo sarebbe potuto essere imprevedibile il mutamento giurisprudenziale sfavorevole nel caso Contrada, considerando in particolare che la prima giurisprudenza della Cassazione che ha fatto riferimento alla nozione di "concorso esterno" in relazione ad un reato associativo risale alla fine degli anni sessanta, seppure con riferimento a materie diverse. Inoltre, la stessa giurisprudenza, anche se aveva negato la configurabilità *sic et simpliciter* del concorso esterno in associazione mafiosa, ha sempre comunque ritenuto quelle condotte punibili per partecipazione all'associazione stessa *ex art. 416-bis c.p.*

Ma al di là di queste ultime due considerazioni, vi è anche un dato oggettivo: l'art. 110 c.p., al quale si fa riferimento per contestare o far discendere la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa³⁷ su base legale, è una norma che era presente nel nostro ordinamento già all'epoca dei fatti. Essa, carente di determinatezza, esprime un principio generale, ed è comprensibile che sia sorta qualche incertezza (soprattutto se si considera la delicatezza della materia) circa la esatta qualificazione giuridica delle condotte in questione, condotte però la cui rilevanza penale non è mai stata messa in dubbio.

In conclusione, può essere rilevato come la CEDU faccia leva molto sul concetto della prevedibilità/imprevedibilità della condanna da parte dell'imputato, ma non può escludersi che l'approccio ermeneutico adottato dalla stessa nel condannare lo Stato italiano sia alquanto discutibile³⁸. Sembra che la Corte abbia fatto uso di un procedimento interpretativo inadeguato in relazione all'ordinamento italiano, nell'ambito di un paese di *civil law*. Infatti, nel nostro paese, i giudici si limitano ad interpretare e ad applicare il diritto, non hanno alcuna funzione di creazione o di produzione dello stesso.

Si pensi al caso di una incriminazione penale nuova, sulla quale sorgano contrasti giurisprudenziali con riferimento a specifici profili: quando potrà ritenersi che la giurisprudenza si sia effettivamente consolidata sul punto? Sarà necessaria una pronuncia delle Sezioni Unite? E, nel caso, può dirsi essa sufficiente? Che cosa ne sarà delle pronunce più sfavorevoli rispetto alle altre? Secondo il

³⁷ Cfr. G.A. De Francesco, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Leg. pen.* (2003) 707ss.; G. Leo, *Un altro passo in avanti delle Sezioni Unite verso la definizione dell'istituto*, in *Guida dir.* 30 (2003) 71ss.; A. Macchia, "Concorso esterno". *Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Dir. e giust.* 22 (2003) 39ss.; G. Fiandaca, C. Visconti, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2 (2006) 88ss.; G. Vassali, *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. Isolera, in *Criminalia* (2008) 261ss.; V. Maiello, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.* (2009) 1352ss.; A. Centonze, *Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali*, in <https://archiviopcd.dirittopenaleuomo.org> 12 dicembre 2016; 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.* 9 (2016) 343ss.; P. Scevi, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in www.lalegislazionepenale.eu 6 novembre 2020.

³⁸ Marino, *La presunta* cit. 15.

ragionamento della Corte, le stesse non potrebbero essere applicate retroattivamente e, di conseguenza, nemmeno ai casi che esse hanno deciso³⁹.

Sembrerebbe emergere dunque un problema di contrasto in relazione ai diversi modi di interpretare il principio di legalità e, conseguentemente, i suoi corollari⁴⁰: se invece non si vuole sostenere che l'interpretazione dell'art. 7 CEDU, con riferimento alla "potestà normativa" riconosciuta al potere giudiziario, sia in contrasto con il nostro sistema costituzionale, bisognerebbe essere pronti ad una rivoluzione epocale del sistema delle fonti del nostro ordinamento in materia penale⁴¹.

4.- Tentativo di un bilancio.

Dall'analisi del Caso Contrada, si può desumere una certa impreparazione culturale al recepimento della pronuncia europea: sembra che i giudici nazionali non siano riusciti a cogliere il vero problema sotteso al *dictum* europeo, facendo trasparire una certa inadeguatezza nell'affrontare le istanze di provenienza sovranazionale circa l'adeguamento alla legalità europea.

Infatti, la giurisprudenza interna si è focalizzata più che altro sul contestare l'origine giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, cadendo nell'equivoco di ritenere che fosse questo il *punctum dolens* sul quale si basasse la sentenza della Corte EDU, laddove invece tale questione è stata affrontata dalla stessa solo in maniera sommaria e marginale, per *incidens*. Diversamente, la pronuncia europea si concentra sul problema della prevedibilità/imprevedibilità della punibilità a titolo di quel reato da parte dell'imputato, a prescindere dal fatto che lo stesso abbia origine giurisprudenziale o legislativa. Se, infatti, gli interpreti interni si fossero mossi su questa stessa linea interpretativa, ponendosi sullo stesso piano dei giudici sovranazionali, probabilmente sarebbero riusciti a contraddire il sillogismo europeo circa la imprevedibilità della condanna da parte dell'agente.

Come accaduto nel caso Soros⁴², in cui la Corte EDU ha ritenuto soddisfatto il requisito della prevedibilità sulla base di alcune sentenze precedenti a quella definitiva, allo stesso modo la Cassazione, nel caso di specie, avrebbe potuto fare leva sul fatto che, già prima della sentenza Demitry del 1994, al momento della commissione del fatto, l'orientamento della giurisprudenza era oscillante nel riconoscere la punibilità del concorso esterno, la Cassazione ne aveva già ipotizzato la rilevanza penale, anche in relazione allo specifico reato di associazione mafiosa, ragion per cui la punibilità poteva ritenersi ragionevolmente prevedibile⁴³. Il fatto che ci fossero specifici precedenti sul tema era sufficiente a porre l'agente nella condizione di prefigurarsi, se non come certezza, quantomeno come eventualità, la rilevanza penale della propria condotta e conseguente sua punibilità a titolo di concorso esterno. A sostegno di ciò la stessa considerazione della competenza professionale e della elevata specializzazione di Contrada: erano questi elementi che gli consentivano di pronosticare la propria condanna, seppure in termini di mera possibilità. E tale situazione di dubbio sarebbe stata sufficiente ad escludere il legittimo affidamento nella liceità della propria condotta. Proprio per tali argomentazioni, la reazione della giurisprudenza interna viene ritenuta un'occasione mancata per

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. Corte Cost., 22/10/2007, n. 348.

⁴¹ Marino, *La presunta* cit. 16.

⁴² Corte EDU, Sez. V, 6/10/2011, Soros c. Francia (ricorso n. 50425/06).

⁴³ La stessa Corte EDU cita le sentenze Cass., Sez. I, 13/06/1987, n. 3492, Altivalle, e Cass., Sez. I, 4/02/1988, n. 9242, Barbella.

sollecitare ripensamenti e per fare chiarezza sui contenuti e sui limiti della prevedibilità europea⁴⁴. A questo si aggiunga che le stesse condotte, per le quali l'imputato è stato condannato a titolo di concorso esterno, venivano ricondotte in passato, e già all'epoca della commissione dei fatti, alla fattispecie di partecipazione all'associazione: ne deriva che l'interpretazione sviluppata dalla giurisprudenza interna circa il concorso esterno in associazione mafiosa nel caso Contrada si sarebbe posta addirittura come possibilmente e generalmente migliorativa della condizione del reo⁴⁵, più favorevole, e dunque da ammettere in coerenza con il principio di retroattività della *lex mitior*.

Abstract.- Un aspetto particolarmente delicato nell'applicazione del principio di irretroattività è dato dalle cosiddette ipotesi di “retroattività occulta”: si tratta di valutare se, nel nostro ordinamento, il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente operi anche nell'ipotesi in cui si verifichi un mutamento *in peius* di un orientamento giurisprudenziale. Più precisamente, viene preso in considerazione l'impatto che ha avuto a tal proposito il caso Contrada per definire le perplessità interpretative che possono sorgere allorquando si verifichi un mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale nel corso del tempo, contemporaneo o successivo al momento in cui sono stati commessi i fatti che poi vengono da questo riconosciuti come reato ovvero se è possibile e quale rilevanza abbia in questo caso un'applicazione retroattiva. La retroattività delle leggi penali, seppur giustificabile in casi eccezionali e, solitamente, *in bonam partem*, rischia sempre di compromettere il diritto fondamentale alla certezza e alla prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni, minando in questo modo la fiducia che il cittadino ripone nello Stato. La giurisprudenza ha svolto un ruolo essenziale nell'interpretare e bilanciare i vari principi, ma le continue modifiche normative e l'evoluzione del diritto penale sollecitano ulteriori riflessioni.

This work is dedicated to a complex aspect regarding the correct application of the principle of non-retroactivity, considering the risks of being covertly circumvented. In this regard, we speak of “hidden retroactivity”, which can be achieved by judges through a different jurisprudential interpretation. With reference to our legal system, we wonder whether the principle of non-retroactivity of criminal law unfavorable to the agent also operates in the case of a change *in peius* of a jurisprudential orientation occurs. Precisely, the impact that the Contrada case had in this regard is taken into consideration, a starting point for understanding how many interpretative perplexities can arise when a change in the jurisprudential interpretation occurs over time, contemporary or subsequent to the moment in which the facts were committed and then recognized by this as a crime, therefore whether it is possible and what relevance a retroactive application has in this case. The retroactivity of criminal laws must be applied with extreme caution because it can compromise the fundamental right to certainty and predictability of the legal consequences of one's actions, thus undermining the trust that the citizen places in the State. Case law has played an essential role in interpreting and balancing the principles, but the continuous regulatory changes and the evolution of criminal law calls for further reflection.

⁴⁴ D. Perrone, *Nullum crimen* cit. 184-185.

⁴⁵ Marino, *La presunta* cit. 17.