

IL CASO CONTRADA E LA CORTE EDU. LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER CARENZA DI TASSATIVITÀ/TIPICITÀ DI UNA LEGGE PENALE RETROATTIVA DI FORMAZIONE GIUDIZIARIA.

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 2016, pag. 346

Massimo Donini - Ordinario di Diritto penale Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Classificazioni: CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO (Strasburgo) - Nessuna pena senza legge (Nullum crimen sine lege)

Sommario: 1. Se tre Sezioni Unite in undici anni non dimostrano una carenza di tassatività/tipicità di una fattispecie a formazione giudiziaria. — 2. Quattro punti fermi relativi al caso Contrada. — 3. La questione (non affrontata) della legittimità dell'interpretazione nazionale e dell'applicazione innovativa di regole di parte generale al fine di costruire figure “di parte speciale”. — 4. (Segue). L'impatto “estensivo” delle norme di parte generale. Perché nel caso di specie si è riscritto l'art. 416-bis, non l'art. 110 c.p. — 5. Il contributo chiarificatore delle tre Sezioni Unite: Demitry, Carnevale, Mannino e il permanere di una fattispecie aperta. — 6. Il principio della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto e della “conoscibilità della pena” ad esso irrogabile. — 7. (Segue). Il difetto di tassatività come violazione di un diritto-dovere, non come “scusante” per il singolo. — 8. Prevedibilità vs. certezza e tipicità. Il giudizio di fatto sotteso alla decisione della Corte Edu e la sua ricognizione della tassatività del diritto interno. — 9. Le precomprensioni sul ‘caso’ e le scelte razionali nella valutazione della sentenza europea su Bruno Contrada. — 10. La gestione degli “illeciti interpretativi” del passato e del futuro. — 11. Corte Edu, Sezioni Unite, Corte costituzionale e Rule of Law.

Abstract

Il commento chiarisce le ragioni della sentenza della C. Edu 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, nel definire il “concorso esterno” nei reati associativi come un'ipotesi di costruzione giurisprudenziale di un nuovo tipo di partecipazione, una figura autonoma di parte speciale del reato di associazione mafiosa che si pone accanto alla partecipazione interna e non già come normale applicazione di criteri generali del concorso di persone (art. 110 ss. c.p.). La Corte europea non ha valutato la specifica prevedibilità individuale-soggettiva del ricorrente come parametro, ma una prevedibilità obiettiva e generale del titolo di reato ascritto, essendo detta fattispecie non ancora sorta come “tipo” di reato, almeno fino alla sentenza Cass. SU Demitry del 1994, e in realtà diversamente ricostruita dalle successive Cass. SU Carnevale (2002) e Mannino (2005). Viene così stabilita una figura di illecito interpretativo/applicativo a corresponsabilità statuale-giurisprudenziale che pone con urgenza il tema della soluzione istituzionale dei conflitti sincronici di giurisprudenza, ma anche del controllo di costituzionalità sulle fattispecie indeterminate, come ancora oggi è l'art. 416-bis c.p.

(1-2) The Contrada Case and the ECHR. The State is liable for violating the rule of law through a retroactive criminal law created by judicial law-making

Abstract

The comment clarifies the reasons for the ECHR judgment April 14, 2015 Case Contrada v. Italy in defining the “external participation” in a criminal organization as a case of judicial construction of a new type of offence, an autonomous figure of the special part in the frame of the crime of mafia enterprise that arises next the internal participation and is not a normal application of the general

criteria of accessories responsibility (art. 110 f. penal Code). The European Court did not assess the specific individual-subjective foreseeability of the applicant as a parameter, but a general and objective predictability of the charged offence, because this case had not yet arisen as a “type” of crime, at least until the judgment United Sections of the SC Demitry 1994, and actually it was differently rebuilt from subsequent United Sections of the SC Carnevale (2002) and Mannino (2005). The Judgment establishes a figure of state-judicial co-responsibility in unlawful interpretation / application of the law that puts urgently the issue of the institutional solution of synchronic conflicts of jurisprudence, but also of constitutional review in the cases of lack of accessibility and foreseeability of the constituent elements of the offence, as is still the case of art. 416-bis penal code.

1. Se tre Sezioni Unite in undici anni non dimostrano una carenza di tassatività/tipicità di una fattispecie a formazione giudiziaria.. — 1.0. La sentenza in commento, Corte Edu 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, ric. 66655/13, rappresenta la prima vera “messa in mora” del sistema giuridico italiano rispetto all'irresponsabilità dell'interprete in materia penale. Nessuno lo aveva fatto con tanta semplice chiarezza. E i primi commenti (1), quando non celano la voglia di sottodimensionare un filone di giurisprudenza europea che incombe da lustri, magari spostando gli effetti solo in termini di prevedibilità soggettiva e art. 5 c.p., ricordano opportunamente che la Corte non ha detto proprio qualcosa di nuovo in diritto (2), ed è semmai la statuizione di fatto sul nostro sistema nazionale a gettare nell'inquietudine. L'applicazione del diritto al fatto riguarda un aspetto paradossale di una vicenda processuale di pesante etichettamento criminale, uno dei più gravi reati ascrivibili a un servitore dello Stato, ex capo della Squadra mobile di Palermo, ex dirigente della Criminalpol, ex capo del Gabinetto dell'Alto Commissariato per la lotta contro la mafia ed ex direttore aggiunto dei servizi civili (SISDE). La partecipazione a “Cosa nostra”, anche se dall'esterno, anche se senza la prova di moventi legati a interessi privati personali se non dubbi o saltuari, è il titolo esecutivo che incatena Bruno Contrada. Vicenda dolorosissima e tormentata (3), un'intricata e lunga storia di pentiti (elemento centrale di prova), di servizi segreti, d'infamie, collusioni e sospetti, mai veramente consolidata nella scrittura pubblica della storia giudiziaria che l'ha contrassegnata (4).

Noi non staremo certo qui a ripercorrerne le numerose tappe, dalla custodia cautelare all'assoluzione in appello dopo una prima condanna nel 1996, al suo annullamento in Cassazione e alle successive e definitive sentenze di responsabilità, quasi trent'anni dopo i primi fatti, sino alle proposte di grazia, e da ultima quella di una precedente decisione contro l'Italia da parte della Corte Edu (C. Edu 11 febbraio 2014, ric. 7509/08) per violazione dell'art. 3 Cedu (trattamento inumano e degradante) in rapporto alla mancata concessione della detenzione domiciliare per motivi di salute. Dopo questo tormentone infinito, la Corte dei diritti si pronuncia su un fatto che, ridotto all'osso, può essere scolpito in questa immagine: Bruno Contrada viene definitivamente giudicato dalla Corte d'Appello di Palermo il 26 febbraio 2006 (poi confermata in Cassazione) per fatti commessi tra il 1979 e il 1988, motivando in diritto l'istituto del concorso esterno sulla base di tre sentenze delle Sezioni Unite penali, pronunciate tutte successivamente ai fatti commessi, e cioè nel 1994 (SS.UU. Demitry), nel 2002 (SS.UU. Carnevale) e nel 2005 (SS.UU. Mannino).

Se sono state necessarie ben tre pronunce delle Sezioni Unite successive alle condotte contestate per chiarire prima se sia ammissibile, e poi comunque che cosa è il concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ciò significa che al tempo dei fatti il reato, non previsto nella parte speciale del codice penale — anzi escluso dalle ipotesi ammesse ai sensi delle figure di parte speciale — non solo non era chiaro, ma essendo di formazione tutta giudiziaria, non era neppure veramente tipico. Questo il sillogismo della Corte Edu (5).

1.1. Al § 6 della pronuncia sono così descritti sommariamente i fatti accertati: con sentenza del 5 aprile 1996, il Tribunale di Palermo condannò Bruno Contrada alla pena di dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione di stampo mafioso (articoli 110, 416 e 416 bis del codice penale). In particolare, il Tribunale lo ritenne colpevole di avere, tra il 1979 e il 1988, in qualità di funzionario di polizia e poi capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia e di vicedirettore dei servizi segreti civili (SISDE), apportato sistematicamente un contributo alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa denominata «Cosa nostra». Secondo il Tribunale, il ricorrente aveva fornito ai membri della commissione provinciale di Palermo della suddetta associazione informazioni riservate riguardanti le indagini e le operazioni di polizia di cui essi, ed altri membri dell'associazione in questione, formavano oggetto”.

Al § 65 aggiunge la Corte Edu: “Nella parte in diritto della sentenza, tale concorso veniva definito «eventuale» o «esterno». Tale condanna, dapprima annullata da una sentenza della Corte d'Appello di Palermo, fu poi confermata da un'altra sezione di quest'ultima e, in via definitiva, da una sentenza della Corte di cassazione”.

1.2. Si riportano di seguito altri punti salienti della pronuncia europea in commento:

“64. La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione (6) della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale. 65. [omissis]. 66. La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ora, come ha giustamente ricordato il tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996 (si veda il paragrafo 7 supra), l'esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti. 67. L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 supra) dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994. 68. Nel frattempo, in altre cause, la Corte di cassazione ha riconosciuto l'esistenza del reato di concorso eventuale in associazione di tipo mafioso (si vedano la sentenza Altivalle, n. 3492, del 13 giugno 1987 e, successivamente, Altomonte, n. 4805 del 23 novembre 1992, Turiano, n. 2902 del 18 giugno 1993 e Di Corrado, del 31 agosto 1993). 69. Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno. “74...la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. 75. Perciò, 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”.

2. Quattro punti fermi relativi al caso Contrada. — 2.1. Un primo punto fermo della giurisprudenza precedente i 'fatti' contestati a Contrada è che esistono condotte di aiuto a un'associazione criminosa che non sono atti di partecipazione “interni” alla stessa. Non è vero che

se non si fosse applicato l'art. 110 insieme all'art. 416-bis c.p., si sarebbe applicato direttamente l'art. 416-bis. Anche nella giurisprudenza coeva ai fatti che ammetteva il concorso esterno emergeva un rispetto formale della legalità della figura del partecipe interno, che ha alcune sue connotazioni invalicabili. Proprio il rispetto della legalità della singola fattispecie è all'origine della giurisprudenza che amplia la punibilità sulla base di una normativa di parte generale nata per estendere la punibilità delle singole incriminazioni a tipologie che queste di regola non siano in grado di tipizzare: il concorso di persone.

Non è vero dunque che se Contrada non fosse stato condannato per concorso esterno sarebbe stato condannato per partecipazione in associazione mafiosa. È vero il contrario. Tutte le sentenze che lo riguardano hanno escluso la sua partecipazione come intraneus (7). Dunque, senza il concorso esterno, sarebbe rimasto il solo favoreggiamento personale (prescritto). Reato ben differente, dalla commissione del quale non è possibile “prevedere” una condanna per l'art. 416-bis c.p.: ed esattamente per questo esiste (dal 1982, cioè dalla nascita dell'associazione mafiosa) una specifica aggravante del favoreggiamento quando questo riguardi soggetti che risultano favoriti in quanto partecipi di associazioni di tipo mafioso (art. 378, co. 2, c.p.), mentre solo dal 1991 esiste l'aggravante speciale dell'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, della finalità di agevolazione dell'attività delle predette associazioni (8). Il “favoreggiamento”, infatti, per rilevare ex art. 110 e 416-bis c.p., non deve riguardare cose o singole persone, ma oggettivamente (e non soggettivamente) l'attività dell'associazione stessa. Però questo discorso presenta un vizio interno: la sommatoria dei fatti ascritti a Contrada — come fonti di prova o come condotte tipiche, non è mai stato chiaro (9) — esprime il “ruolo” di un soggetto pubblico che si sarebbe “messo a disposizione” di Cosa nostra: e questo fatto, se ci si fosse creduto fino in fondo, avrebbe potuto portare a un giudizio di vera partecipazione interna all'associazione. Poiché non si è creduto completamente a tale teorema, in quanto di un'affiliazione formale manca ogni indizio — anche se la giurisprudenza supera continuamente in tutti i settori dell'ordinamento gli schemi “formali”, quando lo ritiene equo, mentre qui ha sempre subito una sudditanza “culturale” all'ordinamento mafioso —, si è ripiegato sul concorso esterno: che peraltro andrebbe riferito ai fatti commessi almeno dopo il 1982, mentre vari fatti contestati come episodi di concorso esterno (o come condotte che lo supportano a livello probatorio) precedono la stessa entrata in vigore dell'art. 416-bis c.p., avvenuta con l. 13 settembre 1982, n. 646, e riguardavano semmai l'art. 416 c.p.

2.2. Un secondo punto fermo è che non è vero che fosse imprevedibile dopo il periodo 1985-1987 una condanna per concorso esterno. Ma non è qui il punto decisivo, perché una prevedibilità come questa non vale a inficiare il vizio di retroattività contestato dalla Corte europea. Dato che esisteva una giurisprudenza già rilevante — ma che s'inizia ad affermare in Cassazione solo alla fine degli anni '80 — che imputava forme di partecipazione esterna al reato associativo, ciò poteva essere tenuto presente da parte delle persone che avessero inteso agevolare in qualche modo l'attività di quelle associazioni con forme che non fossero di mero “favoreggiamento” personale o reale, ma appunto dell'associazione. Ai fini della mera prevedibilità di un coinvolgimento penale in un'incriminazione non è necessario che esistano dei precedenti pubblicati, ma se esistono, non è richiesto che si tratti di precedenti numerosi e consolidati. Non solo. Qualunque legale sa che in un'attività di consulenza giuridica non può affidarsi neppure alla giurisprudenza maggioritaria, nel nostro sistema vigente: e ciò ancor più (come vedremo) ai tempi delle vicende giudiziarie che ci interessano. Il contrasto giurisprudenziale sincronico (10) è in parte fisiologico, se non perdura troppo a lungo, ma anche quando è patologico, rende assolutamente prevedibile, e non imprevedibile la possibile rilevanza penale di un comportamento: vi è prevedibilità, senza esservi certezza. Si tratterà dunque di differenziare opportunamente (infra) tra la protezione costituzionale della mera prevedibilità e la sanzione per l'obiettiva incertezza di decisioni legate a una sorta di “atipicità di sistema”, non essendo sufficientemente determinata nei suoi confini la fattispecie “giurisprudenziale”.

2.3. Un terzo punto fermo. La giurisprudenza non ha “creato” direttamente una fattispecie di parte speciale, come ha fatto viceversa in altri casi: corruzione per la funzione (attuale art. 318 c.p.), malattia-infortunio nell'art. 437 c.p., disastro ambientale innominato ex art. 434 c.p. etc. La Corte Edu afferma apoditticamente (§ 66) che non sarebbe in contestazione il fatto che l'istituto del concorso esterno costituisca “un reato di origine giurisprudenziale”. Ma ciò non è del tutto esatto (11).

La giurisprudenza ha applicato una clausola generale di parte generale essa stessa, l'art. 110 c.p., che possiede potenzialità applicative molto estese e indefinite. Questa è una “patologia” del concorso di persone, da tempo segnalata in dottrina. Siamo in presenza di una normativa la cui insufficiente determinatezza, pur contestata in letteratura, è stata sempre di fatto ritenuta superabile in virtù di una consolidata tradizione applicativa dell'istituto (istigazione, agevolazione etc.) che è invero molto oscillante, ed è stata indebitamente tollerata. Nel caso di specie, però, la lettura dell'art. 110, applicato ai reati associativi, è stata di segno diverso e ulteriore: esso è stato impiegato come se autorizzasse la tipizzazione giurisprudenziale, cioè una tipicità prasseologica, legata a “fenomenologie nuove o classiche di comportamenti non legalmente tipizzati”, analoghe a quelle dei contratti innominati. Si osservano nella prassi forme di “criminalità” non registrata negli annali di giurisprudenza come atti di partecipazione interna (“aggiustare processi”, fare da tramite tra il carcere e gli associati in libertà, offrire prestazioni tecnico-professionali decisive per una qualche vicenda, organizzare aiuti politico-amministrativi in cambio di favori politico-elettorali, “mettersi a disposizione” di un'associazione etc.), e l'art. 110 c.p. è lì a bella posta pronto all'uso. Si rispetta apparentemente la tipicità della partecipazione interna (art. 416-bis c.p.), che non viene estesa e semmai meglio delimitata, ma si usa direttamente la regola estensiva tipica di parte generale: proprio in virtù del fatto che essa stessa non è determinata e dunque può essere modulata verso queste nuove forme comportamentali. La domanda è se ci stiamo muovendo solo nella “parte generale” o se questa nuova tipizzazione non sia in realtà un problema squisitamente “di parte speciale”. Di ciò dovremo ancora trattare a fondo.

2.4. Quarto punto fermo: la Corte Edu non ci dice che cosa avrebbero dovuto fare i giudici prima del 1994 (e prima ancora), né cosa avrebbero dovuto fare le SS.UU. Demitry nel 1994: assolvere tutti i concorsi esterni precedentemente “commessi” (anche se ascritti), in quanto non realizzati a fronte di una consolidata giurisprudenza? La Corte Edu non lo dice, ma essa sancisce implicitamente l'esistenza di un illecito giurisprudenziale: un illecito di applicazione retroattiva di un tipo formatosi solo dopo i fatti. Dobbiamo vagliare qui di seguito la correttezza di questa costruzione d'illecito ermeneutico. Il modus operandi della Cassazione pre-Demitry era negli anni '80 e '90 del tutto ammesso come al di fuori di ogni logica di prospective overruling, applicandosi la regola della “retroattività” della nuova giurisprudenza. Certo, statuire ex post, nel 2015, una regola di prospective overruling con effetti “sanzionatori retroattivi” sarebbe ingiusto e inaccettabile, se la Corte Edu non avesse praticato da almeno vent'anni questi principi, almeno da S.W. c. Regno Unito del 22.11.1995 e CR c. Regno Unito, 22.11.1995 sul marital rape (12). Però è vero che i casi più famosi, quelli appunto della violenza sessuale del coniuge che costringe la moglie al rapporto non voluto e quello degli spari dal muro di Berlino (13), sono vicende dove la Corte Edu ha ritenuto in concreto prevedibile il successivo mutamento nell'applicazione giudiziale, pur se in contrasto con il common law anteriore in un caso, e con la giurisprudenza della ex DDR nell'altro, così assolvendo lo Stato inglese e quello tedesco nelle due vicende. È solo nel caso Pessino c. Francia del 10.10.2006, riguardante un illecito edilizio, che si è affermata concretamente in bonam partem la violazione del divieto di retroattività occulta (14), poi consolidatasi, sempre in senso favorevole, con C. Edu, Grand Chamber, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, relativo a un mutamento giurisprudenziale imprevedibile in materia sanzionatoria esecutiva, come tale escluso da tematiche di scusanti-prevedibilità soggettiva, richiamato dalla stessa sentenza Contrada (15). L'irrogazione della sanzione europea per questo caso di retroattività occulta nel quadro di un delitto non artificiale

(l'associazione di tipo mafioso), ma comunque “nuovo” e inesistente nella maggior parte degli ordinamenti, rappresenta dunque una novità parziale.

3. La questione (non affrontata) della legittimità dell'interpretazione nazionale e dell'applicazione innovativa di regole di parte generale al fine di costruire figure “di parte speciale”. — 3.1. La Corte Edu non si pronuncia sulla legittimità dell'interpretazione giurisprudenziale italiana in tema di concorso esterno. Ovvio, si dirà. Essa assume l'interpretazione nazionale come un dato sul quale non è competente. Vero. Purché quell'interpretazione non violi parametri della Cedu, come il divieto di analogia (così espressamente la sentenza ai §§ 68-71). Ma la violazione del divieto di analogia non era stata eccepita nel ricorso. Dunque il tema non entrava nella questione devoluta, anche se avrebbe potuto essere sollevato d'ufficio: ma ciò avrebbe comunque comportato un vaglio non richiesto sul “comportamento ermeneutico implicito” e dunque sull'interpretazione nazionale, esistendo in diritto penale (quasi) solo ipotesi di analogia occulta, dato il divieto internazionale di analogia in peius. Esistono poi anche le interpretazioni semplicemente sbagliate, estensive della punibilità, ma illegittime in quanto erronee, non in quanto necessariamente analogiche.

La correttezza della giurisprudenza sul concorso esterno rimane pertanto un problema nazionale. Non possiamo però esimerci da un rilievo, che è propedeutico all'analisi del caso Contrada.

3.2. L'analogia è da sempre il lato oscuro dell'indeterminatezza. Solo nei manuali di diritto civile, dove l'analogia è esposta e presentata come ovviamente legittima, abbiamo esempi di lacune chiare che vengono colmate mediante un'estensione “fedele all'eadem ratio” di norme tassative. Nel nostro caso invece si sanziona l'indeterminatezza quale fonte d'innovazioni stratificate nell'ordinamento in anni di conflitti irrisolti. Come subito vedremo, è accaduto esattamente questo: un difetto di tassatività della fattispecie di costruzione ermeneutica (sia pur su base legale) viene “sanzionato” per il suo impiego retroattivo, ma il vero punto nodale rimane quello dei limiti sostanziali e anche temporali della legittimità non tanto di “mutamenti interpretativi” in peius, quanto di costruzioni ermeneutiche di fattispecie.

3.3. Si aggiunge a quanto ora detto che la Corte Edu non distingue tra norme di parte generale e di parte speciale: discetta dell'interpretazione innovatrice come se riguardasse solo norme incriminatrici, ma la situazione è differente quando si applicano norme di parte generale estensive della punibilità (tentativo, concorso di persone, causalità omissiva) o definitorie di modalità di azione (colpa, dolo etc.): queste discipline sono sempre poco determinate e suscettibili di evoluzione interpretativa capace di cambiare tutte le fattispecie di parte speciale alle quali trovano applicazione. Le vicende dell'evoluzione della causalità omissiva, della causalità (sic!) “epidemiologica”, del dolo eventuale come rischio etc. sono lì a illustrare con dovizia di esempi analoghe prassi. Le regole estensive di parte generale si prestano anche a questo. I principi costituzionali, invece, servono a delimitare l'uso di quelle regole, quando siano — come normalmente sono — poco determinate.

3.4. Nel caso di specie vedremo (§ 4-5) che si è usata la “parte generale” in modo strumentale per costruire nuove tipologie di partecipi-esterni: non si sono create certo nuove figure di concorrenti da applicarsi a reati diversi da quelli associativi! E dunque l'operazione ha riguardato strettamente i soli reati associativi: un'operazione solo apparentemente di parte generale, dunque, ma in realtà condotta sul corpo dell'art. 416-bis c.p.

4. (Segue). L'impatto “estensivo” delle norme di parte generale. Perché nel caso di specie si è riscritto l'art. 416-bis, non l'art. 110 c.p. — 4.1. Quando si amplia l'estensione d'istituti come il tentativo, la causalità omissiva, l'istigazione o la cooperazione colposa, non si riscrivono implicitamente tutte le disposizioni di parte speciale: sono quelle di parte generale che conoscono

una diversa lettura con conseguente incidenza su tutte le incriminazioni. La legalità e la tipicità di queste ultima, formalmente, rimane integra. Ciò pone all'evidenza un problema molto serio. La parte generale dei codici penali, nata per delimitare il potere giudiziario, che era immenso quando essa non esisteva, essendo spesso costruita su clausole generali e regole assai ampie, consente applicazioni che non sempre sono veramente “predeterminate per legge”, ma sono solo “previste dalla legge”: la causalità non è predeterminata nell'art. 40 c.p., è solo prevista in esso. Del resto, anche a prescindere dai sistemi di common law che siano privi di leggi penali sul reato in generale, in molti codici penali contemporanei, più avari di definizioni del nostro codice Rocco, la situazione non è certo migliore, e si opera talvolta in assenza di regole di parte generale, affidandosi direttamente e integralmente alla giurisprudenza (per es. per le definizioni di dolo, colpa, evento, pericolo etc.).

Sono dunque i principi costituzionali (determinatezza e divieto di analogia, offensività e colpevolezza, divieto di responsabilità per fatto altrui e per fatto proprio incolpevole, eguaglianza etc.) o sovranazionali (per es. prevedibilità delle decisioni...), che devono guidare nella lettura delle norme di parte generale che — per loro tradizionale previsione (non per loro intrinseca “natura”) (16) — siano costruite su clausole generali di modesta tassatività.

4.2. Ciò premesso, va finalmente chiarito che nel caso del concorso esterno l'attività costruttrice della giurisprudenza non ha operato sugli art. 110 ss. c.p. per estendere questi ultimi. Il risultato della costruzione del concorso esterno nelle associazioni mafiose è stato quello di estendere l'art. 416-bis c.p. attraverso il passepartout del concorso di persone. Chiarire questo concetto è molto importante. L'operazione si è svolta in due tappe principali: a) si sono in primo luogo individuate alcune tipologie di condotte di concorrente esterno sul piano della tipicità comportamentale, non su quello dell'incidenza sulla vita dell'associazione: dovevano essere condotte di soggetti estranei e dunque non incriminabili come associati interni; dovevano dare un contributo; non dovevano essere meri favoreggiatori, assistenti degli associati etc.; occorreva muovere da tipologie empirico-criminologiche emergenti dalla vita sociale, politica ed economica; b) successivamente, almeno in ordine logico, si è dovuto raccordare queste “figure” con l'unico titolo di responsabilità disponibile: non valendo i titoli autonomi delle figure tipiche di associati previste dal reato associativo — neppure il finanziatore è stato mai inserito nell'art. 416-bis... —, non restava che il titolo “concorsuale” generale degli art. 110 ss. c.p.; con la conseguenza che mentre si può essere associati interni senza dare nessun contributo rilevante alla vita dell'associazione (il disvalore della condotta assorbe il disvalore di evento), in caso di concorrente esterno ciò non è possibile, dovendosi recuperare attraverso il disvalore di evento un disvalore di condotta meno pregnante in termini di affectio societatis. Si è così sviluppato, già a far data almeno dal 1985, il paradigma eziologico per l'assimilazione del concorrente esterno al partecipe intraneo (17): mediante la ricerca di un contributo causalmente significativo all'associazione in sé considerata.

4.3. Ecco allora che chi “aggiusta processi”, o “si mette a disposizione”, o “informa i boss” in carcere, o assicura la latitanza di alcuni elementi di spicco, o costituisce il “riferimento” dell'associazione in Parlamento, in un consiglio regionale o comunale, ovvero la “finanzia”, potendo contribuire dall'esterno ad assicurare la sopravvivenza del sodalizio o comunque l'appoggio politico, amministrativo, istituzionale, costante alle sue iniziative o in una fase cruciale della sua esistenza, ne diviene concorrente, ma a certe condizioni.

4.4. Poiché, come tutti sanno, nel nostro ordinamento il concorso di persone è articolato in ‘forme’ assai varie, e poiché ciascuna di esse (a parte l'autoria) può essere anche “di minima importanza” ex art. 114 c.p., l'estensione ai reati associativi di questo complesso di tipologie comportamentali richiedeva precisazioni importanti: potendosi altrimenti iniziare (almeno a livello di indagini) una vera “caccia alle streghe” a tutte le possibili condotte potenzialmente agevolatorie o di

fiancheggiamento di soggetti esterni o non provatamente intranei. Le tre Sezioni Unite sul tema hanno risposto a tale quesito, al fine di chiarire definitivamente l'ammissibilità del concorso esterno (Demitry) e poi di delimitare, piuttosto che di ampliare ulteriormente, i suoi confini. Solo in parte ci sono riuscite.

5. Il contributo chiarificatore delle tre Sezioni Unite: Demitry, Carnevale, Mannino, e il permanere di una fattispecie aperta. — 5.1. Diciamo subito che se impostiamo le cose in modo tradizionale, sul piano soggettivo della mera prevedibilità di un'incriminazione (retro, § 2.2), la sentenza europea ne verrebbe svuotata. Ci sono contributi che nessuno può dire di aver compreso che fossero potenzialmente incriminabili solo dopo aver letto le Sezioni Unite Demitry (18). Chi salva dall'arresto una serie di affiliati, tra i quali magari il capo di Cosa nostra, fornisce un contributo rilevante alla vita dell'associazione, anche se non è affiliato. Ma solo dagli anni 1987-1994 il titolo di questa autonoma partecipazione è diventato più percepibile, anche se controverso come puro diritto giurisprudenziale. Nondimeno, dopo le Sezioni Unite del 1994, molti altri contributi sembravano esclusi dalla rilevanza penale autonoma come concorso esterno. Per es. chi avesse finanziato quell'associazione in un momento di prosperità, per quanto rilevante fosse l'apporto, non avrebbe dovuto rientrare nella fattispecie, e lo stesso dicasi per chi avesse fatto fuggire un affiliato fra i tanti con beneficio ordinario durante la vita normale del gruppo criminale (v. infra).

E dunque: se il capo della Squadra mobile si mette “a disposizione di” Cosa nostra, passando alla bisogna informazioni rilevanti sulle indagini, aiutando vari affiliati a eluderle etc., dovrà attendere le Sezioni Unite per capire che è un concorrente? (19).

5.2. La Corte Edu non compie una vera valutazione di tipo soggettivo. Essa solleva due diversi problemi per il penale diritto italiano ante 1994:

a) se il concorso (veramente) esterno, ancorché già (ambiguamente) praticato dalla giurisprudenza, fosse comunque ammissibile come titolo di responsabilità ex art. 416-bis c.p.;

b) se il concorso esterno, riguardando singole condotte di partecipazione, e non una “tipologia indipendente” di condotte abituali o di tipo “organizzatorio”, rilevi e a quali condizioni di efficienza, escludendosi che sia una forma (per es. un finanziamento, rivelazione di notizie riservate, rilascio di un provvedimento amministrativo o giudiziario pilotato) indipendente dal suo contributo causale.

Se sono partecipe interno, un qualunque “soldato”, e non un “avvicinato”, posso anche non fare nulla d'importante, ma risponderò penalmente ex art. 416-bis c.p. Se invece sono esterno devo compiere qualcosa di rilevante, non bastando neanche la commissione di singoli reati autonomamente punibili, a prescindere dall'art. 416-bis c.p. Ma la domanda più radicale è questa: se sono esterno, ogni contributo dovrà avere valenza causale autonoma e indipendente (tot crimina tot poenae), o potrà essere valutato per “sommatoria” negli anni, come condotta abituale o quale indice di una complessiva agevolazione? Ma che cosa è questa complessiva agevolazione?

5.3. Orbene, le Sezioni Unite Demitry rispondono ai primi due quesiti solo nel 1994. Il concorso esterno è ammissibile ex art. 110 c.p. e non costituisce una forma indipendente dalle conseguenze del suo contributo alla vita dell'associazione. Anzi. Esso rileva solo se offre un apporto così rilevante da collocarsi perlopiù (20) nei momenti cruciali, topici, critici, di “patologia”, di “emergenza”, “fibrillazione”, della vita di un gruppo criminale (21). Sul terzo quesito (prova del paradigma causale di ogni singolo contributo come se fosse un reato a sé stante o rilevanza di tutti per sommatoria) non si è mai avuta una vera risposta. La delimitazione del concorso esterno, nel

momento in cui se ne sanciva la legittimità, ai soli contributi alla soluzione di momenti patologici ed emergenziali, “tagliava fuori” una serie di condotte possibili, anche dello stesso Contrada. Essa non sarà ribadita dalle successive Sezioni Unite. Ma se la si volesse sin da ora svalutare, in quale momento successivo alla sentenza Demitry si dovrebbe “fotografare” l'immagine nitida del riconoscimento del “tipo”? Quando nasce davvero la nuova figura nei suoi tratti conclusivi?

La Corte Edu responsabilizza lo Stato italiano a prendere atto che comunque solo da quella data era ufficialmente nato in modo “legittimo” (perché chiaro) un tipo concorsuale nuovo: che non era, si badi bene, una forma generale di partecipazione al reato, ma una tipologia essa stessa di parte speciale, applicabile solo all'art. 416-bis c.p., perché la sua stessa applicazione ad altri tipi di associazioni aveva comunque contenuti diversi.

5.4. Dopo le Sez.Un. Demitry, le ulteriori Sez.Un. 30 ottobre 2002, Carnevale (22) ribadiscono l'idea che i partecipi intranei sono tali se “accertati” dal sodalizio, non se imposti da valutazioni giudiziali (23), che il concorso esterno non è una “partecipazione nana” (24), non si applicandosi ad esso, dunque, l'art. 114 c.p., non potendo essere di minima importanza. Ma esse allargano l'area della responsabilità rispetto alla sentenza Demitry, escludendo che l'apporto debba avvenire in una fase di anormalità della vita dell'associazione (25). Ne risulta meno definito il secondo termine del rapporto causale, che è il vero punctum dolens di tutto l'istituto: la vita dell'associazione! Ma ne risulta meno definito anche il rapporto causale in sé considerato: infatti, anche se il processo a Corrado Carnevale si concluse con un'assoluzione dovuta fra l'altro alla mancata prova dell'avvenuto aggiustamento di processi, cioè dell'effettiva incidenza sulla decisione di condotte ex ante idonee a determinarla, nondimeno la definizione generale della causalità rilevante ex art. 110 e 416-bis c.p. utilizzata dalla S.C. rimane il medesimo concetto in realtà ancora ambigualmente prevalente sino all'inizio del XXI secolo nella giurisprudenza sul concorso esterno (26): un “contributo...idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione” (27). Una definizione compatibile con una mera idoneità causale ex ante.

5.5. Le successive Sez. Un. 12 luglio 2005, Mannino (28), affrontano in modo più chiaro e diretto questo punto centrale, innovando ancora rispetto alla sentenza Carnevale: innanzitutto esse realizzano un'applicazione dei principi delle Sezioni Unite “Franzese” sulla causalità (29) al concorso di persone in generale (30), escludendo radicalmente che si possa accertare ex ante la rilevanza causale del contributo di concorso. Esse si preoccupano quindi di meglio definire il secondo termine del rapporto causale nel concorso esterno, l'evento della partecipazione, e lo precisano riferendosi a condotte che “abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale, essendone derivati concreti vantaggi o utilità” per l'associazione (31), ovvero che “abbiano inciso effettivamente e significativamente...sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali” (32), escludendo altresì l'utilizzo “ausiliario” di contributi materiali inefficienti ex post come forme di “rafforzamento psichico” (33).

5.6. Senza potere analizzare in profondità questa evoluzione, possiamo dare atto che i grandi sforzi di tipizzazione lasciano ancora in ombra, nel 2005, il secondo termine del rapporto causale del contributo del concorrente esterno: se si pone una c.s.q.n. della sopravvivenza dell'associazione o del suo “rafforzamento” o di un risultato “utile” per le sue “capacità operative”, ognuno coglie come l'apporto possa, a seconda dei punti di vista, essere qualificato come agevolatorio o decisivo, o soltanto utile in riferimento a profili anche molto parziali della mera organizzazione dell'attività criminosa di un sodalizio. Non solo: se il secondo termine si allarga nel tempo, esso può diventare il punto di riferimento non più di singole e puntuali condotte di aiuto, ma di vari episodi ciascuno dei quali di per sé non rilevante. Annacquandosi così condotta ed evento in una forma partecipativa

“mista” protrattasi nell'abitudine. È come aver introdotto una nuova figura (sic) “tipica” di parte speciale, che per l'appunto oscilla tra il paradigma causale e quello organizzatorio. La definitiva sentenza di Cassazione che conferma la condanna di Contrada nel 2007, ammette esplicitamente che vi è una “complessiva condotta antiggiuridica” che “non può essere frazionata nelle sue complesse e continuative manifestazioni” di reato unitario e permanente (34).

5.7. La circostanza che qui non si abbia a che fare con un evento puntuale nello spazio-tempo (estorsione, omicidio, rapina commessi il giorno X nei confronti del soggetto Y), ma con uno stillicidio di condotte disperse negli anni o nei decenni, e che di per sé neppure devono costituire un reato autonomo, non può che conferire all'istituto un nucleo identitario problematico e inappagante di fattispecie aperta, superabile solo in prospettiva di riforma legislativa (35). Siamo infatti in presenza di “tipologie aggiunte” all'art. 416-bis c.p.: cioè fattispecie nuove, perché ogni figura partecipativa interna è un titolo autonomo di reato, come risaputo. Ma questo titolo autonomo è estraneo al 416-bis, dove ci sono tanti altri titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori), essendo stata abbandonata dal codice Rocco, qui, in queste ipotesi di parte speciale, la “concezione unitaria” del concorso di persone ex art. 110 c.p. Infatti, un “normale” concorso sarebbe un concorso nella partecipazione interna (titolo di reato cui si accede quoad poenam), mentre qui si partecipa dall'esterno alla associazione, che non è come tale un titolo di reato autonomo, ed è escluso da quelle previsioni. La funzione dell'istituto perciò è di creare un nuovo “titolo autonomo” di reato, che come tale non è di parte generale, ma di parte speciale, in quanto la regola di parte generale (art. 110 c.p.) è impiegata per l'invenzione giuridica di una tipologia comportamentale utilizzabile solo in questi reati associativi. Sarebbe come se una qualche nuova tipologia di istigazione fosse costruita ex art. 110 c.p. per allargare le sole forme di condotta del reato di istigazione a delinquere o di quello di atti di discriminazione razziale.

6. Il principio della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto e della “conoscibilità della pena” a esso irrogabile. — 6.1. Tra i principi di rilevanza costituzionale, da molto tempo e non da questa pronuncia riguardante l'Italia, dobbiamo annoverare, quale corollario dell'art. 7 Cedu, anche la prevedibilità della qualificazione giuridica di un fatto come un reato determinato: tale diritto del cittadino va oltre la formulazione della legge, del suo enunciato. Esso tocca direttamente il law in action, il diritto giurisprudenziale nella sua dimensione di Rechts-anwendung. Dalla legge al diritto (reinterpretata la legge: Rechts-auslegung), dal diritto ai casi, al rapporto tra legge e casi. Questo diritto alla prevedibilità/conoscibilità della qualificazione giuridica della condotta e comunque del fatto, supera totalmente il tema della precisione del testo. Preciso o meno che esso sia, legittimo o meno che sia una sua ri-lettura che lo renda eventualmente più tassativo, ciò che importa è che questa rilettura sia prevedibile-conoscibile al tempo della condotta e dunque non operi retroattivamente ex post facto.

Non tutto ciò che appare nuovo era imprevedibile ex ante. Spesso anzi un buon consulente avrebbe potuto avvertire che un certo comportamento si muoveva in un'area penale, magari con alternative qualificazioni possibili. Questo margine d'incertezza è “normale” nella vita del diritto.

Il problema vero non sorge quando su una determinata fattispecie vi sia qualche dubbio di qualificazione, ma quando essa possa ragionevolmente ritenersi estranea al penalmente rilevante e risulti invece incriminata ex post, oppure, se perseguita ex ante, lo sia in base a parametri indeterminati.

Nel dubbio, la prevedibilità non è esclusa, ma soltanto la certezza. C'è dunque un problema di carenza tassativa della legge, per come interpretata, qualora quell'incertezza sia patologica, permanga nel tempo e dia luogo a contrasti permanenti.

6.2. Sino ad oggi il difetto di tassatività dovuto a tali incertezze trovava soluzione (molto più teorica che pratica, invero) ex art. 5 c.p., nella misura in cui si poteva scusare il singolo per la carente conoscibilità oggettiva, in realtà, della legge: un difetto di sistema veniva riconosciuto “scusando” il singolo soggetto.

La giurisprudenza della Corte Edu, nel caso Del Rio Prada e nel caso Contrada, “rompe” con questa tradizione teorica e politica, anche se si esprime in termini di prevedibilità (36).

Essa non si concentra neppure sulla mera qualificazione giuridica, sull'esistenza di un istituto, ma si indirizza direttamente alle conseguenze: era possibile conoscere le conseguenze penali di quegli atti? l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 416-bis c.p., sapendo di essere estranei al sodalizio criminoso? Questa (ritenuta) impossibilità oggettiva, impersonale (non puramente soggettiva) elimina ogni richiamo a cause di esclusione della colpevolezza per orientare la soluzione in termini di doveri dell'ordinamento.

7. (Segue). Il difetto di tassatività come violazione di un diritto-dovere, non come “scusante” per il singolo. — 7.1. Una delle ragioni di maggiore perplessità rispetto all'affermazione della scusabilità degli errori “inevitabili” sulla legge penale, introdotta con la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale era costituita dall'ipocrisia di “scusare” il cittadino per una “colpa” dello Stato. Non solo gli errori inescusabili erano rilevanti quando dipendevano da situazioni soggettive del singolo, da problemi di inesigibilità personale di conoscenza della legge in qualche determinato caso, ma anche se la legge era inconoscibile per difetti di ordinamento, il “trasgressore” veniva mandato a casa con una pacca sulla spalla: incolpevole, ma trasgressore. Lo Stato non è fair, ma ti scusa (37).

Nel primo caso (cause soggettive d'inesigibilità/inconoscibilità (38)) la “scusante” era del tutto adeguata a restituire il senso della non punibilità, o meglio della “non colpevolezza”. Nel secondo caso (cause oggettive d'inesigibilità/inconoscibilità) l'incolpevolezza più che essere personale era dovuta a difetti del sistema, a una colpa dello Stato, delle sue leggi o delle sue istituzioni.

7.2. È per queste situazioni che si può dire che venga in gioco un vero “diritto” del cittadino che risulta violato. Non è vero, infatti, che si è commesso un fatto preveduto dalla legge come reato: ciò può essere vero per lo straniero che, entrato da poco in Italia, non conosca bene alcune sue discipline penalmente sanzionate. Nel caso qui ipotizzato si è commesso un fatto che oggettivamente non era chiaro se fosse reato oppure no. O meglio: un fatto che non era possibile oggettivamente qualificare come reato in modo affidabile per carenza di informazione cognitiva da parte del sistema sulle stesse condotte punibili. Il concorso esterno esisteva come tipologia di condotta, ma i suoi contorni non erano definiti e la sua stessa legittimità era da anni ancora sub iudice.

Questa situazione obiettiva, secondo la Corte Edu, era quella esistente al tempo delle singole condotte — giudizio di fatto — e viola un diritto del cittadino alla conoscibilità della materia del divieto e il dovere dello Stato di non punire retroattivamente quei comportamenti. Non è una situazione eccezionale, esterna al sistema e riconducibile al singolo, che renda per lui inesigibile l'osservanza o la conoscenza di una legge scontata. Non è una situazione personale.

7.3. Le “vere scusanti”, infatti, attengono a situazioni personali, codificate (per es. vizio di mente, costringimento psichico, erronea supposizione di una scriminante, ignoranza personalmente inevitabile della legge) o riconducibili a principi (per es. misura soggettiva della colpa, inesigibilità situazionale dell'osservanza di una regola adatta a un modello di agente o a una posizione di

garanzia), che introducono regole di giudizio per chi ha violato una regola di condotta (39): ma qui manca una statuizione della stessa regola di condotta.

Perché la regola di condotta è ancora vuota, incerta, imprecisa, o peggio, ancora in fieri.

Sotto tali presupposti non va scusato il singolo, ma responsabilizzato lo Stato. Questo il senso “politico”, ma anche “giuridico”, della sentenza Contrada, sotto questo profilo.

8. Prevedibilità vs. certezza e tipicità. Il giudizio di fatto sotteso alla decisione della Corte Edu e la sua ricognizione della tassatività del diritto interno. — 8.1. Naturalmente la Corte Edu basa la sua decisione su una valutazione di fatto, come tale del tutto controvertibile e sottoponibile a verifica. Rileggiamo.

“74...la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry.

75. Perciò, 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”.

Si noti bene: Contrada era accusato di violazioni di segreti d'ufficio e di favoreggiamenti realizzati per favorire esponenti di Cosa Nostra e tali ‘fatti’ non sono oggetto di contestazione nel processo europeo. Essi (alcuni) costituivano comunque reato. La Corte Edu afferma dunque che: a) le controversie interne sulla figura del concorso esterno non rendevano “prevedibile” la qualificazione di quei fatti ex art. 110 e 416-bis c.p.; b) solo nel 1994 ciò sarebbe avvenuto.

8.2. Tale duplice giudizio di fatto è ovviamente discutibile. Sub a): negli anni '80 era prevedibile la contestazione del concorso esterno da parte delle Procure per fatti analoghi. Non era invece prevedibile l'esito di un giudizio. Come anche oggi del resto.....Mancava dunque la certezza del diritto. E sub b): la sentenza SS.UU. Demitry del 1994 non ha affatto chiuso la discussione sui confini del concorso esterno, ma anzi la sua portata ricognitiva dell'istituto è stata via via rivista e anche ampiamente “estesa” dalle successive SS.UU. Carnevale del 2002 e Mannino del 2005 (40).

A ragionare in termini di certezza, dunque, dovremmo forse attendere almeno le SS.UU. Mannino del 2005 per dire che c'è stato un riordino più equilibrato dell'istituto (41). Ma neppure la Corte Edu si è sentita di spingersi tanto in là..

Da questo piccolo osservatorio possiamo fin d'ora rilevare che innumerevoli sono le questioni rese più certe (non necessariamente con soluzioni tutte accoglibili) da una decisione delle Sezioni Unite, ma in nessun caso tali decisioni hanno reso prevedibile la pena: semmai il contrario. O l'hanno resa più certa, se decisioni estensive della punibilità, quando prima quella pena era solo prevedibile; oppure, se restrittive della punibilità, hanno escluso per il futuro la prevedibilità di una pena che prima esisteva.

8.3. La questione circa la definizione migliorativa dell'inquadramento giuridico è comunque in parte di diritto, attenendo alla tassatività di una previsione. Sotto questo profilo, la sentenza della Corte Edu nel caso Contrada riguarda a nostro avviso una ricognizione della tassatività e della tipicità dell'istituto, non la semplice prevedibilità delle conseguenze di una condotta, come subito andiamo a chiarire.

9. Le precomprensioni sul 'caso' e le scelte razionali nella valutazione della sentenza europea su Bruno Contrada. — 9.1. Diciamoci la verità. Chi pensa che Contrada abbia comunque “fatto” ciò di cui viene accusato in sentenze passate in giudicato (e magari oltre quelle sentenze), perché dovrebbe preoccuparsi di “riabilitarlo” con una revoca di sentenza che non lo riabiliterà? Magari non si sarebbe realmente potuto azzardare una partecipazione interna? (42) O voleva egli davvero solo aiutare alcune persone affiliate, per ragioni del tutto personali e non di fiancheggiamento del sodalizio criminoso? Ha “giocato sporco” il suo ruolo di uomo della Polizia, della Criminalpol e poi dei Servizi segreti, per meglio lucrare posizioni di conoscenza privilegiata, perseguendo disegni paralleli tipici di un “doppio Stato” (43)? Queste diverse “precomprensioni” della vicenda possono condizionare sicuramente l'interprete. Poiché il senso di questa discussione giuridica ci indirizza verso una soluzione ermeneutica collettiva, comune, verso il problema giuridico generale che la sentenza solleva, non mi parrebbe opportuno farsi condizionare da conoscenze “eccentriche” al tema giuridico. Ciò posto, ritengo che sia comunque corretto esplicitare le premesse, renderle palesi. Noi muoviamo dal presupposto che sia esclusa giuridicamente e storicamente una partecipazione interna e che il concorso esterno (nelle modalità specificamente rilevanti per questo processo) non rappresenti un grado di coinvolgimento sempre facilmente percepibile nelle sue differenze rispetto al favoreggiamento personale aggravato (44). Però gli atti attestano una disponibilità servita all'intera associazione, non solo ai singoli.

Ma qui subentra una seconda precomprensione. A qualcuno forse proprio non è gradito che si possa interferire nella “lotta alla mafia” con questioni che attengono a mere qualificazioni giuridiche. Non si ammette che la magistratura antimafia venga sindacata “da Strasburgo” per aver supplito all'assenza di definizioni legali di fenomeni emersi da anni, per aver sostituito e difeso uno Stato assente, negligente o colluso. Anche questo vero pregiudizio deve essere tenuto fuori dalle premesse implicite della nostra argomentazione: si sta discutendo di un vizio di legalità che non va dissimulato perché riguarda la lotta alla mafia, presentando una valenza paradigmatica per altri processi e altri reati costruiti in sede giudiziaria per diversi tipi di criminalità. Il modesto impatto sul passato nel caso di specie (45) è invece giusto che sia bilanciato con possibili grandi vantaggi derivanti da più virtuose prassi future in molti altri casi.

9.2. È oggi comprensibile a chiunque che l'incertezza dovuta a contrasti sincronici di giurisprudenza sia patologica e debba essere risolta istituzionalmente in tempi brevi, implementando il ruolo delle Sezioni Unite (v. infra). Infatti, il perdurare di contrasti sincronici è capace di produrre una sostanziale violazione della certezza del diritto, ma ancor più di ingenerare una permanente decadenza della tassatività della legge.

Un simile evento si verifica soprattutto quando un nuovo istituto “di costruzione giurisprudenziale” è in corso di formazione. In tal caso, quell'incertezza permanente produce automaticamente un difetto di tipicità.

È richiesto, si capisce, che l'istituto abbia, come nel nostro caso, un'evidente “base legale” (l'art. 110, e anche l'art. 416-bis, c.p.). Ma tale base non significa che la legge (di parte generale) abbia predeterminato gli elementi della fattispecie che si accresce dentro a quella di parte speciale.

È stato puntualmente osservato, a seguito di specifiche analisi storico-comparate, che anche nell'Ottocento italiano esistevano sentenze per fatti analoghi e che in altri sistemi si giunge a soluzioni corrispondenti senza ricorrere al concorso esterno (46). Ma altrettanto innegabile è la formazione in progress di una fattispecie.

Orbene, la grande durata e l'instabilità di questa law in progress a base giudiziaria non sono tollerabili. Vero che decisioni di condanna (come di assoluzione), in tale situazione, restano

“prevedibili”. Però che cosa ce ne facciamo di questa prevedibilità nell'incertezza permanente? A che cosa serve se non a legittimare la perdurante violazione di doveri dello Stato?

E quale può essere la “sanzione” per tale vizio della legalità in action?

La Corte Edu, mescolando un po' imprevedibilità, incertezza e carenza di tipicità (espressione estranea al suo linguaggio, quest'ultima), ha applicato al diritto non tassativo e incerto la “sanzione” di quello imprevedibile perché nuovo e retroattivo. Ma questa sorta di confusione semantica è poi davvero censurabile?

A noi pare che una lunga carenza di tassatività di un istituto in formazione meriti la sanzione del diritto imprevedibile, proprio perché si tratta della costruzione ermeneutica di nuovi istituti. Il suo esito sociale, infatti, è quello di una violazione dei diritti di ogni destinatario dei precetti — sia anche un “delinquente diversamente qualificato” — di conoscere la legalità, e ciò per effetto di una perdurante violazione da parte delle istituzioni del dovere di definirne i contorni o il nucleo stesso. In questo senso, con le precisazioni (e differenti motivazioni) enunciate, ci pare di condividere pienamente il dispositivo della decisione della Corte Edu nel caso Contrada, la cui linea interpretativa abbiamo da tempo patrocinato e ritenuto doveroso introdurre nel sistema interno (47).

9.3. Il discorso è diverso nei tempi brevi di un fisiologico contrasto interpretativo.

La controversia dottrinale-giurisprudenziale in atto non rende imprevedibile una decisione: la rende incerta. È prevedibile che la decisione possa essere in un senso o in un altro, soprattutto quando alcune di diverso segno siano già state pronunciate, mentre non è sicuro di quale tenore essa possa essere. Questa incertezza del diritto, dunque, può mai essere “sanzionata” con la sua disapplicazione fino al momento di un guadagnato assestamento ricognitivo? Un tale esito pare francamente improponibile, peggio ancora del male a cui vorrebbe porre rimedio (48). Basterebbe una controversia giuridica seria per indubbiare qualsiasi decisione su di essa.

Per queste ipotesi, onde impedire che si giunga alla situazione patologica del consolidarsi irrisolto della controversia, è giocoforza attivare il più frequente intervento delle Sezioni Unite in funzione nomofilattica, sia esso o meno formalmente vincolante (v. infra) per le Sezioni semplici: un vincolo che peraltro dovrebbe essere introdotto — come da tempo patrocinato in dottrina (49), e previsto anche da recenti progetti di riforma (50), uniformando la disciplina processualpenalistica a quella civile e amministrativa.

Solo un intollerabile protrarsi di una patologica incertezza ermeneutica dovrebbe condurre alla sanzione dell'obiettiva imprevedibilità ‘di sistema’ delle decisioni in una materia relativamente nuova: cioè al riconoscimento della violazione di diritti di conoscenza che comportino la disapplicazione retroattiva delle sentenze in malam partem. Sennonché questa ‘sanzione’, attualmente, può essere solo europea, e non nazionale. Ma non deve escludersi neppure la possibilità di un controllo da parte della Corte costituzionale in sede di giudizio di tassatività, non di irretroattività (§ seg.).

10. La gestione degli “illeciti interpretativi” del passato e del futuro. — 10.1. Chi scrive ha respirato anni di piena libertà ermeneutica nella magistratura. Era bello sentirsi liberi quando ci si percepiva comunque come soggetti alla legge. Non c'erano sanzioni, è vero, ma c'era self-restraint (in diritto penale, beninteso).

Poi è venuto il tempo in cui una parte dei giudici ha cominciato e leggere le fattispecie penali come “mezzi per uno scopo” (non: mezzi che hanno uno scopo), strumenti utili per raggiungere obiettivi

politici anche esterni alla loro tipicità. Ermeneutica di lotta, vittimocentrica. Ed è aumentata, insieme alla conoscenza del diritto giurisprudenziale, la consapevolezza dei contrasti sincronici e di prassi dirette a concepire le fattispecie come strutture aperte, a dare spazio a illeciti atipici come se fossero contratti innominati, da ricondurre a qualche figura legale già esistente. È cresciuta anche, ma per fortuna soprattutto presso alcuni studiosi a tempo pieno, una cultura ermeneutica di massima libertà insofferente delle regole: l'interpretazione non sarebbe suscettibile di discipline deontologiche vincolanti, il testo sarebbe una struttura aperta e il legislatore un mero proponente. “Non esistono fatti, ma solo interpretazioni” (51).

10.2. La sentenza Contrada della Corte Edu costruisce invece una figura d'illecito: l'illecito dell'applicazione retroattiva di nuove regole non tassative. Non è propriamente un illecito d'interpretazione, ma di gestione ermeneutica del passato e del presente in virtù di nuovi strumenti d'incriminazione (siano essi di parte generale o speciale) e in assenza di una precisa tipicità. Questo illecito, si noti, può strutturarsi su una base del tutto legale: la legge è indeterminata (per es. l'art. 110 c.p.) e ha bisogno, se la si utilizza in chiave innovativa, di essere resa tassativa per trovare applicazione a fatti pregressi. Ma nel concorso di persone ordinario ci sono secoli di ermeneutica alla base dell'istituto. Rispetto alle innovazioni, finché questa tipizzazione interpretativa (52) non sia raggiunta, l'innovazione incriminatrice resta problematica, e se retroattiva illegittima. Non si tratta di una codificazione “europea” dell'istituto del prospective overruling: la sentenza Contrada non dice che in presenza di un (qualunque) “nuovo precedente” (53), o “nuovo caso” (54) il quale modifichi le pregresse applicazioni contrarie, esso dovrà trovare applicazione solo per il futuro. La decisione si muove ancora, al riguardo, se non nel solco, comunque nella cornice delle tradizionali concezioni dichiarative dell'interpretazione innovativa: nuove interpretazioni possono avere applicazioni normalmente retroattive, se rispondono pur sempre a un “contenuto normativo” che rientri tra i significati possibili e prevedibili al tempo della condotta (55), pur cambiando giurisprudenza. Quando una nuova applicazione è prevedibile, anche se il caso è nuovo, non può essere sanzionata come retroattiva. E se il caso è già noto, ma riceve una soluzione opposta, la prevedibilità di tale soluzione assicura una gestione del passato ragionevole, salvo il limite dell'inevitabilità dell'errore di diritto. Occorre pertanto avere ben chiaro che non stiamo parlando (v. retro, § 4) di semplice applicazione di una fattispecie a “casi nuovi”, mai recepiti in precedenza, ma neppure esclusi dalla sua portata. Non si mette in discussione la “normale” evoluzione interpretativa che è anzi percepita dalla giurisprudenza della Corte europea, ma anche dalle Sezioni Unite italiane, come una “qualità” della legge per la sua capacità di adattamento ai mutamenti sociali (56). Certo rimane molto problematica la “gestione” della prevedibilità, che la stessa Corte Edu manipola a seconda delle diverse circostanze (57). Ma siamo in presenza di un classico corto circuito ermeneutico: quis custodiet custodes? Ci chiediamo se sia diversa la legittimazione della “gestione ermeneutica” della sufficiente determinatezza da parte della nostra Corte costituzionale, che ha “salvato” quasi tutto il salvabile di regole del tutto indeterminate, attraverso la porta di sicurezza della previa interpretazione tassativizzante.

10.3. Piuttosto, ci troviamo qui in presenza della enucleazione di un fatto patologico: una intera serie di tipologie comportamentali nuove viene fatta rientrare in una fattispecie di parte speciale attraverso una lettura del tutto innovativa di una regola indeterminata di parte generale (o grazie alla costruzione di un nuovo tipo di parte speciale). La portata della nuova regola (nuova “norma” dentro a vecchie “disposizioni”) non è ancora consolidata e genera incertezza semantica. Impregiudicata la legittimità della costruzione di tale istituto (inammissibile se analogico o direttamente creatore del nuovo), rimane il fatto che il perdurare annoso (anni di contrasto, lo si ricordi, anni di contrasto) di incertezza sul contenuto reale della nuova regola produce una imprevedibilità sostanziale del diritto, confusa con la sua incertezza sistemica. La teorica prevedibilità sfuma dentro all'incertezza permanente del tipo.

Questa situazione — dice in sostanza la Corte — lede un diritto obiettivo e viola il dovere statale alla predeterminazione del contenuto normativo della materia del divieto penale. Essa equivale alla presenza di una norma penale che viola l'art. 25 cpv. Cost. per difetto di tipicità/tassatività.

Per tale motivo la sentenza Contrada della Corte Edu equivale a un giudizio di insufficiente determinatezza/tipicità della norma prima del 1994. Essa dovrebbe essere colpita, tanto più per i casi dove la pena è già stata espiata come nel caso Contrada, da effetti analoghi a quelli di un giudizio di illegittimità costituzionale, cioè la revoca della sentenza ex art. 673 c.p.p.: vuoi applicando analogicamente tale disciplina, vuoi per effetto di intervento della Corte costituzionale o del legislatore. Non è un “minus” rispetto a un revirement giurisprudenziale in bonam partem (come invece nel caso giudicato da C. cost. n. 230/2012): è molto di più (58).

10.4. Che cosa avrebbero dunque dovuto fare i giudici nel 1996 (prima sentenza del Tribunale di Palermo)? Certo non esisteva allora un dovere consolidato di promuovere decisioni nomofilattiche delle Sezioni Unite (peraltro non attivabili dai giudici di merito...) e dunque non esistono “illeciti interpretativi” ascrivibili ai singoli. Il problema resta di sistema. Valutato ex ante il comportamento della magistratura non aveva allora i parametri ordinamentali e istituzionali odierni per apprezzare l'urgenza d'interventi nomofilattici superiori: valevano del resto le concezioni dichiarative delle interpretazioni innovative sopravvenute, anche in peius. E lo Stato si guardava bene dall'intervenire in Parlamento. Restava, in ipotesi, l'art. 5 c.p. come scusante non tanto soggettiva (la quale rimane e può operare nei suoi confini a fronte di regole pur sempre chiare), quanto ancheobiettiva, allorché il diritto incerto sia in fieri, in cerca di stabilizzazione, e non si possa pretendere che si interrompa la sua costruzione (là dove ammessa dall'art. 25 cpv. Cost.): sì che non resta che scusare i singoli, anche se solo temporaneamente, in vista di una certezza da raggiungere in modo tempestivo. Oggi, però, osservando ex post il perdurare annoso dell'incertezza definitiva del nucleo del concorso esterno, non possiamo continuare a non vedere o a dissimulare la violazione obiettiva del parametro della tipicità e della tassatività dei reati che è alla base del diritto alla conoscibilità della materia del divieto.

10.5. Ci chiediamo ora. Quanti casi Contrada abbiamo nel sistema? L'impressione è che non ce ne siano molti, se circoscriviamo la portata della decisione nei termini sopra tratteggiati. A parte tutti i fratelli, non sempre minori. Ma ci sono altre fattispecie coinvolte. Certo, nella parte speciale si sono costruiti nuovi “disastri” innominati (prima delle riforme, con l'autorizzazione della stessa Corte costituzionale!) (59), nuove corruzioni per la funzione (prima delle riforme), nuove omissioni di cautele antinfortunistiche in chiave preventiva di malattie professionali, anziché d'infortuni sul lavoro etc.: estensioni in bilico tra l'analogia e la costruzione diretta di nuove fattispecie. Ora che la sensibilità degli interpreti è stata sollecitata (oseremmo dire: “ri-educata”?) dalla giurisprudenza della Corte Edu, il suo insegnamento potrà orientare la gestione del passato, ma soprattutto del futuro.

10.6. La giurisprudenza europea, lo si segnala da tempo, disinnesci il tema dell'analogia (60). Un'esatta distinzione tra interpretazione estensiva e analogica — quasi una quadratura del cerchio per ogni interprete — è pragmaticamente sdrammatizzata dal fatto che conta di più la prevedibilità del nuovo diritto: ferma in linea di principio quella distinzione, essa diviene negli esiti meno importante, perché se prevedibile il novum, esso comunque potrà essere “dichiarato” in una decisione che si applica al passato. Altra questione è se sia illegittima o sbagliata l'interpretazione. Da lasciare alle soluzioni del diritto “nazionale”.

Però il problema, a livello di diritto interno, rimane grave. Noi non temiamo le analogie palesi, che quasi non esistono, ma quelle occulte. E ancor di più temiamo la diretta costruzione di nuove

fattispecie. Se ce le annuncia il Praetor nel suo “editto” annuale che differenza fa, dato che neppure lui è vincolato, nel nostro ordinamento, alle proprie pronunce?

A ciò si aggiunga la continua rilettura di vecchi istituti (e disposizioni) in chiave regolarmente estensiva della punibilità.

11. Corte Edu, Sezioni Unite, Corte costituzionale e Rule of law. — 11.1. L'insegnamento della sentenza Contrada della Corte Edu è nel segno di una responsabilizzazione forte dei doveri dello Stato e delle sue istituzioni verso la garanzia di un diritto conoscibile ex ante. La soluzione pratica più immediata rimane quella dell'incremento del ruolo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in funzione preventiva del cronicizzarsi di conflitti sincronici e stabilizzatrice del diritto nuovo. Si tratta dunque di una soluzione istituzionale, che chi scrive, insieme ad alcuni studiosi rimasti in minoranza (61), da tempo ha indicato come imprescindibile, e capace come tale di introdurre regole prescrittive, deontologiche nelle prassi dell'ermeneutica, senza produrre intollerabili conformismi burocratici.

Ma il discorso tocca da vicino anche la Corte costituzionale: che ha gestito l'art. 25 cpv. Cost., in punto di tassatività/determinatezza, con una timidezza che ha ammansito anche i più celebri sostenitori del diritto penale a base costituzionale: tutto l'approccio costituzionalistico è rimasto indebolito da queste resistenze a sanzionare le promesse non mantenute (62) di quel principio. Se oggetto del sindacato è la 'norma' più che la 'disposizione', che si prenda sul serio l'esistenza patologica di contrasti sincronici permanenti che svuotano la tassatività della norma reale. Dobbiamo dunque salutare con favore la riviviscenza del principio, anche se attraverso percorsi indiretti (via irretroattività) che potevano essere benissimo seguiti in modo più lineare dalla Corte costituzionale sulla base del testo della Carta del 1948: perché dobbiamo attendere “sanzioni” da Strasburgo o da Lussemburgo per riscoprire i nostri principi? Perché non deve essere possibile eccepire la carenza di tassatività di una norma introdotta da nuove letture e permanentemente non consolidata dopo anni di conflitti? Solo perché il Parlamento è latitante? O esattamente per questo occorre un bilanciamento con soluzioni tipiche dello Stato di diritto, e non da Stato giudiziario?

La risposta reale al problema, però, a parte i doveri definitivi inadempiti dal Parlamento, rimane quella di un costume ermeneutico di self-restraint e di rispetto sostanziale della tassatività quale obiettivo “costituzionalmente orientato” dell'attività costruttiva, non meramente ricognitiva, dell'interprete (63): con le garanzie dei predetti controlli di Sezioni Unite e Corte costituzionale. Per quella del legislatore, anche la Corte Edu non offre e non può offrire indicazioni rilevanti: la sua declinazione della determinatezza è soprattutto concentrata sul diritto giurisprudenziale.

11.2. Come sappiamo bene, quando la criminalità organizzata e quella d'impresa riescono a infiltrarsi nelle istituzioni e in Parlamento, può accadere che certe riforme ritardino di decenni e che solo il diritto giurisprudenziale svolga un ruolo esso stesso di “contropotere”. Questa patologia di sistema si misura su un piano distante e con forze superiori a quelle di qualsiasi studioso di cose penalistiche. Quando lo Stato non c'è, possiamo fingere che l'« ordine giuridico » resti quello di una legalità assente o sovranazionale: ma non siamo sicuri che tale ordine sia giuridico solo perché pronunciato in qualche sentenza. Nella tutela del principio di tassatività — che riguarda la riconoscibilità del contenuto della norma giuridica penale e delle sue conseguenze sanzionatorie tipiche, dopo l'interpretazione di una disposizione di legge —, la declinazione della legalità europea si spinge oggi più avanti della Corte costituzionale (64). Questa tutela disturba la libertà di manovra della magistratura ed è già stata ampiamente avversata da tale istituzione, che viene imputata di avere violato per alcuni anni la legalità penale, addirittura da Falcone in avanti. Essa farà di tutto per respingere quest'accusa, con argomenti solo in parte spendibili nella fattispecie (v. retro, i §

