

# Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne

## Objective, Subjective and Evolutionary in Foreseeability of the Judicial Decision Between European Jurisprudence and Our Own Judgments

SILVIA DE BLASIS

*Dottoranda di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi Roma Tre  
silvia.deblasis@uniroma3.it*

PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIALI,  
DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

FORESEEABILITY OF JUDICIAL DECISIONS,  
CASE LAW

### ABSTRACT

Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale costituisce, come noto, un corollario della legalità europea. Ad un esame approfondito della giurisprudenza EDU, emergono tuttavia diverse accezioni, tanto da potersi individuare tre possibili criteri definitori rispetto ai quali muta pure il ruolo del contrasto giurisprudenziale e del precedente qualificato. Tale "poliformità" si riflette peraltro anche sulla giurisprudenza comunitaria. Non resta allora che interrogarsi sull'oggetto, sui parametri e soprattutto sui limiti della prevedibilità stessa, da rapportare ormai, in un'ottica di lucido realismo, alla qualificazione giuridica del fatto e al relativo trattamento sanzionatorio piuttosto che all'esito giudiziario esposto a un'infinità di variabili, queste sì davvero imprevedibili.

The principle of foreseeability of the judicial decision constitutes, as known, an addition of European legality. Through a meticulous research of case-law, however, appear different meanings of this principle, as a matter of fact, it seems to be possible to identify three possible defining criteria respect to which the role of the jurisprudential contrast and the qualified precedent also changes.

This plurality of forms is also reflected in the European jurisprudence and in our own jurisprudence.

We must ask ourselves about the object, about the parameters and especially on the limits of the predictability to relate in a realistic perspective and to the legal classification of the fact and to the relative sanctioning treatment rather than to the judicial outcome exposed to infinite variables, these are unpredictable.

## SOMMARIO

1. Premessa: il principio di prevedibilità quale corollario della legalità europea. – 2. “Evolutivo”, “soggettivo” e “oggettivo” quali criteri del giudizio di prevedibilità della decisione. – 2.1. Il criterio evolutivo: il caso S.W. c. Regno Unito. – 2.2. Il criterio soggettivo: Groppera Radio c. Svizzera e Soros c. Francia. – 2.3. Il criterio oggettivo tra *law in the books* e *law in action*: *Sunday Times* c. Regno Unito e altri. – 3. Il riferimento al “precedente qualificato”: il caso *Contrada* c. Italia. – 3.1. (segue) Il richiamo alla sentenza Demitry come avulso dalla “contestazione in fatto”: il rischio di un *overruling* sfavorevole per i “fratelli minori” di Contrada. – 3.2. Il contrasto giurisprudenziale come possibile indice di prevedibilità. – 3.3. Le ricadute interne. Il concorso esterno non esiste... o forse sì: i casi Ciancio, Trematerra e Dell’Utri. – 4. La precisione quale requisito di “prevedibilità”. Quando l’“accessibilità” non basta: il caso *de Tommaso* c. Italia e le SS.UU. Paternò (in attesa della Corte Costituzionale). – 5. Riflessi della prevedibilità nella giurisprudenza comunitaria: il caso *Taricco* e il suo epilogo. – 6. Uno sguardo alla prevedibilità e applicazioni nella giurisprudenza interna. La Corte Costituzionale tra determinatezza e colpevolezza: la “soluzione” dell’art. 5 c.p. – 6.1. (segue). La Corte di Cassazione: solo due esempi in tema di concorso apparente di norme e tentativo di rapina impropria. – 6.2. La “mossa” del legislatore: il vincolo (a metà) del precedente qualificato alla luce della Riforma Orlando (l. n. 103/2017). – 7. Osservazioni conclusive sulla residua incertezza dell’oggetto e del criterio di prevedibilità: dall’esito giudiziario alla qualificazione giuridica del fatto nei termini della sentenza Drassich.

## 1.

## Premessa: il principio di prevedibilità quale corollario della legalità europea.

È affermazione ormai tralatizia che attraverso la «rigorosa osservanza della lettera di una legge penale [...] acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta, perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché li mette nel caso di esattamente calcolare gl’inconvenienti di un misfatto»<sup>1</sup>. Il concetto di prevedibilità degli ‘inconvenienti’ derivanti dall’inosservanza delle leggi era già presente – come visto – nel pensiero di Beccaria il quale, però, evidentemente lo intendeva come monito per il legislatore affinché emanasse leggi chiare e precise onde evitare che l’attività del giudice superasse il compito di applicare la disposizione attraverso un “sillogismo perfetto”.

Come noto, l’art. 7 CEDU sancisce letteralmente solo l’irretroattività della legge, ma dottrina e giurisprudenza lo hanno interpretato ugualmente come portatore anche dei due principi fondamentali del *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>2</sup>.

Tuttavia, l’interpretazione convenzionalmente orientata di tale principio è ben lontana da quella che, a partire dall’illuminismo, ha unito i penalisti in una sorta di “cittadella fortificata”<sup>3</sup> all’interno della quale il ruolo di fonte del diritto penale era riconosciuto solo alla legge intesa come atto emanato dal Parlamento<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Newton, Roma, 2012, § IV, p. 35.

<sup>2</sup> Si veda, tra gli altri, BERNARDI A., “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell’università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, 2006 p. 41; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006; VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007 p. 42; ZAGREBELSKY G., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 2/2008.

<sup>3</sup> L’espressione è di PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. Pen.* fasc. 7-8, 2016, p. 2695.

<sup>4</sup> Come noto, da diverso tempo ormai, il corollario della riserva di legge conosce una profonda crisi di cui l’incidenza del diritto europeo e, soprattutto, della giurisprudenza sovranazionale, rappresenta solo una delle cause. Per una ricognizione della crisi della riserva di legge si veda, tra gli altri, EUSEBI L., *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2016, p. 1668; FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari, 2017; ID., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, p. 0013; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 84 ss; ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, pp. 1255 ss.; INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, pp. 285 ss; MANNA A., *Il principio di legalità*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2017; MEZZETTI E., *Diritto penale. Casi e materiali* – II edizione, Zanichelli, 2017, pp. 3 ss.; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Cedam, Padova, 1979; ID. *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, pp. 1294 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, n. 3/2016; PINO G., *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 167 ss.; TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, 1/2017, p. 60; relativamente alla mancanza di determinatezza delle clausole generali, CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Leg. Pen.*, 5 giugno 2017.

La legalità penale europea non è esattamente corrispondente a riserva di legge<sup>5</sup>, ma vi è una commistione tra sistemi di *common law* e *civil law* che, di fatto, finisce per equiparare il diritto di origine giurisprudenziale a quello che riconosce il ruolo di fonte solo alla *lex positiva*<sup>6</sup>. Non solo, peraltro, il principio di legalità europea è ritenuto compatibile con un diritto giurisprudenziale<sup>7</sup> ma la Corte EDU ha spesso messo in evidenza la necessità della funzione interpretativa della giurisprudenza<sup>8</sup> nonché la sua perfetta compatibilità con la lettera dell'art. 7 CEDU, a patto che la scelta applicativa risulti concretamente prevedibile<sup>9</sup>.

Nel testo dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non vi è traccia della parola "legge", neppure nella traduzione ufficiale in lingua italiana, ma si parla piuttosto di "diritto" che evidentemente esprime un significato molto più ampio tanto da ricomprendere nel § 2 dell'art. 7 CEDU<sup>10</sup>, persino i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili<sup>11</sup>.

Quella accolta a livello europeo è quindi una concezione autonoma di legge fondata su un modello ermeneutico che abbandona la visione strettamente formale per abbracciare una concezione sostanziale<sup>12</sup>, la cui tenuta garantistica sarebbe assicurata dal ricorso ai criteri di conoscibilità della norma e prevedibilità delle conseguenze della propria condotta<sup>13</sup>, prevedibilità riferita anche all'interpretazione che alla *lex scripta* dà la giurisprudenza<sup>14</sup>. Certamente sussulterebbe Beccaria che, riducendo l'interpretazione a mera operazione sillogistica, riteneva non vi fosse cosa più pericolosa della necessità di consultare lo spirito della legge<sup>15</sup>.

La prevedibilità, dunque, che trova senza dubbio una base costituzionale nel combinato disposto di cui agli artt. 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost., risponde certamente a una logica di tutela dei diritti soggettivi del destinatario della norma, ma è funzionale anche alla tutela di principi e interessi oggettivi costituzionalmente garantiti tra cui l'uguaglianza e parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost. e, più in generale, risponde ad una logica di arricchimento delle garanzie

<sup>5</sup> La stessa Corte Costituzionale nella sent. n. 230/2012 ha specificato che «il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza nell'assetto interno – della riserva di legge nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.». In senso difforme si veda, FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale*, cit. secondo cui «questo assunto della minore comprensività della legalità convenzionale andrebbe riconsiderato, poiché vi sono aspetti della legalità europea che viceversa arricchiscono in particolare la dimensione garantistica della legalità domestica, nella misura in cui proiettano l'esigenza di tassatività e di conoscibilità preventiva del precetto penale anche sul versante dell'applicazione giurisprudenziale, in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria» p. 0025; ID., *Prima lezione di diritto penale*, cit., nel quale l'Autore si chiede se «in una prospettiva di arricchimento delle garanzie del cittadino, è possibile promuovere sin da ora un processo di progressiva integrazione della dimensione nazionale e della dimensione europea della legalità penale», p. 147; nonché VIGANÒ F., *Il nullum crimen contesto: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 9 ss.

<sup>6</sup> Sul punto ZAGREBELSKY G., in *La Convenzione europea*, cit., ha evidenziato come ciò determini una perdita della protezione europea rispetto al significato della riserva di legge che rappresenta, in particolare, la garanzia del dialogo tra maggioranza e opposizione.

<sup>7</sup> Per una puntuale analisi dello sviluppo della giurisprudenza – fonte si veda DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *questa Rivista*, 3/2016.

<sup>8</sup> Per es., Corte EDU, Grande Camera, 10 luglio 2012, *Rio Prada c. Spagna*, ric. 42750/09.

<sup>9</sup> Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, serie A n. 335 B.

<sup>10</sup> «In nessun caso può considerarsi in contrasto con il principio di legalità in materia penale la condanna di un individuo per un'azione o omissione considerata criminale in base ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili e, dunque, anche in assenza di un'espressa previsione nella legge nazionale dello Stato di appartenenza o nel diritto internazionale al momento del fatto».

<sup>11</sup> Si veda, per es., Corte EDU, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ric. n. 34004/96; Corte EDU, 22 marzo 2001, *K. – H.W. c. Germania*; Corte EDU, 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, ric. 74613/01.

<sup>12</sup> Per es. in Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. 13166/87, §48 i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente la previsione legale in quanto il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla giurisprudenza precedente che enunciava i limiti in cui potevano essere formulate opinioni sull'operato dei giudici. Sul punto in dottrina si veda, per esempio, DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, pp. 11 ss.

<sup>13</sup> Così DE AMICIS G., *Legalità "europea" e rimedi interni: il caso Contrada*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2016.

<sup>14</sup> La Corte EDU ha ritenuto la nozione di "diritto" ex art. 7 CEDU pienamente valida anche per i sistemi di *civil law*, alla luce del contributo che anche in questi sistemi viene offerto dalla giurisprudenza in merito all'effettiva portata dei precetti nonché all'evoluzione del diritto penale. Sul punto si vedano, per esempio, Corte EDU, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, ric. n. 1845/08; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03; Corte EDU, Grande Camera, 24 aprile 1990, *Krusiln c. Francia*, serie A – 176 – A.

<sup>15</sup> Si veda, per esempio, un passaggio della celeberrima opera dell'Autore in cui egli afferma che «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia dare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. [...] Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni...», in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., § IV, p. 34.

Sull'importanza ancora oggi del sillogismo, ma non senza l'interpretazione ai fini della garanzia di tassatività della norma si veda DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *questa Rivista*, 3/2016, p. 31.

dei consociati<sup>16</sup>.

Né deve ritenersi che una tale argomentazione valga solo per i paesi di *common law* dal momento che, come si vedrà più diffusamente nel prosieguo della trattazione, per i giudici di Strasburgo il problema del potere interpretativo deve essere affrontato limitatamente agli effetti sulla concreta conoscibilità della norma penale da parte del cittadino non rilevando la sua legittimità quale fonte del diritto<sup>17</sup>.

Non v'è dubbio, però, che il nostro ordinamento, come quello degli altri paesi di *civil law*, sia costruito in modo diverso con la previsione che il giudice sia sottoposto alla legge e che, almeno in teoria, alcun ruolo quale formante può essere attribuito alla giurisprudenza<sup>18</sup>: basti pensare a quanto è stato riaffermato a chiare lettere dalla Corte Costituzionale che, nella nota sentenza n. 230/2012, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale riaffermando, in tal modo, il principio di legalità fondato sulla riserva di legge.

Preliminarmente, occorre precisare la portata della legalità intesa come prevedibilità e, nello specifico, cosa debba essere concretamente prevedibile. Sul punto è totalmente condivisibile l'opinione secondo cui il principio in commento implica almeno tre corollari e, in particolare, «occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: a) se la condotta stessa sarà considerata *illecita*; b) se, oltre che genericamente illecita, la condotta sarà considerata altresì *penalmente rilevante*; e infine c) quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto a processo»<sup>19</sup>.

È evidente che per un sistema di *civil law* come il nostro, sembrerebbe, di primo acchito, doversi affermare che la prevedibilità dovrebbe essere garantita da una legge precisa e determinata che non lasci spazio a dubbi interpretativi e, conseguentemente, a facili manipolazioni da parte dei giudici.

A tal proposito, in dottrina<sup>20</sup> si è osservato che la legalità *sub specie* della prevedibilità trova reale ed effettiva attuazione solo nel diritto vivente con la conseguenza, nei Paesi in cui non vige il precedente vincolante, di una inevitabile faglia che non consente il pieno rispetto del principio se non attraverso una riforma del sistema o, quantomeno, la presa di coscienza (e conseguente maggiore responsabilizzazione<sup>21</sup>) da parte dei giudici del ruolo centrale che rico-

<sup>16</sup> Sul punto si vedano, tra gli altri, VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 8 ss.; FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 146, secondo il quale «sotto il profilo specifico della salvaguardia della "certezza di libere scelte d'azione" [...] la legalità penale europea finisce con l'avere un contesto garantistico più ricco e articolato a confronto di quella nazionale. Il concetto di legalità penale in base all'art. 7 CEDU appare invece comparativamente meno comprensivo di quello desumibile dall'art. 25 co. 2 della nostra Costituzione sotto il diverso profilo della garanzia democratica dal momento che l'art. 7 non prevede la "riserva di legge"».

<sup>17</sup> DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., definisce la giurisprudenza di Strasburgo quale «manifesto vivente dell'antiformalismo: nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale».

<sup>18</sup> Sul punto si veda PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2/2015, nel quale l'Autore spiega che lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento e evidenzia come la riserva di legge sia lo strumento più soddisfacente e in linea con la nostra storia penalistica. L'Autore, specificando che la soggezione del giudice alla legge rappresenta un punto di forza del nostro ordinamento, si chiede anche «quali effetti potrebbero attendersi da un ipotetico mutamento dello statuto formale (nella capacità formale di vincolo) del precedente giurisprudenziale» giungendo alla conclusione che «dall'angolo visuale del cittadino, destinatario di doveri e potenziale parte nel processo, vedrei più rischi che vantaggi»; FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale*, cit., secondo cui «è presumibile che il cittadino privo di spiccata sensibilità politica abbia più interesse alla "certezza" dei divieti già emanati che non alla genesi più o meno democratica dei divieti ancora da emanare»; ID., *Diritto giurisprudenziale penale tra orientamenti e disorientamenti*, ed. scientifica, Napoli, 2008, in cui l'Autore afferma che «il diritto penale giurisprudenziale non può continuare ad essere guardato con sufficienza intellettuale o peggio con sospetto e preoccupazione quasi si tratti di un attentato al sacro principio della riserva di legge, di una formazione abusiva da debellare o comunque arginare per la sua perniciosità», p. 12; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., per la quale «la giurisprudenza della Corte Edu ha palesato quel che era già ovvio: non esiste un rapporto "causa/effetto" tra riserva di legge e garanzie del reo e nemmeno tra formalismo interpretativo e garanzie del reo» p. 12.

<sup>19</sup> Cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., pp. 2 ss., (corsivi dell'Autore) al quale si rimanda per una compiuta analisi dei corollari del principio in commento. Per quanto concerne la prevedibilità del *quantum* della sanzione applicabile si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; sulla prevedibilità in tema di esecuzione della pena si veda, invece, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit..

<sup>20</sup> Il riferimento è a CADOPPI A., in *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. Pen.*, 2014, secondo cui «la legalità, come principio che postula la prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni, trova attuazione effettiva soprattutto relativamente alla legge come interpretata dai giudici, ovvero, detto altrimenti, al "diritto vivente"».

<sup>21</sup> Della necessità di attribuire ai giudici una maggiore responsabilità parla anche VIGANÒ il quale in *Il principio di prevedibilità della decisione*, cit., spiega che sui giudici comuni, di legittimità e di merito, «incombe la maggiore responsabilità nell'assicurare, nella pratica, che il diritto penale abbia contorni certi e, pertanto, ragionevolmente prevedibili da parte dei suoi destinatari», p. 43 e in *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale?*, in *Dir. pen. cont.*, dove parla di responsabilizzazione della giurisprudenza «affidandole in maniera esplicita il compito di rendere prevedibili le condanne future, attraverso le opzioni interpretative cristallizzate nelle proprie sentenze», p. 17.

prono nell'attuazione del principio di prevedibilità<sup>22</sup>.

## 2.

### “Evolutivo”, “soggettivo” e “oggettivo” quali criteri del giudizio di prevedibilità della decisione.

In assenza di un criterio formale sarebbe necessario individuare un indice concreto idoneo ad accertare oggettivamente la prevedibilità della decisione. La Corte di Strasburgo non pare, tuttavia, aver adottato un criterio unitario per giudicare se l'esito giudiziario sia prevedibile o meno e ha più volte modificato i criteri utilizzati talvolta discostandosi totalmente dal dato formale e giudicando imprevedibile una decisione seppure fondata su una base legale; altre volte, fondando la propria decisione sulle particolari qualifiche soggettive del ricorrente, ha valutato come conoscibile l'illiceità della condotta e altre ancora ha ritenuto prevedibile perfino la decisione fondata meramente sul mutamento sociale disarticolando totalmente, in tal modo, il giudizio di prevedibilità da criteri valutabili concretamente e oggettivamente.

Da una disamina delle pronunce della Corte EDU è possibile individuare tre differenti criteri utilizzati dai giudici di Strasburgo i quali, però, non hanno rappresentato alcun vincolo di conformazione per la giurisprudenza successiva e, anzi, la Corte ha spesso smentito se stessa non valutando affatto elementi sui quali in pronunce precedenti aveva basato il giudizio di prevedibilità.

Recentemente si è fatto ricorso al *criterio c.d. oggettivo* valutando la prevedibilità della decisione attraverso la verifica della sussistenza di una norma precisa e determinata e, soprattutto, di una interpretazione stabile tanto nei sistemi di *common law* quanto in quelli di *civil law*.

Non mancano, tuttavia, pronunce in cui la Corte ha utilizzato criteri diversi come nel caso *Muller c. Svizzera*<sup>23</sup> in cui è stata giudicata prevedibile una decisione basandosi sul fatto che il significato del termine “oscene” appartenesse alle *Kulturnormen* e, pertanto, potendo essere ritenuto condiviso dalla coscienza sociale, doveva considerarsi prevedibile. Nella più nota pronuncia del caso *S.W. c. Regno Unito*<sup>24</sup> la Corte ha perfino ammesso la prevedibilità di un *overruling* sfavorevole dovuto al fatto che la riprovevolezza della violenza sessuale commessa dal marito in danno della moglie era ormai consolidata nel senso comune.

Una valutazione, dunque, totalmente svincolata dal criterio formale e, soprattutto, non fondata su parametri oggettivamente dimostrabili. In queste pronunce la Corte ha basato il giudizio di prevedibilità esclusivamente sull'evoluzione sociale del disvalore della condotta posta in essere<sup>25</sup>.

In altri casi si è invece abbandonato il criterio oggettivo anche a vantaggio di un ulteriore indice basato sulle caratteristiche dei ricorrenti e sul dovere di conoscenza per determinate categorie di soggetti. Se nel noto caso *Soros c. Francia*<sup>26</sup> è stato utilizzato il *criterio c.d. soggettivo in aggiunta a quello oggettivo* trattandosi di un caso di assenza di precedenti giurisprudenziali che chiarissero la portata della normativa vigente relativa al reato di *insider trading*, nella vicenda *Groppera Radio c. Svizzera*<sup>27</sup> il *criterio soggettivo* appare essere stato utilizzato *in via esclusiva* trattandosi di una norma non ancora pubblicata che, però, è stata giudicata accessibile dai ricorrenti in ragione della professione svolta.

<sup>22</sup> Sul punto, si veda FIANDACA G., in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, secondo cui il principio di legalità e ruolo creativo dei giudici rappresentano “due poli” che devono trovare un punto di contatto tanto sul piano teorico quanto su quello politico – istituzionale stante l'impossibilità della legalità formale di arginare l'interpretazione dei giudici. Per il ruolo dei giudici comuni nell'attuazione del principio di prevedibilità si rimanda ancora a VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in cit., pp. 23 ss..

<sup>23</sup> Corte EDU, 24 maggio 1988, *Muller C. Svizzera*, ric. n. 10737/84.

<sup>24</sup> Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito*, Serie A nn. 335 B e C.

<sup>25</sup> Si veda, sul punto, PERRONE D., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra resistenze ermeneutiche e istanze garantistiche*, in *Leg. Pen.*, 13 marzo 2017, p. 20 secondo la quale «il criterio della corrispondenza al disvalore dell'illecito sembrerebbe presentare delle assonanze, più che con la legalità, con il requisito della coscienza dell'offesa, ma “in negativo” come sua assenza. L'agente sarebbe punito solo se si rappresenta o può rappresentarsi la portata offensiva della propria condotta, a prescindere dalla pre-esistenza di una legale previsione incriminatrice».

<sup>26</sup> Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06.

<sup>27</sup> Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a.c. c. Svizzera*, ric. n. 12726/87.

## 2.1.

### *Il criterio evolutivo: il caso S.W. c. Regno Unito.*

Nelle due celebri sentenze 'gemelle' *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*<sup>28</sup>, la Corte Edu ha dato conto, forse per la prima volta<sup>29</sup> in questi termini, di come il criterio della prevedibilità della decisione possa essere del tutto disarticolato dal dato formale e dal precedente giurisprudenziale.

Si è trattato di due episodi di violenza sessuale in danno delle rispettive mogli, una consumata e l'altra solo tentata, in cui entrambi gli autori del fatto sono stati condannati nonostante vi fosse un principio di *common law* enunciato da Sir Matthew Hall nel 1736 secondo il quale la violenza coniugale doveva essere considerata scriminata in virtù del consenso prestato nel contratto di matrimonio.

In entrambi i casi la Corte Edu ha ritenuto che la condanna delle corti nazionali, anche in mancanza di precedenti e, anzi, nonostante il summenzionato principio di *common law*, fosse perfettamente prevedibile, visto il mutamento in materia del 'senso comune'. In particolare, il ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art. 7 CEDU perché i giudici territoriali lo avevano condannato sulla base di un *revirement* emerso in data successiva a quella in cui aveva commesso il fatto. Ripercorrendo gli orientamenti in tema di *marital rape*, era risultato il mutamento del 'senso comune' dovuto *in primis* al fatto che l'immunità era stata concepita in un periodo storico in cui il matrimonio era inteso quale legame indissolubile e ciò era evidente in alcune pronunce secondo le quali il consenso al rapporto sessuale derivante dal matrimonio non doveva più ritenersi sussistente in caso, per esempio, di un ordine del tribunale, di un decreto di separazione legale o di sentenza provvisoria di divorzio o anche in caso di una dichiarazione di separazione tra i coniugi.

Tuttavia, a fronte di sentenze che escludevano qualsiasi tipo di esenzione coniugale alla legge sulla violenza, ve ne erano altre che confermavano il principio di *common law* ovvero che, pur confermandolo, aprivano la strada ad eccezioni e talvolta, altre ancora che valutavano come sufficiente ad escludere l'immunità un qualsiasi accordo anche implicito di separazione come poteva ritenersi, nel caso di specie, la circostanza che i coniugi, a causa della crisi del rapporto, dormivano separati<sup>30</sup>.

S.W. lamentava il fatto che il giudice nazionale avesse deciso di applicare il principio enunciato dal giudice Owen nel caso *R. v. R.* nonostante la sentenza fosse stata emessa il 14. 3.1991 e quindi in epoca successiva al 18. 9.1990, data in cui lui aveva commesso il fatto quando, a suo dire, benché il principio venisse messo in discussione, non c'era ancora stato un mutamento giurisprudenziale consolidato.

Invero, il principio di diritto enunciato da Sir Matthew Hall appariva «*not only quite artificial but certainly in the modern context, was also quite anomalous. Indeed, it was difficult to find any current authority or commentator who thought that it was even remotely supportable*»<sup>31</sup>.

La Corte, pertanto, dopo aver ribadito quanto già chiarito nella sentenza *Kokkinakis c. Grecia*<sup>32</sup> in merito alla portata dell'art. 7 CEDU<sup>33</sup>, apriva la strada anche ad una prevedibilità 'evolutiva' fondata sul mutamento degli atteggiamenti e del comune sentire affermando che «*there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law*»<sup>34</sup> concludendo che l'essenza del carattere riprovevole della violenza coniugale «*is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim – cannot be said to be at variance with the object and*

<sup>28</sup> Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*, cit..

<sup>29</sup> Un precedente, anche se non altrettanto dirimente e totalmente svincolato dal dato formale, è la sentenza *Muller c. Svizzera* (Corte Edu, 24 maggio 1988, cit.) in cui era stata esclusa la genericità del concetto di "oscenità" in riferimento al reato di pubblicazioni oscene in quanto la portata del termine, rientrando nell'ambito delle *Kulturnormen*, era condivisa nella coscienza sociale e, dunque, prevedibile.

<sup>30</sup> Cfr. caso *R.v.C.*, 5 novembre 1990, giudice Simon Brown J.; caso *R. v J.*, 20 novembre 1990, giudice Rougier; caso *R. v S.*, 15 gennaio 1991, giudice Swinton Thomas; caso *R. v R.*, 14 marzo 1991, giudice Owen, così come richiamati nella sentenza in esame.

<sup>31</sup> Corte EDU, 25 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 26.

<sup>32</sup> Corte Edu, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88.

<sup>33</sup> «*The Court thus indicated that when speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability*», Corte EDU, 25 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit., § 35.

<sup>34</sup> *Ibidem*, § 43.

*purpose of Article 7 of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment»<sup>35</sup>.*

## 2.2.

### *Il criterio soggettivo: Groppera Radio c. Svizzera e Soros c. Francia.*

La giurisprudenza della Corte in tema di prevedibilità dell'esito giudiziario ha conosciuto un ulteriore sviluppo anche in riferimento a criteri prettamente *soggettivi* della stessa con l'inclusione delle caratteristiche specifiche dei destinatari e al dovere di conoscenza per talune categorie di soggetti.

La Corte EDU, nel caso *Groppera Radio AG e a. c. c. Svizzera*<sup>36</sup>, ha ritenuto prevedibile un testo di legge anche se non ancora pubblicato in quanto, nel caso di specie, la normativa di riferimento doveva ritenersi comunque *accessibile* vista l'attività lavorativa svolta dagli imputati<sup>37</sup>.

In particolare, la sentenza in commento riguarda la regolamentazione delle trasmissioni radiofoniche internazionali e, specificamente, l'ordinanza del 17 agosto 1983 con cui il Consiglio Federale aveva disciplinato la corrispondenza tramite telegrafo o telefono contenente disposizioni generali applicabili al regime delle licenze di trasmissioni radiofoniche con cui era stata prevista una terza categoria di licenze per le installazioni di antenne comunitarie e ne era stato regolamentato l'utilizzo. Il 21 marzo 1984 l'Ufficio delle Telecomunicazioni dell'area di Zurigo dell'Autorità Nazionale delle Poste e delle Telecomunicazioni informava che le trasmissioni di Groppera Radio non rispettavano le norme internazionali in vigore e che se avessero continuato a trasmettere, avrebbero commesso un reato in quanto non avevano richiesto la licenza per le installazioni di antenne comunitarie.

In seguito ad un procedimento interno, i ricorrenti adivano la Corte Edu ritenendo che l'ordinanza del 17 agosto 1983 si riferisse a norme di diritto internazionale non accessibili per i cittadini sostenendo, peraltro, che la legge internazionale sulle telecomunicazioni era vincolante solo per gli Stati e non si riferiva ai cittadini.

La difesa del Governo ha sostenuto, invece, che le norme in questione soddisfacevano pienamente il criterio di precisione e, dopo aver specificato che tali disposizioni non si rivolgevano solo agli Stati, ha evidenziato come i ricorrenti, già prima dell'entrata in vigore della legge internazionale sulle telecomunicazioni, fossero in grado di conoscere le regole vigenti in Svizzera. A sostegno di tale linea difensiva, il Governo ha sostenuto che la lettera inviata il 29 gennaio 1980 alle società di trasmissioni svizzere dalla PTT e la sentenza del Tribunale Federale del 12 luglio 1982 resa nel caso *Radio24 Radiowerbung Zürich AG gegen Generaldirektion PTT* avevano già espresso quanto poi l'Ordinanza del 1983 ha ribadito sotto forma di testo legislativo. Per quanto riguarda l'accessibilità, il Governo svizzero ha riconosciuto che solo la Convenzione internazionale delle telecomunicazioni era stata pubblicata sulla Raccolta Ufficiale degli Statuti Federali e nel Compendio delle Leggi Federali giustificando la mancata pubblicazione dei Regolamenti con la mole delle pagine. Secondo la Corte, la portata dei concetti di prevedibilità e accessibilità dipende in gran parte dal contenuto del testo, il settore che deve essere regolamentato nonché dallo *status* dei soggetti ai quali è indirizzato. Nel caso di specie, la legge sulle telecomunicazioni era altamente complessa ma era destinata a specialisti del settore. Pertanto, il contenuto poteva essere considerato accessibile per una società commerciale che intendesse lavorare nel settore delle trasmissioni radiofoniche internazionali come Groppera Radio. «*In short, the rules in issue were such as to enable the applicants and their advisers to regulate their conduct in the matters*»<sup>38</sup>.

Sotto questo aspetto si pensi, ancora, al recente caso *Soros c. Francia*<sup>39</sup> il cui ricorrente, un cittadino americano fondatore di un fondo d'investimento, era stato condannato per *insider trading* per avere acquistato un pacchetto di azioni di alcune società recentemente privatizzate tra cui una banca francese sfruttando la conoscenza, in ragione delle sue funzioni, di un'informazione riservata sull'evoluzione dei titoli azionari e dopo aver avuto notizia del tentativo

<sup>35</sup> *Ibidem*, § 44.

<sup>36</sup> Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. c. Svizzera*, cit..

<sup>37</sup> La Corte si è espressa nello stesso senso anche in pronunce successive tra le quali Corte EDU, 3 maggio 2007, *Costers, Deveaux e Turk c. Danimarca* nonché Corte EDU, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, ric. nn. 743504/01; 26764/02; 27432/02.

<sup>38</sup> Cfr. Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio c. AG e a. c. Svizzera*, cit., § 68.

<sup>39</sup> Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, cit..

di acquisto della stessa banca da parte di un gruppo di investitori. Soros, innanzi ai giudici francesi prima e a quelli di Strasburgo poi, lamentava l'indeterminatezza degli elementi costitutivi del reato lui contestato: in particolare, nel procedimento interno, aveva sollevato questione di illegittimità per la mancanza della prevedibilità della legge applicabile all'*insider trading* ritenendo che il suo comportamento, in base alla normativa vigente, non poteva essere considerato illecito al momento in cui aveva effettuato gli ordini di acquisto e la mancanza di precedenti giurisprudenziali rendevano del tutto imprevedibile che la sua condotta sarebbe potuta essere ritenuta penalmente rilevante.

Nel caso di specie la Corte, riconoscendo che il ricorrente era un soggetto particolarmente qualificato, ha ritenuto che, per la sua esperienza, non poteva ignorare o almeno dubitare che la sua condotta comportasse quantomeno il rischio di incorrere nella contestazione del medesimo reato.

Un'inversione di tendenza in merito al riconoscimento dell'interpretazione estensiva della giurisprudenza che, però, al tempo stesso ribadisce il valore del precedente anche nei paesi di *civil law*, si è avuto con la sentenza *Pessino c. Francia*<sup>40</sup> in cui la Corte europea ha ritenuto che lo Stato non è risultato in grado di produrre alcun precedente in cui la condotta posta in essere dal ricorrente fosse stata già ritenuta integrante il reato. Pertanto, secondo i giudici di Strasburgo, lo stesso non avrebbe potuto in alcun modo conoscere l'illiceità del proprio comportamento e che, nel caso di specie, non era neppure percepibile il disvalore sociale del fatto<sup>41</sup>.

## 2.3.

### *Il criterio oggettivo tra law in the books e law in action*<sup>42</sup>: *Sunday Times c. Regno Unito e altri*.

Una lettura di tipo *oggettivo* della prevedibilità può essere, invece, ricondotta a quel filone di pronunce che ne ha individuato la sussistenza nei precedenti giudiziari.

A partire dal *leading case Sunday Times c. Regno Unito*<sup>43</sup> la Corte EDU, nell'accertamento della sussistenza di una norma giuridica accessibile e idonea a garantire la prevedibilità della decisione, ha adottato un approccio di tipo sostanziale oltrepassando il dato prettamente formale.

In particolare, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che «non importa che il *contempt of Court* sia una creazione della *common law* e non della legislazione» precisando che «si andrebbe manifestamente contro gli autori della Convenzione se si ritenesse che una restrizione imposta dalla *common law* non è prevista dalla legge per il solo motivo che non risulta da alcun testo legislativo: si priverebbe uno Stato di *common law*, parte della Convenzione, della possibilità prevista dall'art. 10 § 2 e si minerebbe il suo sistema giuridico»<sup>44</sup>.

Una tale interpretazione ha peraltro determinato, nello sviluppo della giurisprudenza sull'art. 7 CEDU, un progressivo ampliamento del peso dell'attività ermeneutica quale contributo alla specificazione di precetti non sufficientemente precisi anche in sistemi di *civil law* riconoscendo, in presenza di norme penali eccessivamente generiche o elastiche, il ruolo dell'interpretazione giudiziale estensiva come nel celebre caso *Kokkinakis c. Grecia*<sup>45</sup>. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che, sebbene la formulazione positiva della norma che incriminava il proselitismo religioso fosse eccessivamente generica, in base al consolidamento della giurisprudenza nell'individuazione delle condotte proibite, il ricorrente avrebbe potuto preve-

<sup>40</sup> Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02.

<sup>41</sup> Pronuncia sostanzialmente analoga è quella della Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniu, Militaru – Pidborni c. Romania*, ric. nn. 77193/01 e 77196/01, in cui la condanna dei due ricorrenti, impiegati di banca, era stata considerata in violazione dell'art. 7 CEDU perché all'epoca della commissione dei fatti gli istituti di credito non erano inclusi nelle organizzazioni pubbliche elencate nel codice penale e mancava un precedente in cui fossero stati inclusi gli operatori bancari quali funzionari pubblici.

<sup>42</sup> L'espressione è di PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., n. 3/2016, pp. 4 ss.

<sup>43</sup> Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., §48. Nella sentenza i giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente la previsione legale in quanto il ricorrente si sarebbe potuto rappresentare le conseguenze giuridiche della propria condotta facendo riferimento alla giurisprudenza precedente che enunciava i limiti in cui potevano essere formulate opinioni sull'operato dei giudici.

<sup>45</sup> Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit..



dere la rilevanza penale delle sue azioni<sup>46</sup>.

Nello specifico, la Corte EDU ha precisato che un fatto costituente illecito penale dovrebbe essere definito chiaramente dalla norma e che « *this condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable* »<sup>47</sup>.

Lo stesso principio è stato ribadito anche in altre sentenze come, per esempio, nel caso *Jobe c. Regno Unito*<sup>48</sup> in cui il ricorrente, cittadino del Gambia, era stato trovato in possesso di materiale jihadista e di indottrinamento militare della cellula terroristica di Al-Qaeda per cui gli era stato contestato l'art. 58 del *Terrorism Act* che punisce chi raccoglie informazioni utili a commettere o a preparare un atto terroristico o possiede materiale utile allo scopo senza giustificato motivo.

Le giustificazioni addotte non erano state ritenute plausibili dalla Corte che, pertanto, lo aveva condannato. Jobe, nel ricorso alla Corte EDU, lamentava l'indeterminatezza del testo dell'art. 58 del *Terrorism Act* in quanto non si capiva con sufficiente chiarezza quando il possesso di tale materiale doveva considerarsi illecito.

I giudici di Strasburgo, tuttavia, non hanno accolto il ricorso evidenziando che « *as regards foreseeability in particular, the Court recalls that however clearly drafted a legal provision may be in any system of law including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances* » e ha avuto modo altresì di chiarire la portata del *nullum crimen sine lege* convenzionale affermando che « *article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen* »<sup>49</sup>.

Nel caso di specie, secondo la Corte, la portata della *defence of reasonable excuse* non era affatto sconosciuta nell'ordinamento inglese in quanto già adottata per altro reato e, pertanto, l'orientamento della giurisprudenza in merito agli elementi necessari per la sua sussistenza era perfettamente prevedibile. Né è stata ritenuta rilevante la circostanza per la quale, in un caso analogo, la *Court of Appeal* aveva adottato un'interpretazione di *reasonable excuse* più favorevole perché, secondo i giudici strasburghesi, la soluzione accolta dalla *House of Lords* nel caso di specie era da ritenersi altrettanto prevedibile.

Successivamente la Corte Edu si è pronunciata anche in merito all'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in materia di prevedibilità della pena<sup>50</sup> e, nella sentenza *Del Rio Prada c. Spagna*<sup>51</sup>, finendo perfino per inglobare all'interno dell'art. 7 CEDU la materia dell'esecuzione penale.

Il caso di specie riguarda il mutamento giurisprudenziale sfavorevole della c.d. *doctrina Parot* operata dal *Tribunal Supremo* in tema di applicazione dei benefici penitenziari che ha determinato un prolungamento della pena inflitta.

La ricorrente, terrorista dell'ETA, aveva invocato il beneficio della *redencion de penas por trabajo* in virtù del quale ogni giornata di lavoro all'interno del carcere concedeva lo sconto di pena di un giorno. Tale beneficio era però stato abrogato nel 1995 e mantenuto in vigore in via transitoria solo per i detenuti condannati prima dell'entrata in vigore della riforma. Quando, nel 2008, Ines Del Rio Prada aveva presentato la richiesta di liberazione anticipata, l'*Audencia Nacional* aveva rigettato la richiesta alla luce di un orientamento giurisprudenziale inaugurato nel 2006 nei confronti di un altro terrorista (Henri Parot) secondo il quale lo sconto di pena non doveva essere calcolato sulla sanzione complessiva, come avvenuto in casi precedenti, ma su ciascuna pena inflitta. Per la Del Rio Prada, la cui condanna, sulla base del cumulo materiale, ammontava a tremila anni di reclusione, la data della liberazione coincideva con la scadenza della pena massima e, pertanto, non le veniva riconosciuto alcun beneficio.

<sup>46</sup> Nello stesso senso, Corte EDU – Grande Camera, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in cui la Corte ha ritenuto che l'autore del fatto, condannato per vendita abusiva di prodotti farmaceutici, avrebbe potuto conoscere il significato della generica nozione di "medicamento" in quanto, a fronte di alcune incertezze della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione aveva sempre fatto riferimento a criteri ben specifici per individuare i prodotti che potevano essere venduti solo previa autorizzazione.

<sup>47</sup> Corte EDU, 25 maggio 1993, *kokkinakis c. Grecia*, cit., § 52.

<sup>48</sup> Corte EDU, 14 giugno 2011, *Jobe c. Regno Unito*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>50</sup> Sul punto si veda anche Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit.; Corte Edu, 22 gennaio 2013 *Camilleri c. Malta*, ric. n. 42931/10M Corte Edu, Grande Camera, 18 luglio 2013, *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina*, ric. nn. 2312/08 e 34179/08.

<sup>51</sup> Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Rio Prada c. Spagna*, cit..

La Grande Camera, confermando<sup>52</sup> quanto stabilito dalla Terza Sezione della Corte<sup>53</sup>, ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU in quanto il mutamento nell'interpretazione del *Tribunal Supremo* spagnolo non poteva essere previsto dalla ricorrente<sup>54</sup>.

### 3.

#### Il riferimento al “precedente qualificato”: il caso *Contrada c. Italia*.

Di primaria importanza, non solo per la discutibilità dei criteri utilizzati per dichiarare l'imprevedibilità della decisione nel caso concreto, ma anche per gli effetti sulle successive pronunce interne, è la nota sentenza emessa dalla IV Sezione della Corte EDU il 14 aprile 2015 nel caso *Contrada c. Italia*<sup>55</sup>.

Il ricorrente, alto funzionario di polizia che aveva prestato servizio prima presso la Questura di Palermo ricoprendo anche il ruolo di Capo della Squadra Mobile, poi funzionario presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e, ancora, vicedirettore dei servizi segreti civile (SISDE) prendendo perfino parte alle indagini con il giudice Falcone che hanno dato inizio al *maxi* processo di Palermo, era stato condannato per avere reso ripetutamente informazioni alla consorterìa mafiosa denominata “Cosa nostra” dal 1979 al 1988.

La vicenda processuale interna era stata caratterizzata dapprima da una condanna per concorso esterno in associazione di tipo mafioso nel 1996 dal Tribunale di Palermo poi da un'assoluzione nel 2001 in secondo grado con sentenza annullata dalla Corte di Cassazione nel 2002 per difetto di motivazione e poi, ancora, da una condanna pronunciata dalla Corte di Appello di Palermo in sede di rinvio nel 2006, divenuta definitiva l'anno successivo in seguito al rigetto del ricorso ad opera della Suprema Corte.

*Contrada* adiva, pertanto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lamentando *in primis* l'applicazione retroattiva del precetto in quanto, a suo dire, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso era stato chiaramente delineato solo da giurisprudenza successiva al tempo della sua condotta e, conseguentemente, l'imprevedibilità della sanzione penale comminata in violazione dell'art. 7 CEDU.

Il Governo italiano ha osservato, anzitutto, che la questione relativa alla configurabilità del concorso eventuale nei reati necessariamente plurisoggettivi era stata già affrontata dalla Corte di Cassazione<sup>56</sup> e, in diverse sentenze a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, in tema di cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione sicché la giurisprudenza relativa alla nozione di concorso esterno era ben consolidata anche in un pe-

<sup>52</sup> Secondo le *dissenting opinions* dei giudici Mahoney e Vehabović, la questione rimessa alla Corte atteneva la materia dell'esecuzione penale e, pertanto, come avvenuto in altri casi, doveva essere sottratta al divieto di retroattività di cui all'art. 7 CEDU.

<sup>53</sup> Corte EDU, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit..

<sup>54</sup> «In the light of the foregoing, the Court considers that at the time when the applicant was convicted and at the time when she was notified of the decision to combine her sentences and set a maximum term of imprisonment, there was no indication of any perceptible line of case-law development in keeping with the Supreme Court's judgment of 28 February 2006», Corte Edu, Grande Camera, 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, § 117.

<sup>55</sup> Numerosi i commenti alla sentenza tra i quali si vedano, per esempio, DE AMICIS G., *Legalità penale 'europea' e rimedi interni: il caso Contrada*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*; DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1/2016, p. 0012B; ID., *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca di un percorso razionale*, in *Leg. Pen.*, 20.02.2017; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 11; DONINI M., *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.*, fasc. 1/2016, p. 346; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collissioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit.; ID.; GIORDANO S. E., *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio Penale 2/2015*; LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Il libro dell'anno Treccani*, 2017; MAIELLO V., *Consulta e Cedu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1008; MANNA A., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016; MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015; MILONE S., *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo. Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è... imprevedibile?*, in *questa Rivista*, n. 2/2016, p. 8; PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1061; PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, 2/2015.

<sup>56</sup> Si veda il § 53 della sentenza in commento laddove si specifica che il Governo ha sostenuto che le decisioni che contestano l'esistenza del reato di concorso esterno in un'associazione di stampo mafioso sono state solo minoritarie e la giurisprudenza, seppure in riferimento a fattispecie diverse rispetto al 416 bis c.p. ha riconosciuto tale reato fin dall'inizio (ossia dal 1968 al 1989).

riodo precedente i fatti contestati al ricorrente<sup>57</sup>. Il Governo ha anche ammesso che tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 si è talvolta contestata la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa<sup>58</sup>, specificando però che «queste decisioni escludevano l'esistenza di una situazione intermedia tra la partecipazione all'associazione di stampo mafioso e l'estraneità a quest'ultima, qualificando i fatti di quelle cause come partecipazione ai sensi dell'articolo 416 *bis* del codice penale»<sup>59</sup>, aggiungendo che, comunque, «tenuto conto delle competenze professionali, della sua personalità e del suo percorso», il ricorrente avrebbe senz'altro potuto prevedere tale *exitus*<sup>60</sup>.

La Corte, dopo aver chiarito il significato dell'art. 7 CEDU richiamandosi ai suoi precedenti, ha precisato che «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono» essendo tale requisito soddisfatto se «la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»<sup>61</sup>.

Nella parte relativa all'applicazione dei principi, la Corte muove però da un assunto errato che, peraltro, non avrebbe in alcun modo potuto trovare accoglimento in un sistema di *civil law*. I giudici di Strasburgo affermano, infatti, 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 e, ripercorrendo le pronunce della Cassazione, sostengono che, in effetti, solo con la sentenza Demitry del 1994 si sia giunti ad una elaborazione della materia controversa e conseguente ammissione in maniera esplicita del concorso esterno in associazione mafiosa<sup>62</sup>.

Inoltre, «la Corte considera che il riferimento del Governo alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente, non tolga nulla a questa constatazione in quanto le cause menzionate dal governo convenuto riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di “concorso esterno”, ma i casi evidenziati non riguardano il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi, ossia la cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione e gli atti di terrorismo»<sup>63</sup>.

Alla luce di queste argomentazioni, si concludeva che, all'epoca della condotta posta in essere da Bruno Contrada, il reato contestato al ricorrente e, conseguentemente, la sanzione irrogabile non fossero sufficientemente chiari e, pertanto, egli non poteva conoscere la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti.

Non è possibile, in questa sede, ripercorrere le tappe della “battaglia dottrinale”<sup>64</sup> e giu-

<sup>57</sup> Si veda, Cass. Pen., 13 giugno 1987, n. 3492 ric. Altivalle, in *C.E.D. Cass.*, n. 17789; Cass. Pen., 4 febbraio 1988, ric. Barbella, in *C.E.D. Cass.*, n. 179169; Cass. Pen., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, in *Guida Dir.*, n. 19/2007, pp. 100 ss.; Cass. Pen., 18 giugno 1993, ric. Turiano, in *C.E.D. Cass.*, 194623, 1994.

<sup>58</sup> In questo senso, Cass. Pen., 14 luglio 1987, ric. Cillari, in Cass. Pen., p. 36, 1989; Cass. Pen., 27 giugno 1989, ric. Agostani, in *Cass. Pen.*, p. 223, 1991; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, p. 560.

<sup>59</sup> Cfr. Corte EDU, IV Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 52.

<sup>60</sup> *Ibidem*, § 56.

<sup>61</sup> *Ibidem*, § 79.

<sup>62</sup> *Ibidem*, § 66 – 69.

<sup>63</sup> *Ibidem*, § 71.

<sup>64</sup> L'espressione è di VISCONTI C., *La mafia è dappertutto. Falso!*, Laterza, Bari, 2016, p. 108.

risprudenziale<sup>65</sup> che ha caratterizzato la configurabilità del concorso esterno in associazione di tipo mafioso<sup>66</sup>, ma basterà ricordare che, come noto, tale incriminazione trova la sua base legale nel combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

Esula da questo lavoro un'approfondita analisi del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ma basti pensare che non è del tutto da escludere che l'istituto possa essere perfino collegato non all'unica figura del partecipe come di fatto avvenuto fino ad oggi, ma a tante figure quante sono quelle previste dall'art. 416 *bis* c.p. e quindi anche a quella dell'"organizzatore", del "promotore", del "direttore" o del "capo"<sup>67</sup>.

Stante la generale funzione incriminatrice della norma di parte generale si potrebbe ritenere che la previsione del concorso esterno in associazione mafiosa risponda appieno al principio di legalità *sub specie* riserva di legge, ma dubbi sono evidenti in riferimento al rispetto del

<sup>65</sup> Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, la giurisprudenza era divisa tra la tesi che affermava la configurabilità del concorso 'eventuale' nel reato associativo e la tesi contrapposta che, invece, la negava. In particolare, la tesi negazionista riteneva che fosse sufficiente ad integrare la partecipazione la prestazione di un contributo causale all'associazione mafiosa non rilevando in alcun modo l'*affectio societatis*. Dunque, chi contribuiva in un qualsiasi modo alla vita dell'associazione era partecipe della stessa senza che fosse necessario verificare la volontà del concorrente di essere parte dell'associazione che, pertanto, era un *partecipe* a tutti gli effetti. Si vedano, per es., le sentenze Cass., 14 luglio 1987, ric. Cillari; Cass., 27 giugno 1989, ric. Agostani; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi, già citate. Nella tesi a sostegno della configurabilità del concorso esterno, invece, si tendeva a distinguere la condotta dell'affiliato, contrassegnata dall'*affectio societatis*, da quella dell'*extraneus* che, invece, era priva di tale requisito e si limitava ad intervenire solo in alcune circostanze. Sul punto, si vedano le summenzionate sentenze Cass., 13 giugno 1987, ric. Altivalle, cit.; Cass. 4 febbraio 1988, ric. Barbella, cit.; Cass., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, cit.; Cass., 18 giugno 1993, ric. Turiano, cit.; Cass... Alla luce di questo contrasto giurisprudenziale, fu necessario l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite con la nota sentenza Demitry (Cass. SS.UU., 5 ottobre 1994, sent. n. 16, in *Cass. Pen.*) nella quale il supremo consesso riconobbe la configurabilità del concorso dell'*extraneus* nel reato di associazione di tipo mafiosa limitandolo, però, ai momenti di fibrillazione della consorteria mafiosa e definendo il concorrente esterno come «colui che non vuole far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica che, per essere superata, esige in contributo temporaneo, limitato, di un esterno». A solo un anno di distanza dalla sentenza Demitry è però risultato necessario un ulteriore intervento delle Sezioni Unite che, con la sentenza del 14 dicembre 1995 nota come Mannino I (Cass. Pen., SS.UU., 27 settembre 1995, sent. n. 30 in *RP*), hanno chiarito che il dolo del concorrente esterno è il dolo generico rappresentato dalla volontà di contribuire alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'associazione ovvero, alternativamente, del dolo specifico di realizzare il programma criminoso dell'organizzazione senza, tuttavia, farne parte. In seguito ad un intervento negazionista della Suprema Corte del 2000 (Cass. Pen. Sez. IV, 21.09.2000, ric. Villecco, in *C.E.D. Cass.*), è stato di nuovo necessario l'intervento delle Sezioni Unite che, con la sentenza Carnevale del 2002 (Cass. Pen. SS.UU., 30 ottobre 2002, sent. n. 22327, in *Riv. it. dir. proc. pen.*) hanno confermato la configurabilità del concorso esterno che non è più legata a momenti patologici dell'associazione, ma all'effettiva rilevanza causale del contributo dato al mantenimento ovvero al rafforzamento dell'associazione. La sentenza Carnevale ha offerto un'ulteriore specificazione anche in termini di elemento soggettivo chiarendo che anche il dolo del concorrente eventuale è un dolo specifico mancando, però, in tal caso, l'*affectio societatis*. Con la ulteriore sentenza a Sezioni Unite del 2005 nota come sentenza Mannino *bis* (Cass. Pen., SS.UU., 12 luglio 2005, sent. n. 33478, in *Cass. Pen.*), la Suprema Corte ha chiarito che la condotta dell'*extraneus* presuppone un contributo concreto, specifico e consapevole che abbia una effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e la rilevanza causale del contributo deve essere accertato *ex post* alla stregua dei criteri elaborati dalla sentenza Franzese. Per una ricognizione del contributo causale si veda, da ultimo, GIUGNI I., *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, p. 21 ss. Per quanto concerne l'elemento soggettivo, le Sezioni Unite del 2005 confermano la necessità del dolo specifico anche in capo al concorrente esterno che deve agire con la consapevolezza del metodo e delle finalità mafiose e deve voler contribuire alla realizzazione del programma criminoso.

<sup>66</sup> Sterminata la letteratura in materia. Si vedano, per esempio, MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatazza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2014; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003; FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *questa Rivista*, 1/2012; MEZZETTI E., *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale* (a cura di FIORELLA A.), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 423 ss. che definisce il concorso "eventuale" quale «figura di matrice giurisprudenziale» e sottolinea come il fatto che ci siano volute ben quattro sentenze a Sezioni Unite della Cassazione a chiarire i tratti distintivi della figura criminosa dimostri «come le istanze di certezza e di chiarezza su di essi siano del tutto velleitarie. Con la gravosa conseguenza che l'osservanza del principio di legalità e di tutti i suoi corollari [...] trova verosimilmente un ostacolo alla sua compiuta realizzazione». Nello stesso senso, da ultimo, DONINI M., *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.*, fasc. 1/2016, p. 346; Id. *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *questa Rivista*, 3/2016, pp. 13 ss.

<sup>67</sup> Si pensi, per esempio, ad un soggetto che intende costituire un'organizzazione criminale e si rivolge ad un imprenditore che, pur non volendo far parte della compagine associativa, ne finanzia la costituzione con il fine di ottenere, poi, facilitazioni nell'aggiudicazione degli appalti; oppure si immagini il promotore che si rivolge ad un politico affinché quest'ultimo lo metta in contatto con imprenditori o amministratori locali interessati al malaffare.

diverso corollario della determinatezza<sup>68</sup> il cui difetto, a ben vedere, emerge a due livelli: per il concorrente esterno, ma anche per le figure enunciate nella lettera dell'art. 416 *bis* c.p. in quanto si tratta di qualifiche che necessitano di essere riempite di significato con l'approccio tipico del *case made law*. Proprio in ragione del difetto di precisione nella descrizione delle condotte tipiche, non si può escludere a priori che la condotta del finanziatore rappresenti non un contributo esterno di partecipazione quanto, piuttosto, di organizzazione o di promozione<sup>69</sup>.

Tuttavia, il problema per la Corte europea non è quello di verificare la sussistenza di un testo di legge chiaro e preciso ma, più in generale, accertare se, all'epoca in cui è stato commesso il fatto, fosse conoscibile la sua rilevanza penale e prevedibili le conseguenze in termini di pena irrogabile.

### 3.1. (segue) Il richiamo alla sentenza Demitry come avulso dalla "contestazione in fatto": il rischio di un overruling sfavorevole per i "fratelli minori" di Contrada.

A ben vedere, la Corte EDU nel caso Contrada ha irrigidito i criteri generalmente utilizzati per valutare la prevedibilità dell'esito giudiziario<sup>70</sup>.

Già partendo dal c.d. criterio evolutivo posto alla base della decisione nel caso *S.W. c. Regno Unito*, infatti, se i giudici di Strasburgo avessero analizzato il mutamento sociale del senso comune negli anni '80 non solo in generale in tema di associazioni di tipo mafioso ma anche in riferimento specifico alla contiguità alla mafia di politici, imprenditori, appartenenti alle forze dell'ordine e alla c.d. "borghesia mafiosa", non v'è dubbio che sarebbero giunti alle medesime conclusioni del 1995 in tema di *marital rape*.

La riprovevolezza dei fenomeni di collusione con le organizzazioni criminali mafiose era, infatti, ormai assolutamente consolidata soprattutto in una città come Palermo che tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 era stata teatro di una feroce guerra di mafia culminata in episodi tragici tra i quali, per esempio, l'uccisione del Generale dell'Arma dei Carabinieri Carlo Alberto Dalla Chiesa che indusse il legislatore ad emanare la l. n. 646/1982.

Lo stesso può dirsi in riferimento al criterio soggettivo utilizzato, per esempio, nei casi *Groppera Radio c. Svizzera* e *Soros c. Francia*, in cui si è valorizzata l'attività professionale degli imputati per affermare la prevedibilità della decisione anche nel caso di un testo di legge neppure ancora pubblicato come in *Groppera Radio*. Anche se la Corte EDU avesse utilizzato il criterio soggettivo, come peraltro richiesto dal Governo italiano, essendo Bruno Contrada particolarmente qualificato e non potendo non conoscere, vista l'attività professionale svolta, la possibilità di una incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa, sarebbe pertanto giunta ad un giudizio di prevedibilità della decisione.

Le medesime perplessità si ripropongono in riferimento al criterio oggettivo utilizzato in numerose pronunce. Si è già visto (*supra* § 2.3) come tale criterio riguardi sia la legalità *in the books* sia quella *in action*, attribuendo un ruolo centrale all'interpretazione nel chiarimento del significato delle norme scritte.

Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno ignorato totalmente la sussistenza di un dato formale con il quale, seppur indeterminato, avrebbero dovuto fare i conti. Ma vi è di più.

<sup>68</sup> Si veda, per esempio, DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., che ha evidenziato come la giurisprudenza abbia applicato una clausola di parte generale, l'art. 110 c.p. «che possiede potenzialità applicative molto estese e indefinite» specificando che si tratta di una "patologia" dell'istituto del concorso di persone nel reato «la cui insufficiente determinatezza [...] è sempre stata ritenuta superabile in virtù di una consolidata tradizione applicativa dell'istituto». L'Autore spiega, però, che nell'ambito dei reati associativi, l'art. 110 c.p. «è stato impiegato come se autorizzasse la tipizzazione giurisprudenziale [...] legata a "fenomenologie nuove o classiche di comportamenti non legalmente tipizzati" analoghe a quelle dei contratti innominati». Per DONINI M., in *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., invece, non si tratta solo di indeterminazione della fattispecie in quanto l'art. 110 c.p. sarebbe stato utilizzato per «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».

<sup>69</sup> Sul punto si veda DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 27, in cui l'Autore chiarisce che l'applicazione dell'art. 110 c.p. alla fattispecie di associazione di tipo mafioso ha comportato la creazione di titoli autonomi di reato e che «questo nuovo titolo autonomo è estraneo alla previsione dell'art. 416 *bis*, dove ci sono tanti altri titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori, partecipi), che infatti non potrebbero adattarsi a esso» e la norma di parte generale, «in questo caso, ha la funzione specifica di aggiungere una tipologia di concorrente esclusa dalla parte speciale».

<sup>70</sup> In questo senso si veda PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. Pen. Proc.* 9/2015, p. 1063.

La Corte, nella pronuncia in commento, ha esplicitamente tradito i suoi precedenti come, per esempio, quello relativo al caso *Jobe c. Regno Unito*. Nella sentenza Contrada i giudici europei riconoscono l'esistenza di pronunce della Suprema Corte precedenti al 1994 che ammettevano la configurabilità del concorso dell'*extraneus* in associazioni terroristiche, ma le ritengono irrilevanti adducendo che tali sentenze riguardavano diverse figure criminose rispetto a quella oggetto di contestazione: laddove, nel caso *Jobe* i giudici strasburghesi avevano riconosciuto la prevedibilità della decisione sul presupposto che la *defence of reasonable excuse*, sebbene ancora non applicata alla fattispecie contestata, non era sconosciuta nell'ordinamento inglese perché già adottata per altri reati.

In altri termini, non si tiene conto del fatto che, per il nostro ordinamento, la funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. non muta in relazione alla norma di parte speciale cui è affiancata, ma è la stessa, in tutta la sua genericità e indeterminatezza, a prescindere dalla fattispecie di reato cui si riferisce<sup>71</sup>.

E ancora: non v'è dubbio che in tema di concorso esterno in associazione mafiosa sussisteva un contrasto giurisprudenziale, ma è altrettanto vero che tale contrasto si formava tra chi riteneva le condotte di contiguità prolungate nel tempo come costituenti concorso esterno e chi, invece, quelle medesime condotte le inquadrava come vera e propria partecipazione. Ora, è ben vero che già dalla prima pronuncia del Tribunale di Palermo del 1996 Contrada non è stato ritenuto responsabile di partecipazione ai sensi dell'art. 416 *bis* co. 2 c.p., ma se la prevedibilità deve essere valutata con prognosi *ex ante*, il ricorrente non poteva allora escludere che la continuità della sua collusione sarebbe stata valutata alla stregua del partecipe intraneo.

Anche laddove i giudici di Strasburgo avessero avuto dubbi sulla reale prevedibilità della decisione attraverso il ricorso al solo criterio oggettivo, ben avrebbero potuto fare riferimento a quello soggettivo – cui pure, in altre pronunce, come si è visto, si è fatto ricorso in via esclusiva – che peraltro avrebbe condotto ad un esito diverso della decisione.

Nella sentenza Contrada, la Corte EDU sembra invece riconoscere la garanzia di accessibilità del precetto nel solo precedente qualificato della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, a prescindere dal valore che lo stesso ha nel nostro sistema. Ma anche sotto questo profilo la data individuata dai giudici, quale *dies a quo* della prevedibilità, non appare del tutto convincente dal momento che, a ben vedere, la sentenza Demitry qualifica come concorso esterno condotte obiettivamente diverse da quelle contestate nel caso di specie che, oltretutto, presuppongono uno stato di "fibrillazione" dell'associazione di cui pure manca qualsiasi riscontro nel medesimo procedimento: in tal modo legittimandosi, sia pur implicitamente, nei confronti di possibili "fratelli minori" di Contrada, cui risultino contestate condotte successive al 1994, un *overruling* sfavorevole delle diverse pronunce che, nel tempo, hanno notoriamente ampliato l'ambito di applicazione del disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

## 3.2.

### *Il contrasto giurisprudenziale come possibile indice di prevedibilità.*

Il *dictum* Contrada invita anche a chiedersi se il contrasto giurisprudenziale sia davvero un indice di imprevedibilità della decisione o se, al contrario, ne indichi proprio la prevedibilità.

I giudici di Strasburgo, partendo dall'assunto che il concorso esterno in associazione mafiosa è un' *infracion d'origin jurisprudentielle*, fanno leva sull'esistenza di un contrasto tra le sezioni semplici della Cassazione per giungere alla conclusione che la condanna per concorso esterno fosse imprevedibile per Bruno Contrada.

Anche qui la Corte EDU sembra tradire se stessa dal momento che sono stati proprio i suoi componenti ad affermare che «non si può interpretare l'art. 7 come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del

<sup>71</sup> Sul punto si veda PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., secondo cui nella sentenza Contrada vi è stata una «sopravalutazione del dato criminologico, dell'eterogeneità criminologica del terrorismo e della mafia. E, a sua volta, questa sopravalutazione pare coerente con l'impostazione della Corte che, mettendo in ombra invece il dato legislativo della disciplina onnicomprensiva ed indifferenziata del concorso di persone, finisce per concepire il concorso esterno come figura di (pura) creazione giurisprudenziale nascente dalla specificità della "borghesia mafiosa". Ma il contributo giurisprudenziale alla messa a punto di questa categoria concettualmente si muove [...] in un identico ordine di idee tanto nel caso del terrorismo quanto della mafia», p. 1063.

reato e ragionevolmente prevedibile»<sup>72</sup>.

È di tutta evidenza, infatti, che se non fosse concessa un'evoluzione della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme si andrebbe incontro ad una atrofizzazione del relativo formante<sup>73</sup> che per i giudici di Strasburgo ha lo stesso ruolo e il medesimo valore di quello legislativo.

Accade sovente poi che, pur in presenza di una fattispecie ben più determinata dell'art. 110 c.p., la giurisprudenza intervenga per chiarire il significato di alcuni elementi costitutivi della fattispecie sicché negare la prevedibilità dell'esito giudiziario in circostanze di questo tipo, significherebbe escludere la condanna in mancanza di uniformità di interpretazione.

A ben vedere, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale non rende imprevedibile una decisione e, anzi, si dovrebbe ragionevolmente ritenere che il caso possa essere deciso tanto in un senso quanto nell'altro potendosi, pertanto, parlare più di dubbio che di imprevedibilità<sup>74</sup>.

Negare la prevedibilità della decisione in presenza di un contrasto giurisprudenziale significherebbe escluderla in qualsiasi situazione di incertezza giurisprudenziale, dovendosi pertanto ritenere imprevedibile «qualunque condanna per fatti commessi prima del “consolidamento” della giurisprudenza sfavorevole al reo, il quale, però, mai potrebbe verificarsi, proprio perché qualunque condanna, fino a quel momento, sarebbe preclusa dall'art. 7 CEDU»<sup>75</sup>. Del resto, in tal senso ha avuto modo di esprimersi anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite sostenendo, ad esempio in tema di tentativo di rapina impropria<sup>76</sup>, che il contrasto giurisprudenziale asseritamente esistente non aveva per nulla messo in dubbio la sua configurabilità, in quanto da tempo affermata dall'indirizzo prevalente (vd. *infra* § 6.1).

È di tutta evidenza, poi, che si porrebbe anche un problema sotto il profilo quantitativo in quanto ci si dovrebbe chiedere innanzitutto quante sentenze occorrono per ritenere un precedente “stabilizzato”<sup>77</sup> e se sia sufficiente, per esempio, una “stabilizzazione” ad opera delle sezioni semplici o se, in caso di contrasto, anche in presenza di un orientamento minoritario sia sempre necessario l'intervento delle Sezioni Unite: questione, peraltro, oggi quanto mai accesa anche con riferimento all'entità dei vincoli CEDU sull'ordinamento interno, alla luce della posizione notoriamente assunta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 49/2015.

### 3.3.

#### *Le ricadute interne. Il concorso esterno non esiste... o forse sì: i casi Ciancio, Trematerra e Dell'Utri.*

La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada non ha avuto una vasta eco solo nel dibattito scientifico ma, come era facilmente intuibile, anche e soprattutto nella giurisprudenza interna la quale ha così dimostrato quanto sia difficile ragionare in tema di prevedibilità della decisione nel nostro ordinamento.

Per quanto concerne la posizione dello stesso Contrada, come noto, ai sensi dell'art. 46 CEDU incombe sullo Stato l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Corte Edu, *Varvara c. Italia*, 23 ottobre 2013, in *Dir. pen. cont.*, con nota di MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, 5 novembre 2013.

<sup>73</sup> Sul punto si veda, per es., PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., secondo il quale se la mera incertezza giurisprudenziale significasse imprevedibilità delle conseguenze, «il più che meritorio intento di “sanzionare” l'incertezza, di garantire l'individuo contro l'incertezza applicativa, si convertirebbe in una paralizzante sclerotizzazione della giurisprudenza», p. 1063.

<sup>74</sup> Nello stesso senso DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 354 secondo cui «la controversia dottrinale-giurisprudenziale non rende imprevedibile una decisione: la rende incerta. È prevedibile, infatti, che la decisione potrà 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. Basterebbe una controversia giuridica seria per indubbiare qualsiasi decisione su di essa»; LEO G., *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Dir. pen. cont.*, p. 8, secondo cui «se i contrasti di giurisprudenza bastassero a rendere “imprevedibile” l'irrogazione di una pena, addirittura in senso retrospettivo [...], l'efficacia del sistema di tutela penale dei beni giuridici sarebbe rapidamente dispersa. Con conseguenze altrettanto perniciose, fra l'altro, in punto di capacità evolutiva del diritto giurisprudenziale».

<sup>75</sup> Cfr. NICOSIA E., *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 21 maggio 2015.

<sup>76</sup> Cass. Pen. SS.UU., 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), sent. n. 34952, in *Dejuregiuffrè*.

<sup>77</sup> Così, per esempio, DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel*, cit., p. 17.

<sup>78</sup> Il primo strumento utilizzato dal difensore di Contrada è stato l'istanza di c.d. “revisione europea”. Come noto, infatti, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 113/2011, i giudici delle leggi hanno dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non consentiva la «riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea».

La Corte di Appello di Caltanissetta, già adita da Contrada con istanza di revisione del processo ai sensi dell'art. 630 c.p.p. per prove nuove e sopravvenute prima ancora della pronuncia della Corte europea e poi integrata dalla richiesta della c.d. revisione europea, ha prima dichiarato inammissibile l'istanza in ordine alle prove nuove e poi si è soffermata sulla conformazione al giudicato europeo.

La Corte nissena ha anzitutto chiarito che il concorso esterno non costituiva reato di origine giurisprudenziale e che ciò che chiede la Corte EDU è di «assumere una diversa prospettiva e valutare, oltre il fondamento legale della fattispecie, anche la chiarezza delle indicazioni sull'esistenza e le caratteristiche della disposizione medesima e la prevedibilità della legge penale da parte della persona sottoposta al giudizio al momento in cui commetteva i fatti che costituiscono reato»<sup>79</sup>. Tutto corretto, fino a qui. Ma poi, partendo da tale assunto, i giudici hanno valutato se per il ricorrente fosse davvero imprevedibile la condanna per concorso esterno in associazione mafiosa.

A giudizio della Corte, a «Contrada, funzionario di Polizia attivo negli uffici investigativi e impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla compagine del sodalizio»<sup>80</sup> concludendo, pertanto, per l'infondatezza della domanda in quanto «tutti gli elementi in atti consentono di affermare con certezza che per Contrada l'esistenza, le connotazioni e le conseguenze sanzionatorie del concorso esterno erano ben chiare»<sup>81</sup>.

Le considerazioni svolte dai giudici di Caltanissetta rivestono un ruolo centrale in relazione al criterio adottato per valutare la prevedibilità della decisione nel caso concreto: peccato però che, così facendo, si siano esposti alla violazione di un obbligo convenzionale<sup>82</sup> in quanto i giudici di Strasburgo non hanno rinviato il giudizio di prevedibilità ai colleghi italiani, ma hanno provveduto loro stessi a tale compito.

Ma la tormentata vicenda di Bruno Contrada non è terminata con questa pronuncia. Dopo la dichiarazione di inammissibilità del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto ai sensi dell'art. 625 *bis* c.p.p. da parte della Corte di Cassazione<sup>83</sup>, con l'ordinanza<sup>84</sup> dell'11 ottobre 2016, la Corte di Appello di Palermo ha dichiarato inammissibile la richiesta di revoca di cui all'art. 673 c.p.p. della sentenza di condanna per concorso esterno in associazione mafiosa in quanto inapplicabile al caso di specie. I giudici palermitani non perdono però l'occasione per ribadire che sotto il profilo tecnico, il concorso nasce nel pieno rispetto del principio di legalità e lo fanno in forza di una recente pronuncia della Corte di Cassazione<sup>85</sup> che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. sollevata per contrasto con gli artt. 25, co. 2 e 117 Cost., l'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

Come se la vicenda non fosse già abbastanza intrigata, il 6 luglio 2017 la I sezione penale della Suprema Corte<sup>86</sup>, in accoglimento del ricorso presentato dal difensore di Contrada, ha annullato senza rinvio l'ordinanza con cui la Corte di Appello di Palermo aveva dichiarato inammissibile la richiesta di revoca ai sensi dell'art. 673 c.p.p. della condanna e ha dichiarato «ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza emessa nei confronti di Contrada Bruno dalla Corte di Appello di Palermo in data 25 febbraio 2006, irrevocabile in data 10 maggio 2007» scrivendo così, pare, la parola «fine» a questa vicenda.

Ripercussioni della sentenza *Contrada c. Italia* si sono avute anche con riguardo ai c.d. «frettelli minori» di Contrada e, anche in questi casi, è risultato evidente quanto sia difficile parlare di prevedibilità dell'esito giudiziario.

<sup>79</sup> Cfr. Corte di Appello di Caltanissetta, 18 novembre 2015, sent. n. 924, dep. 17 marzo 2016, p. 16, in *Dir. pen. cont.*, con commento di VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, 28 aprile 2016.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 16 – 17.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>82</sup> Per una critica alla sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta si rimanda a VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2016.

<sup>83</sup> Cass. Pen., Sez. II, 6 luglio 2016 (dep. 17 ottobre 2016), sent. n. 43886, in *Dejuregiuffrè.it*

<sup>84</sup> Corte di Appello di Palermo, 11 ottobre 2016, ord. n. 466, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, con nota di BERNARDI S., *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del giudicato europeo*.

<sup>85</sup> Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2015, sent. n. 34147., in *CED*.

<sup>86</sup> Cass. Pen., Sez. I, 6 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), sent. n. 43112, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, con nota di VIGANÒ F., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*.



A meno di un mese dalla sentenza con cui il Tribunale di Caltanissetta respingeva l'istanza di revisione di Contrada, il Gip presso il Tribunale di Catania, partendo dall'assunto che il concorso esterno in associazione mafiosa non è previsto dalla legge come reato, ha emesso sentenza di non luogo a procedere<sup>87</sup> nei confronti di Ciancio Sanfilippo Mario. Il Gip di Catania, in realtà, ha interpretato la sentenza CEDU in maniera difforme rispetto al significato che i giudici strasburghesi intendevano dare. Il giudice territoriale, infatti, non curando la questione relativa alla prevedibilità, ha sostenuto che nel processo a Strasburgo le parti hanno pacificamente ritenuto il concorso esterno in associazione mafiosa come reato di origine giurisprudenziale e che, pertanto, «deve dichiararsi che non esiste il reato contestato all'imputato per il principio di legalità, essendo il sistema giuridico italiano un sistema di *civil law* e non già di *common law*»<sup>88</sup>.

Non può stupire, pertanto, la decisione presa dalla Suprema Corte sul ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania con la quale i giudici di legittimità, dopo aver chiarito che «deve escludersi che possa assumere rilievo, quantomeno con riguardo all'intero arco di proiezione delle condotte contestate all'imputato, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 14. 4.2015, Contrada c. Italia» in quanto tale decisione «non sorregge in alcun modo la conclusione della non configurabilità della fattispecie del concorso esterno nel reato associativo»<sup>89</sup>, hanno annullato con rinvio la sentenza impugnata.

Al di là dei dubbi di diritto sostanziale che lascia tale argomentazione, appare evidente che il Gip di Catania non avrebbe dovuto (e soprattutto potuto) disapplicare la norma ritenuta in contrasto con una disposizione della Costituzione. Si badi, peraltro, che la previsione del concorso esterno, seppure fosse da considerarsi esclusivamente di origine giurisprudenziale, non sarebbe affatto in contrasto con la norma europea in quanto nella sentenza della Corte EDU ciò che viene rimproverato è l'applicazione retroattiva di un orientamento giurisprudenziale sfavorevole, non l'applicazione di una norma di creazione giurisprudenziale. Anche laddove ciò si fosse verificato, il giudice interno avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost.<sup>90</sup> o ancora, visto l'esito del ragionamento del giudice, per contrasto con l'art. 25 co. 2 Costituzione<sup>91</sup>.

Questione di legittimità costituzionale che è stata posta, invece, dai difensori di Michele Trematerra nell'ambito del giudizio di Cassazione relativo al ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catanzaro avverso l'ordinanza pronunciata dal Tribunale del Riesame che aveva rigettato l'appello del Pubblico Ministero contro l'ordinanza con la quale il Gip aveva negato l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere. La questione era stata sollevata sia perché la pena per il concorrente esterno non sarebbe prevista dalla legge, sia perché ad esso è applicata la stessa pena prevista per il partecipante.

Tuttavia, con la suddetta sentenza<sup>92</sup>, la Suprema Corte ha colto l'occasione per ribadire, ancora una volta, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., sollevata per contrasto con gli artt. 25 co. 2 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della CEDU, per violazione del principio di legalità: essendo infatti la fattispecie conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. Neppure era ipotizzabile «la violazione del principio di determinatezza e di ragionevolezza della pena, in quanto, per il concorrente esterno, sotto il primo profilo, la pena è quella prevista dall'art. 416 c.p. e, sotto il secondo profilo, applicando norme generali (attenuanti nonché artt. 132 – 133 c.p.), può comminare una pena adeguata al concreto disvalore della condotta tenuta dall'agente»<sup>93</sup>.

Un altro “fratello minore” di Contrada è certamente Marcello Dell'Utri e la sua posizione

<sup>87</sup> Tribunale di Catania, 21 dicembre 2015, sent. n. 1077, dep. 12 febbraio 2016, in *Dir. pen. cont.*, con nota di MARINO G., [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte Edu](#), 6 maggio 2016.

<sup>88</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 109.

<sup>89</sup> Cass. Pen., sez. V, 14 settembre 2016, sent. n. 42996, dep. 12 ottobre 2016, p. 10 in *Dir. pen. cont.*, con commento di VISCONTI C., [Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di Dell'Utri](#), 18 ottobre 2016.

<sup>90</sup> Sul punto si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 22 ottobre 2007. In dottrina, per esempio, MANES V., *Il giudice e il labirinto*, Roma, 2012, pp. 120 ss..

<sup>91</sup> Per un commento alla sentenza si veda MARINO G., [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU](#), in *Dir. pen. cont.*, pp. 6 ss.

<sup>92</sup> Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2016, sent. n. 18132, dep. 2 maggio 2016, in *Dir. pen. cont.*, con commento di RAGUSA G., [La Corte di Cassazione ritorna sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa: infondata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità e di ragionevolezza della pena](#), 9 giugno 2016.

<sup>93</sup> Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2016, sent. n. 18132, cit., p. 16.

ricopre un ruolo centrale in questo breve *excursus* perché ha posto la questione se l'obbligo di conformarsi al giudicato europeo riguardi solo la vicenda per la quale la Corte di Strasburgo si è pronunciata o anche soggetti diversi ma con posizione processuale simile. Sul punto, la giurisprudenza costituzionale<sup>94</sup> ha già specificato che tale obbligo sussiste solo ove si tratti di una "sentenza pilota" o di una pronuncia che rappresenti la giurisprudenza consolidata della Corte europea.

La Corte di Appello di Palermo, con ordinanza del 18 novembre 2015<sup>95</sup>, ha dichiarato inammissibile l'incidente di esecuzione con il quale i difensori di Dell'Utri avevano proposto istanza di revoca della sentenza di condanna chiarendo d'ufficio, peraltro, che non è prospettabile una questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato in presenza di una violazione identica a quella già accertata dalla Corte europea.

La Corte di Cassazione<sup>96</sup>, dopo aver chiarito che, in seguito alla decisione della Corte Costituzione n. 113/2011 in tema di ampliamento della revisione al giudicato europeo, lo strumento più idoneo per l'adeguamento alle sentenze CEDU è, appunto, la c.d. "revisione europea"<sup>97</sup>, ha escluso che vi sia identità di posizione tra Bruno Contrada e Marcello Dell'Utri. In particolare, i giudici di legittimità hanno affermato che «al fine di ritenere sussistente o meno un *deficit* di prevedibilità degli effetti della propria condotta, se da un lato rilevano gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti, dall'altro rileva la concreta vicenda processuale, la condizione soggettiva dell'imputato al momento del fatto, le modalità di esercizio del diritto di difesa della persona accusata durante il giudizio interno»<sup>98</sup> evidenziando che Dell'Utri non ha mai sollevato il tema della prevedibilità invocando piuttosto l'applicazione dei principi di diritto stabiliti dalle Sezioni Unite in tema di concorso esterno perché ritenuti funzionali alla propria strategia difensiva<sup>99</sup>. Ciò perché se per Contrada era effettivamente possibile che il fatto fosse qualificato come favoreggiamento, per Dell'Utri l'alternativa era tra concorso esterno e partecipazione interna.

A ben vedere, questa pronuncia sembra quasi voler affermare che Bruno Contrada non abbia "fratelli minori" e, per tale ragione, non si pone il problema di dover adeguare tale sentenza – che non sembra poter essere pilota – a casi analoghi: nel fare ciò, i giudici di legittimità forniscono tuttavia una lettura della prevedibilità diversa<sup>100</sup> rispetto a quella data con la sentenza Contrada dai giudici di Strasburgo. Innanzitutto, a nulla rileva la prevedibilità della decisione al momento del processo dovendo questa sussistere al momento della condotta e, ancora, almeno nel caso di specie, non sembra potersi fare riferimento alle caratteristiche soggettive dei ricorrenti dal momento che i giudici europei hanno completamente abbandonato tale criterio riconoscendo valore solo al precedente qualificato, seppure successivamente modificato rispetto a quello da loro preso quale *discrimen* tra imprevedibilità e prevedibilità.

<sup>94</sup> Corte Cost., 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015), sent. n. 49, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Tra i commenti si veda, per esempio, BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzionale, CEDU e diritto vivente*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 288 ss.; CIVIELLO G., *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. Pen.* n. 1/2015; CONTI R., *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 325 ss; VIGANÒ F., *La consulta e la tela di Penelope*, in *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 333 ss.

<sup>95</sup> Corte di Appello di Palermo, 18 novembre 2015, ord. n. 639, dep. 23 novembre 2015.

<sup>96</sup> Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2016, sent. n.44193, dep. 18 ottobre 2016, in *questa Rivista* con commento di VISCONTI C., *Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di Dell'Utri*, cit.

<sup>97</sup> In tema di applicabilità dello strumento della "revisione europea" a casi analoghi a quello del ricorrente vittorioso a Strasburgo si veda Cass. Pen., sez. II, 20 giugno 2017 (dep. 7 settembre 2017), n. 40889 in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, con nota di BERNARDI S., *La Suprema Corte torna sui limiti di operabilità dello strumento della "revisione europea": esclusa l'estensibilità ai "fratelli minori" del ricorrente vittorioso a Strasburgo*, in cui i giudici di legittimità hanno escluso che tale rimedio possa essere utilizzato al di fuori del caso oggetto di giudizio innanzi ai giudici di Strasburgo.

<sup>98</sup> Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2016, sent. n.44193, dep. 18 ottobre 2016, cit. p. 31.

<sup>99</sup> Sul punto si veda un passaggio della sentenza in commento secondo cui «può dunque affermarsi che dal contegno processuale tenuto dal Dell'Utri nei giudizi interni non emerge alcun deficit in punto di prevedibilità in concreto delle conseguenze della condotta tenuta al momento del fatto in rapporto all'esito del giudizio, non essendosi ossa alcuna contestazione (a differenza del Contrada) di tale specifico profilo innanzi alla giurisdizione interna», p. 33.

<sup>100</sup> Per un'analisi compiuta degli effetti della sentenza Contrada in relazione ai c.d. "fratelli minori" si veda BERNARDI S., *I "fratelli minori" di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione. Considerazioni su Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016*, in *questa Rivista*, 2/2017; PERRONE D., *"Stabilizzazione" del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, in *Leg. Pen.*, 26 giugno 2016.

## 4.

## La precisione quale requisito di “prevedibilità”. Quando l’“accessibilità” non basta: il caso *de Tommaso c. Italia* e le SS.UU. Paternò (in attesa della Corte Costituzionale).

Solo pochi mesi fa, nel caso *de Tommaso c. Italia*<sup>101</sup>, la Corte Edu si è nuovamente trovata a decidere sulla prevedibilità, stavolta con riguardo al contenuto della c.d. pericolosità generica nell'ambito delle misure di prevenzione personali di cui alla L. n. 1423/1956 nonché delle prescrizioni del “vivere onestamente”, di “rispettare le leggi” e di “non partecipare a pubbliche riunioni”.

La Corte, dopo aver ricordato il principio generale per il quale «l'espressione “prevista dalla legge” esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge in questione, esigendo che debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili» (§ 106) ha ribadito che «una norma non può essere considerata una “legge” se non è formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta» (§ 107).

I giudici di Strasburgo, dopo aver ricostruito la posizione della Corte Costituzionale e di quella di Cassazione in materia, hanno ritenuto insufficienti gli interventi del giudice delle leggi volti a chiarire il significato dei criteri da utilizzare nella valutazione della pericolosità sociale del proposto giungendo alla conclusione che «la legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società» (§ 117).

La medesima considerazione è stata svolta in riferimento alle prescrizioni che vengono imposte al soggetto cui è applicata la misura di prevenzione personale quali il “vivere onestamente”, “rispettare le leggi” e “non dare ragione alcuna a sospetti” valutate come «formulate in termini molto generici e dal contenuto estremamente vago e indeterminato»<sup>102</sup> evidenziando, sul punto, che la Corte Costituzionale è giunta solo nel 2010<sup>103</sup> e, pertanto, in epoca successiva a quella in cui la misura era stata applicata al ricorrente, a interpretare tali obblighi ritenendo, peraltro, ancora irrisolto il problema della portata di tali imposizioni.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di Strasburgo, nella sua massima composizione, ha concluso che «la legge abbia lasciato ai giudici un'ampia discrezionalità senza indicare con sufficiente chiarezza la portata di tale discrezionalità e le modalità per esercitarla [con la conseguenza che] l'applicazione al ricorrente di misure di prevenzione non era sufficientemente prevedibile e non era accompagnata da adeguate garanzie contro i vari possibili abusi» (§ 124) e che la l. n. 1423/1956 «era redatta in termini vaghi ed eccessivamente ampi. Né le persone cui erano applicabili le misure di prevenzione [...] erano definiti dalla legge con sufficiente precisione e chiarezza» (§ 125).

Il giudizio di accessibilità della norma e prevedibilità dei suoi effetti è stato svolto, dai giudici europei, su due piani: il primo relativo ai destinatari delle misure e, in particolare, ai c.d. soggetti a pericolosità generica; il secondo relativo al contenuto delle prescrizioni imposte.

Per quanto concerne il requisito dell'accessibilità, la Corte EDU non ha dubbi: le disposizioni sono contenute in una legge e, dunque, sono da ritenersi certamente accessibili. Ma ciò non basta. Perché sia soddisfatto anche il requisito della prevedibilità, è necessario, nel caso specifico, che i destinatari della norma e le prescrizioni a questi imposti siano sufficientemente chiari e determinati. Ed è proprio su questo punto che i giudici di Strasburgo hanno qualche remora sia per quanto concerne i destinatari della norma indicati all'art. 1 lett. a) e b) l. n. 1423/1956, sia per quanto riguarda gli obblighi di “vivere onestamente”, “rispettare le leggi” e “non dare ragione alcuna ai sospetti”.

Immediata è stata la reazione dei primi commentatori a difesa del sistema delle misure di

<sup>101</sup> Corte EDU, Grande Camera, 23.02.2017, *de Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09. Tra i primi commenti si vedano, tra gli altri, MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza della qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017; MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017; ID., *Prima riflessioni sulla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); MAIELLO V., *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039; VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017.

<sup>102</sup> Cfr. *ibidem*, § 119 – 122. Sulla mancanza di limiti temporali e spaziali al divieto di partecipare a riunioni pubbliche § 123.

<sup>103</sup> Corte Cost., 7 luglio 2010, sent. n. 282/2010, in *Giur. Cost.*, 2010.

prevenzione sostenendosi, in particolare, come il difetto di determinatezza delle categorie di pericolosità generica nonché le prescrizioni analizzate dalla Corte EDU, sia stato 'sanato' dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità che «nel suo divenire e nel suo consolidarsi concorre pienamente ad assicurare il significato della norma e la prevedibilità»<sup>104</sup>. In particolare, l'esito della pronuncia *de Tommaso* risentirebbe di quanto avvenuto nel caso concreto in cui il Tribunale aveva applicato la misura sulla base di mere "tendenze criminali", presupposto già ritenuto inidoneo dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 177/1980<sup>105</sup>. A dimostrazione delle lacune di tale pronuncia vi sarebbero anche le opinioni dissenzienti di alcuni giudici tra cui Keller, Kjolbro, Raimondi, Šikuta, Villiger secondo i quali non vi sarebbe violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 sotto il profilo della prevedibilità quanto, piuttosto, una violazione del principio di proporzionalità relativamente al caso concreto<sup>106</sup>. A tale conclusione si giunge anche in virtù del fatto che la Corte aveva precedentemente espresso un giudizio positivo sulla prevedibilità delle misure di prevenzione nonché sulla conformità delle stesse all'ordinamento europeo<sup>107</sup>. Gli interventi del legislatore e, soprattutto il *diritto vivente*, avrebbero contribuito alla tipizzazione dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione personali prevedendo, oltre che la riconducibilità della persona a una delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore, anche la pericolosità sociale della persona e l'attualità di detta pericolosità non ritenendo sufficiente la sola realizzazione di un qualsiasi illecito<sup>108</sup>.

Anche se la Corte di Strasburgo non ha affrontato la questione relativa alle misure patrimoniali, la dottrina<sup>109</sup> ha subito evidenziato che la sentenza *de Tommaso* potrebbe avere ricadute anche sulle misure ablative applicate ai soggetti a pericolosità generica. Se è vero, infatti, che a partire dalle modifiche introdotte con il d.l. n. 92/2008, convertito in l. n. 125/2008 è venuta meno l'accessorietà delle misure patrimoniali rispetto alle personali, operando ora il principio di applicazione disgiunta, è altrettanto vero che per l'applicabilità delle prime è in ogni caso richiesto un accertamento della pericolosità del soggetto.

Nella sentenza *de Tommaso* non è denunciato esclusivamente il difetto di determinatezza dei soli presupposti applicativi delle misure, ma anche delle relative prescrizioni imposte la cui violazione, peraltro, può integrare il reato previsto e punito dall'attuale art. 75 d.lgs. n. 159/2011<sup>110</sup>.

In riferimento alle altre due prescrizioni, si è evidenziato, invece, come quella del "vivere onestamente" non viene applicata da sola, ma è integrata dal "rispettare le leggi" così come chiarito dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 282/2010 con la quale i giudici delle leggi hanno specificato che tale prescrizione deve essere letta come l'obbligo «di adeguare la propria condotta a un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di vivere onestamente si concreta e si individualizza». Anche sull'obbligo di "rispettare le leggi" la Consulta prima e la Cassazione poi hanno escluso si tratti di una prescrizione indeterminata in quanto non si traduce nell'onere di rispettare tutte le prescrizioni la cui violazione porti a ritenere ulteriormente accentuata la pericolosità sociale già accertata. Né deve ritenersi che le prescrizioni siano norme a carattere generale in quanto è compito della giurisprudenza calibrarle *ad personam* affinché possano esplicare la loro efficacia<sup>111</sup>.

<sup>104</sup> MENDITTO F., *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, p. 35.

<sup>105</sup> In particolare, in questa pronuncia, i giudici delle leggi, nel dichiarare illegittima la categoria dei "proclivi a delinquere", hanno specificato che i presupposti di fatto su cui fondare il giudizio di pericolosità sociale devono essere previsti dalla legge e che la descrizione delle condotte considerate deve prevedere il riferimento ai reati o alle categorie di reati che si intende prevenire in modo da garantire maggiore determinatezza.

<sup>106</sup> Tra le opinioni dissenzienti, particolarmente interessante è quella del giudice Pinto de Albuquerque secondo cui quella delle misure di prevenzione sarebbe una "truffa delle etichette" trattandosi, in realtà, di misure che hanno natura penale e devono essere sottoposte alle garanzie della materia penale. Sul punto, da ultimo, MANNA A., in *Il principio di legalità*, cit., il quale ha pure sostenuto che, siccome la Corte EDU ha applicato paradigmi di natura penalistica, ne dovrebbe scaturire «un futuro ripensamento circa la natura giuridica delle misure di prevenzione, in quanto, avendo applicato detto tipo di paradigmi, a questo punto rischia di diventare un'antinomia giuridica quella di voler continuare a qualificare le misure *de quo agitur* come puramente amministrative», p. 9.

<sup>107</sup> Si vedano, per esempio, Corte EDU, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; Corte EDU, 20 aprile 2010, *Villa c. Italia*, ric. n. 19675/06; Corte EDU, 8 ottobre 2013, *Monno c. Italia*, ric. n. 18765/09.

<sup>108</sup> Si vedano, per esempio, per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità Cass. Pen., Sez. I, 24 marzo 2015 (dep. 17 luglio 2015); sent. n. 31209, in *C.E.D. Cass.*; Cass. Pen. SS.UU., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *questa Rivista*, 5 febbraio 2015.

<sup>109</sup> MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, cit., 6 marzo 2017, p.17; VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017.

<sup>110</sup> Per quanto concerne la prescrizione del "non dare ragione alcuna di sospetto", il problema si è posto solo relativamente al caso *de Tommaso*, la cui misura era stata applicata in vigore della L. 1423/1956, ma non è più prevista nel testo dell'attuale codice antimafia.

<sup>111</sup> In questi termini, Cass. Pen., SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 24 luglio 2014, sent. n. 32923, in *C.E.D. Cass.*, 2014, n. 260019).

Anche la prescrizione del “non partecipare a pubbliche riunioni” è stata ritenuta vaga e indeterminata e, sul punto, recentissima giurisprudenza di merito, intervenuta dopo la sentenza de Tommaso, ha chiarito che tale disposizione deve essere letta in riferimento alle riunioni in luogo pubblico per le quali deve essere dato preavviso alle Autorità che possono vietarle di cui all'art. 17 co. 2 Cost. e non anche a quelle in luogo aperto al pubblico, purché pacifiche e senz'armi<sup>112</sup>.

Come era inevitabile e come è avvenuto anche per la sentenza Contrada (vd. *supra*), le ricadute interne sono state contrastanti.

La Corte di Appello di Milano<sup>113</sup>, il 7 marzo 2017, evidenziando le peculiarità del caso *de Tommaso* e giungendo a conclusione che la sentenza resa dalla Grande Camera non può essere considerata né ‘sentenza pilota’, né frutto di una giurisprudenza consolidata alla luce della sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale, ha confermato la misura applicata al preposto, genericamente pericoloso. I giudici milanesi hanno ritenuto, da un lato, che la genericità del presupposto applicativo, nel caso di specie, poteva essere superata sulla base dei numerosi precedenti penali del soggetto e la gravità di questi tra cui un omicidio, dall'altro, che la portata delle prescrizioni è stata ormai riempita di contenuto dalla sentenza della Corte cost. n. 282/2010 oltre che dalle pronunce dei giudici di legittimità.

A pochi giorni di distanza, il 14 marzo 2017, il Tribunale di Napoli<sup>114</sup>, alla luce del *dictum* de Tommaso, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione fondate sulle fattispecie a pericolosità generica e lo ha fatto sia relativamente alle misure personali sia a quelle patrimoniali ritenendo che la sentenza della Corte EDU, pur non occupandosi delle misure ablative perché non oggetto del caso demandato, travolge l'intera disciplina.

Il 28 marzo 2017 il Tribunale di Palermo<sup>115</sup>, ribadendo che la sentenza de Tommaso non può essere considerata una ‘sentenza pilota’, ha affermato che «nella normativa vigente non può ravvisarsi alcun contrasto rispetto ai principi posti, a tutela della libertà di circolazione dell'individuo, dalla Corte EDU né, di conseguenza, alcuna incompatibilità con le garanzie costituzionali». Anche i giudici palermitani, poi, hanno specificato che «il dettato di “vivere onestamente” impone al sorvegliato di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle [...] prescrizioni a lui imposte, così concretizzandosi e individualizzandosi». Il contenuto delle prescrizioni, dunque, non è indeterminato perché, oltre quanto già specificato dalla Corte cost. nella sent. n. 282/2010, spetta alla giurisprudenza di chiarirne la portata in via interpretativa.

Alle medesime conclusioni è giunto il Tribunale di Roma<sup>116</sup> cui fa *da pendant* la nota emessa ai sensi dell'art. 7, co. 3 d.lgs. n. 159/2011 dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli in data 29 marzo 2017 la quale ha chiarito che la Corte EDU non ha dato rilievo specifico al d.lgs. n. 159/2011, intervenuto sulla «valorizzazione della pericolosità sociale, secondo l'attenta lettura offerta dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale» evidenziando che anche per la Cassazione «sono proponibili interpretazioni stringenti delle categorie di pericolosità con rigorosa individuazione degli elementi di fatto utilizzati, richiamando i delitti accertati irrevocabilmente ovvero le condotte costituenti delitto che si ritiene siano accertate così consolidando un diritto vivente conforme a quanto indicato dalla Corte EDU»<sup>117</sup>.

Sulla stessa linea del Tribunale di Napoli si è mosso il Tribunale di Udine<sup>118</sup> che ha riconosciuto rilievo e applicabilità generale alla sentenza de Tommaso sul presupposto che la stessa è stata emessa dalla Grande Camera facendo ciò, a dire dei giudici, superare la mancanza di

<sup>112</sup> Corte di Appello di Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, dec. 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), in *Dir. pen. cont.*, p. 6, con nota di FINOCCHIARO S., *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, fasc. 4/2017.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> Corte di Appello di Napoli, VIII sez – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ F., *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, fasc. 3/2017.

<sup>115</sup> Tribunale di Palermo, Sez. I penale – misure di prevenzione, 28 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, con nota di BALATO F., *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, fasc. 4/2017.

<sup>116</sup> Tribunale di Roma, sez. specializzata misure di prevenzione, 3 aprile 2017, in *Dir. pen. cont.*, con commento di RECCHIONE S., *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “De Tommaso v. Italia” (e confermata dalle Sezioni Unite Paternò)*, fasc. 10/2017.

<sup>117</sup> MENDITTO F., Memoria ex art. 7, co. 3 D.lgs. 159/2011, in *Giur. Pen.*, p. 5.

<sup>118</sup> Tribunale di Udine, sez. penale, 4 aprile 2017 (dep. 10 aprile 2017), in *Arch. Pen.*.

un orientamento consolidato. In particolare, essi hanno ritenuto che «non vi è la possibilità di interpretare le disposizioni per adeguarle alla norma convenzionale come interpretata dalla decisione CEDU, venendo ritenuta violata l'intera disposizione normativa»: anche il Tribunale friulano ha così ampliato il giudizio di legittimità rinviandolo per il d.lgs. n. 159/2011, in quanto si tratta di disciplina che riproduce il contenuto degli artt. 1, 3 e 5 della l. n. 1423/1956.

Senonché, il rischio è che la sentenza de Tommaso si tramuti, di fatto, in una 'Varvara bis' non potendosi escludere che, anche in tal caso, richiamando la sentenza n. 49/2015 la Corte costituzionale assuma, per evidenti ragioni, un atteggiamento di analoga prudenza nel riconoscere a quella pronuncia valore vincolante in quanto "sentenza pilota" o espressione di una giurisprudenza consolidata, specie a fronte della rilevanza in essa indubitabilmente rivestita dalle peculiarità del caso, neppure essendo dirimente l'intervento della Grande Camera<sup>119</sup>.

La genericità delle prescrizioni incide anche su un altro aspetto di particolare rilevanza giacché la violazione di queste configura l'ipotesi di reato di cui all'art. 75 del codice antimafia (prima art. 9 l. n. 1423/1956) ingenerando, pertanto, a catena, un difetto di determinatezza relativamente alla condotta criminosa.

Da ultimo, la Corte di Cassazione<sup>120</sup> si è espressa nella sua massima composizione, dovendosi stabilire se la norma abbia ad oggetto anche la predetta violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"<sup>121</sup> giungendo ad una risposta negativa.

La Suprema Corte ha prima ripercorso la ricostruzione operata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità evidenziando i contributi tipizzanti derivanti dall'attività ermeneutica e, sul tema specifico, quelli forniti dalla Sentenza Sinigaglia<sup>122</sup> volti a circoscrivere l'applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 159/2011 solo in presenza di condotte che danno luogo a reati o a gravi illeciti amministrativi, ha poi ritenuto che mentre tale «verifica funzionale è efficace rispetto alle prescrizioni specifiche, riferita alle prescrizioni generiche mostra alcuni limiti».

In particolare, il Supremo consesso, sulla scorta del *dictum* de Tommaso e della giurisprudenza europea, ha posto l'accento sul corollario della prevedibilità sostenendo che la forte discrezionalità concessa ai giudici nell'applicazione della fattispecie, rende ancora più incerta e imprevedibile la condotta prevista dalla norma incriminatrice specificando che «sarebbe caratterizzata da eccessiva discrezionalità sia l'individuazione dei reati [...] sia degli illeciti amministrativi, dovendosi distinguere quelli più gravi la cui violazione darebbe luogo al reato di cui all'art. 75 cit.». Ma, soprattutto, si tratta di una soluzione che non risolve il problema principale, che è quello del *deficit* di determinatezza del reato di cui all'art. 75 cit., in relazione alle violazioni delle prescrizioni generiche dell'*honeste vivere* e del *rispettare la legge*<sup>123</sup>. *Deficit* che, a giudizio della Cassazione, non sarebbe stato totalmente risolto dall'interpretazione della Corte Costituzionale<sup>124</sup>.

La Corte, dunque, ha condiviso l'assunto secondo cui la prevedibilità degli effetti di una disposizione non dipende esclusivamente dalla presenza di una base legale quanto, piuttosto, dalla 'qualità' della stessa perché solo una norma sufficientemente chiara e precisa consente ai cittadini di regolare la propria condotta e prevedere le conseguenze che possono derivarne. Il problema posto dalle prescrizioni del "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" a causa della loro vaghezza pone un problema di conoscibilità del precetto che incide direttamente sulla

<sup>119</sup> Così, di recente, anche MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, cit., 157 ss.

<sup>120</sup> Cass. Pen., SS.UU., 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), sent. n. 40076. Per i primi commenti si vedano, per esempio, BIONDI G., *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte Edu De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, co. 2, D.lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017; VIGANÒ F., *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fatti specie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, in cui l'Autore definisce il provvedimento come «una perspicua e coraggiosa sentenza» resa «in un momento storico in cui sembrano dominare le spinte centripete ostili al progetto di europeizzazione del sistema penale italiano, in nome della tutela dell'identità costituzionale» e delle specificità della nostra tradizione». L'11 ottobre 2017, la seconda Sezione della Corte di Cassazione (Cass. Pen., II sezione, ord. 11 ottobre 2017 – dep. 26 ottobre 2017 – n. 49194) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 D.lgs. 159/2011 considerato in contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 2, prot. 4 CEDU. Per un commento all'ordinanza, VIGANÒ F., *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017.

<sup>121</sup> Sull'indeterminatezza del delitto di cui all'art. 75 D.lgs. 159/2011, si veda, per es., CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, cit., p. 43.

<sup>122</sup> Cass. Pen. SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 24 luglio 2014), sent. n. 32923, in *Rv* 260019.

<sup>123</sup> Cass. Pen. SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 24 luglio 2014), sent. n. 32923, cit., p. 13.

<sup>124</sup> Nella parte motiva della sentenza si legge che «è dubbio che [le prescrizioni del "vivere onestamente" e "rispettare le leggi"] possano considerarsi vere e proprie prescrizioni dal momento che non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento "morale", la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice», p. 15.

sussistenza della colpevolezza intesa come «possibilità del destinatario di essere motivato dal diritto»: si supera, dunque, la diatriba tra *law in the books* e *law in action* non disconoscendosi affatto il ruolo della giurisprudenza nella tipizzazione delle condotte costituenti il reato in commento, ma ritenendola insufficiente per garantire ai cittadini la conoscibilità degli obblighi imposti.

## 5.

### Riflessi della prevedibilità nella giurisprudenza comunitaria: il caso *Taricco* e il suo epilogo.

Quando si è trattato di “difendere” i propri principi, l’arma della prevedibilità è stata usata anche dai giudici nazionali contro quelli europei.

Il riferimento è alla nota sentenza<sup>125</sup> resa dalla Corte di giustizia UE nel caso *Taricco*<sup>126</sup> e, in particolare, all’ordinanza di rimessione n. 24/2017<sup>127</sup> con la quale la Consulta, sperimentando la strada di un “dialogo tra Corti”<sup>128</sup>, prima di attivare lo strumento dei ‘controlimiti’, ha spiegato alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea che dare attuazione a quanto stabilito nella sentenza *Taricco*, significherebbe violare il principio di legalità in materia penale anche sotto il profilo della prevedibilità della decisione, corollario tanto caro ai giudici di Strasburgo.

La vicenda è nota: la Corte di Giustizia ha giudicato la disciplina della prescrizione incompatibile con gli obblighi di tutela degli interessi finanziari dell’Unione Europea imposti dall’art. 325 TFUE con la conseguenza dell’obbligo per il giudice nazionale, stante il principio del primato del diritto UE, di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160, co. 3 e 161, co. 2 c.p.<sup>129</sup>.

La Corte di giustizia ha altresì specificato che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»<sup>130</sup>. Tuttavia, benché la Corte sembri rimettere tale verifica ai giudici nazionali (§ 55), non considerando la prescrizione un istituto

<sup>125</sup> Per una lettura dei primi commenti alla sentenza si vedano, *ex multis*, EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in questa Rivista, 2/2015; MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 1250 ss.; MANES V., *La svolta Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016; MANACORDA S., *La prescrizione delle frodi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2016, pp. 867 ss.; MANNA A., *Il difficile dialogo tra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, in *Arch. Pen.*, 3/2016, pp. 673 ss.

<sup>126</sup> CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C – 105/14, in questa Rivista, con commento di VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015. Per una ricognizione della pronuncia si veda anche EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in questa Rivista, n. 2/2015, pp. 40 ss. Sull’erronea applicazione del principio di assimilazione nella sentenza in commento, MEZZETTI E. – SESTIERI M., *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Arch. Pen.*, 1/2016.

<sup>127</sup> Corte Cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, in questa Rivista. Numerosi i commenti all’ordinanza. Si vedano, *ex multis*, BAILO F., *Il principio di legalità in materia penale quale controlimito all’ordinamento eurocomunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *consultaonline*, fasc. 1/2017, pp. 94 ss.; CAIENIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o confronto identitario?*, in questa Rivista, 2/2017; CIVELLO G., *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, ricorre alla Corte di Giustizia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo tra le corti”*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2017; CUPELLI C., *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017; FAGGIANI V., *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in Osservatorio costituzionale AIC, fasc. 1/2017; KOSTORIS R., *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017; MANES V., *La Corte muove e in tre mosse da scacco a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; PALAZZO F., *La Consulta risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, pp. 285 ss.; RICCARDI G., *“Patti chiari, amicizia lunga”. La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017; RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, in *consultaonline*, fasc. 1/2017, pp. 94 ss.; SICURELLA R., *Oltre la vexata questio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017; VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017.

<sup>128</sup> L’espressione è di CAIENIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o confronto identitario?*, cit.

<sup>129</sup> In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che «l’obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell’Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell’Unione, ossia dall’art. 325, paragrafo 1 e 2 TFUE» (§ 50) e che «in forza del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni dell’art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE hanno l’effetto nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente» (§ 52).

<sup>130</sup> Cfr. *Ibidem*, § 53.

di diritto sostanziale, in realtà giunge già alla conclusione che non vi sarebbe violazione dei diritti degli interessati in quanto dalla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. «non deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste»<sup>131</sup>.

A seguito di questa pronuncia, prima la Corte di Appello di Milano<sup>132</sup> e poi la Corte di Cassazione<sup>133</sup> hanno rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 130/2008 di ratifica ed esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, nella parte in cui impone l'obbligo di applicare l'art. 325 § 1 e 2 TFUE in particolare secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia UE nella causa Taricco da cui discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, co. 3 e 161, co. 2 c.p. quando ne derivi una sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA<sup>134</sup>.

Entrambe le ordinanze, dopo aver ribadito che l'ordinamento italiano qualifica la prescrizione come istituto di diritto sostanziale, hanno evidenziato l'incompatibilità della disapplicazione richiesta dalla Corte di Giustizia con il principio di legalità in materia penale.

In particolare, l'ordinanza della Suprema Corte ha messo in luce l'indeterminatezza dei presupposti oggettivi dell'obbligo di disapplicazione imposti dalla sentenza Taricco oltre che la violazione del corollario dell'irretroattività in quanto si applicherebbe una norma sfavorevole anche a fatti commessi prima di Taricco. I giudici di legittimità hanno anche osservato che la disapplicazione delle norme sulla prescrizione, stante la natura dell'istituto, comporterebbe uno stravolgimento della funzione della pena che da strumento per la rieducazione del condannato diventerebbe strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea<sup>135</sup>. E ancora, secondo i giudici rimettenti, l'art. 325 TFUE non può essere considerata regola suscettibile di applicazione automatica in quanto riguarda, piuttosto, la produzione di norme e, in quanto tale, diretta agli Stati membri<sup>136</sup>. I giudici di Cassazione hanno posto l'accento anche sul principio di separazione dei poteri evidenziando che «l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'oggetto ("frode grave"), dell'ambito di applicabilità (la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE), e della valutazione di ineffettività della disciplina ("in un numero considerevole di casi di frode grave"), assegna all'ordine giudiziario un potere normativo riservato al legislatore, che viola il principio fondamentale della separazione dei poteri»<sup>137</sup>.

Anche la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 24/2017, si è eretta a difesa del principio di legalità riscoprendo<sup>138</sup> soprattutto il corollario della determinatezza e ripagando la Corte di Lussemburgo con la stessa "moneta"<sup>139</sup>. Anziché dare diretta attuazione allo strumento dei

<sup>131</sup> Cfr. *Ibidem*, § 56.

<sup>132</sup> Corte di Appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i controlli*, 21 settembre 2015.

<sup>133</sup> *Cass. Pen., Sez. III, 30 marzo 2016, ord. n. 28346 (dep. 8 luglio 2016)*, in *Dir. pen. cont.*

<sup>134</sup> Non è mancata, però, una pronuncia della Corte di Cassazione con cui i giudici di legittimità, in attuazione del *dictum* Taricco, hanno disapplicato gli artt. 160 co. 3 e 161 co. 2 c.p. Il riferimento è alla sentenza del 17 settembre 2015, n. 2210 con la quale la III sezione, condividendo l'assunto secondo il quale la prescrizione è un istituto di natura processuale, ha escluso che la sentenza Taricco ponga problemi di compatibilità con il principio di legalità e, *valutando* che il caso in esame soddisfaceva i criteri previsti dalla sentenza della Corte di giustizia, ha disapplicato gli artt. 160 co. 3 e 161 co. 2 c.p..

<sup>135</sup> Così *ibidem*, pp. 43 ss.

<sup>136</sup> Nella summenzionata sentenza, i giudici di legittimità affermano che «da tale disposizione, e dal complessivo quadro istituzionale dell'Unione, deriva che l'eventuale inadeguatezza della tutela penale apprestata da un ordinamento nazionale potrebbe essere sanzionata con una procedura di inadempimento dello Stato membro (art. 258 e ss. TFUE), non già con l'affermazione di un obbligo di disapplicazione con effetti penali in *malam partem* rivolto ai giudici nazionali», p. 37.

<sup>137</sup> Cfr. *ibidem*, p. 42.

<sup>138</sup> La Consulta difficilmente ha dichiarato incostituzionali norme indeterminate riconoscendo al principio di determinatezza una portata piuttosto limitata. Si vedano, a titolo esemplificativo, Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 27 in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 357 ss.; Corte Cost., 3 marzo 1972, n. 42, in *Giur. Cost.*, 1972, p. 187 in cui la Corte, chiamata a valutare la determinatezza dell'art. 570 c.p. in materia di obblighi di assistenza familiare, ha affermato che il principio di determinatezza è rispettato ogni volta che il legislatore, per la descrizione di una fattispecie, fa ricorso a concetti extragiuridici diffusi; nello stesso senso Corte Cost., 30 gennaio 1974, n. 20, in *Giur. Cost.*, 1974, pp. 73 ss in tema di reati di opinione; recentemente Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327 in tema di applicabilità della nozione di "altro disastro" di cui all'art. 434 c.p. ai casi di disastro ambientale; Corte Cost., 26 gennaio 2009, n. 21, in *Giur. Cost.*, 2009, pp. 2130 ss.; Corte cost., 7 luglio 2010, in *Giur. Cost.*, 2010, in tema di misure di prevenzione. In dottrina si veda, per tutti, MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettiva del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

<sup>139</sup> Il riferimento è alla sentenza *Conrada c. Italia*, cit..



‘controlimiti’, i giudici delle leggi hanno infatti deciso di tentare la strada del “dialogo” con i giudici di Lussemburgo rimettendo alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali: 1. se l’art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di dare attuazione alla sentenza Taricco disapplicando il regime prescrizione anche quando ciò sia privo di una base legale chiara e determinata; 2. se l’art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di dare attuazione a quanto disposto dalla Corte di giustizia anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto sostanziale e soggetta al principio di legalità; 3. se la sentenza Taricco debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice di disapplicare la normativa italiana sull’interruzione della prescrizione anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi cardine dell’ordinamento costituzionale.

Il primato del diritto UE non è mai stato messo in dubbio dalla giurisprudenza costituzionale e non lo è neppure in tale ordinanza, ma la medesima giurisprudenza ne condiziona l’operatività all’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona tra cui trova spazio, senza dubbio, il principio di legalità.

Per quanto d’interesse ai nostri fini, la Consulta ha specificato che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità». Da ciò deriva che l’attuabilità di quanto richiesto dalla Corte di Giustizia è subordinata a due condizioni: la prima relativa alla prevedibilità che il diritto dell’Unione avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ult. co. e 161, co. 2 c.p. in presenza delle condizioni richieste nella causa Taricco; la seconda concernente il rispetto della determinatezza di una norma in quanto la mancanza di precisione di fatto delega al giudice scelte discrezionali e valutative tenendo sempre conto che l’ordinamento italiano ripudia l’idea del giudice di scopo<sup>140</sup>. I giudici delle leggi, invece, non hanno chiarito un punto centrale relativo alla riserva di legge, ‘controlimite’ che pure potrebbe essere azionato dalla Corte costituzionale<sup>141</sup>.

Per quanto riguarda il primo profilo, si tratta di capire se il *dictum* Taricco si ponga in contrasto con un corollario della legalità europea così come interpretata dalla Corte di Strasburgo: l’accessibilità della norma e la prevedibilità della decisione.

*In primis*, è indispensabile una prima osservazione sulla reale portata dell’art. 325 TFUE: occorre capire se si tratta di norma programmatica o precettiva.<sup>142</sup> La differenza è di non poco conto giacché se si riconoscesse un contenuto precettivo, si ammetterebbe in qualche modo una potestà legislativa all’Unione in materia penale mentre se la si considerasse una norma meramente programmatica, questa avrebbe solo un ruolo di indirizzo della politica criminale della tutela degli interessi finanziari dell’UE. Ma la distinzione gioca un ruolo anche in tema di prevedibilità. Laddove si trattasse di norma programmatica, è evidente che un cittadino di qualsiasi Stato dell’Unione non avrebbe in alcun modo potuto prevedere che una disposizione che detta orientamenti rivolti agli Stati avrebbe potuto in qualche modo incidere direttamente sui diritti fondamentali della persona. Nel caso di specie, però, ove anche si volesse riconoscere la natura precettiva all’art. 325 TFUE, non si può certo ritenere che fosse in qualche modo prevedibile la disapplicazione della disciplina interna della prescrizione<sup>143</sup> quale esito dell’applicazione della norma in commento dal momento che dal testo non si poteva in alcun modo ricavare tale conseguenza giuridica né si rinvenivano orientamenti giurisprudenziali che potessero rendere ipotizzabile un tale esito. E non solo. L’indeterminatezza della norma che fa riferimento a “gravi” frodi fiscali “in un numero considerevole di casi” non impone alcun limite alla discrezionalità del giudice con la conseguenza che non è possibile prevedere il significato

<sup>140</sup> Sul punto si rinvia a SOTIS C., *“Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (causa Taricco), in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2017, pp. 13 ss.

<sup>141</sup> Sul “silenzio” della Consulta sul corollario della riserva si legge, si vedano MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., p. 11; VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Il Caso Taricco e il dialogo tra le corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, BERNARDI A. – CUPELLI C. (a cura di), Jovene, Napoli, 2017, p. 475 ss.

<sup>142</sup> Sul punto, si vedano, per esempio, DI FLORIO M., *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento a “caldo”*, in *Arch. Pen.*, 1/2017; VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area delle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015.

<sup>143</sup> Per una critica sulla necessità di considerare un diritto fondamentale la prevedibilità in tema di prescrizione, si veda Viganò F., *Le parole e i silenzi*, cit., secondo il quale «il *nullum crimen* impone di assicurare al destinatario della norma penale la possibilità di accedere al precetto e di prevedere le conseguenze sanzionatorie della propria condotta; non già di calcolare in anticipo quanto tempo sarà necessario tenere nascosto il proprio reato, prima di poter finalmente beneficiare dell’effetto salvifico della prescrizione».

che a tali termini sarà attribuito con la conseguenza, da un lato, che la decisione è imprevedibile per i destinatari della norma; dall'altro, che il magistrato diventa "giudice di scopo".

La questione della prevedibilità è stata liquidata in poche battute dall'Avvocato Generale<sup>144</sup> che, nelle conclusioni depositate il 18 luglio 2017, dopo aver ribadito la natura processuale della disciplina della prescrizione, si è limitato a sostenere che «gli interessati non potessero ignorare che i fatti ad essi attualmente addebitati potevano far sorgere la loro responsabilità penale e sfociare, in caso di condanna definitiva, nell'applicazione della pena stabilita dalla legge. Tali atti si configuravano come reati nel momento in cui sono stati commessi, e le pene non saranno più severe di quelle applicabili all'epoca dei fatti»<sup>145</sup>.

Relativamente al profilo della determinatezza, la Corte ha specificato che «il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. [...] In tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria»<sup>146</sup> evidenziando che il requisito del «numero considerevole di casi» è tutt'altro che determinato oltre che difficile da definire in via interpretativa<sup>147</sup>.

Il difetto di prevedibilità nella causa Taricco incide su due profili: in tema di irretroattività per tutti i fatti commessi prima della sentenza della CGUE e per il fatto che si tratta di un'interpretazione che si discosta da un obbligo di tutela penale indiretta e che finisce per incidere direttamente sul singolo<sup>148</sup>.

Può apparire singolare che i giudici delle leggi abbiano dato maggiore rilievo alla prevedibilità e alla determinatezza piuttosto che al corollario della riserva di legge ma, probabilmente, tale scelta può essere letta come il tentativo di "parlare la stessa lingua" dei colleghi europei ed evitare che l'*empasse* si trasformi, come ormai sembra, in uno scontro tra sistemi. Se per il diritto europeo non importa che il *nullum crimen* sia *sine lege scripta*, non v'è dubbio che la materia penale debba essere regolata da leggi chiare, precise, che non abbiano efficacia retroattiva *in malam partem* e che siano dotate di effetti prevedibili. Affermando che tali principi sono fondamentali per l'ordinamento italiano con ripudio del giudice di scopo, dall'ordinanza n. 24/2017 «sembra trasparire la chiara volontà di riaffermare la primazia del diritto 'normativo' sul diritto giurisprudenziale, della legge nazionale sulla giurisprudenza fonte di matrice europea»<sup>149</sup>.

L'epilogo è stato, forse, migliore di quanto sperato: nella sentenza depositata il 5 dicembre 2017 (c.d. Taricco *bis*)<sup>150</sup> la Corte di Giustizia, rilevando che «i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA» (§ 58), ha stabilito che «l'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento

<sup>144</sup> Sul punto si veda anche CUPELLI C., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... Il dialogo (non) continua*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017.

<sup>145</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, Causa C – 42/17, presentate il 18 luglio 2017, § 142, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Per un commento si veda BASSINI M., POLLICINO O., *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: seven "deadly" sins and a modest proposal*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) e anche in *Dir. pen. cont.*; CUPELLI C., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non continua)*, cit.; RUGGERI A., *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionale (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *questa Rivista*, 4/2017. In particolare, l'Autore evidenzia la divergenza tra le conclusioni dell'Avvocato Bot e quelle depositate dall'Avvocato Bobek nella causa C – 574/1, ric. *Scialdone*, depositate il 13 luglio 2017 in un caso simile a quello Taricco, in cui l'Avvocato Generale, ponendo l'accento sulle aspettative di tutela dei diritti fondamentali, sostiene le ragioni dei principi di certezza del diritto e della *lex mitior* ritenendoli ostativi alla disapplicazione della disciplina nazionale più favorevole.

<sup>146</sup> Corte Cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, cit., § 5.

<sup>147</sup> A tale contestazione, l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, ha rilevato la necessità che l'obbligo degli Stati «sia fondato esclusivamente sulla natura del reato, e che spetti al legislatore dell'Unione definire detta natura» (§ 116) specificando, poi, che «nell'ambito dei negoziati finalizzati all'adozione della proposta di direttiva PIF, il legislatore dell'Unione ha definito la nozione di reati gravi lesivi degli interessi finanziari dell'Unione – reati che includono anche le frodi in materia di IVA – nel senso che essa comprende tutti i reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri che comportano un danno di importo totale superiore alla soglia di € 10 milioni, soglia soggetta a una clausola di revisione» (§ 117).

<sup>148</sup> Si vedano, tra gli altri, LAURITO A., *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2017, p. 27 ss.; MICHELETTI D., *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Leg. Pen.*, II/2016, p. 8 ss.; MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema". Le ragioni dei controlimiti*, cit., p. 7; MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, BERNARDI A. (a cura di), Napoli, 2017.

<sup>149</sup> Cfr. KOSTORIS R., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, cit., p. 11.

<sup>150</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C – 42/17.

penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea [...] a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente indeterminatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una norma che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». Nella suddetta pronuncia non è mancato il riferimento alla necessità che, ai sensi dell'art. 7 Cedu, le disposizioni penali rispettino i requisiti di accessibilità e prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena (§ 55) e che «il requisito di determinatezza della legge applicabile [...] implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono [specificando che] tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizioni rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale» (§ 56).

## 6. Uno sguardo alla prevedibilità e applicazioni nella giurisprudenza interna. La Corte Costituzionale tra determinatezza e colpevolezza: la “soluzione” dell'art. 5 c.p.

I concetti di accessibilità e prevedibilità non sono stati introdotti dalla giurisprudenza europea, essendo già ben noti nel nostro ordinamento.

Emblematica la storica sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale<sup>151</sup> in cui i giudici delle leggi ricollegano la conoscibilità del precetto al principio di colpevolezza e alla funzione rieducativa della pena affermando che prima ancora del rapporto tra soggetto e singola legge, esiste quello tra ordinamento statale e soggetto in cui il primo è tenuto a garantire la “riconoscibilità sociale” del contenuto delle norme che il singolo è tenuto ad osservare: il principio di determinatezza viene così declinato nel senso di imporre al legislatore l'obbligo di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati»<sup>152</sup>.

E ancora, i giudici delle leggi hanno ritenuto che il principio di conoscibilità del precetto sia statuito anche dall'art. 73, co. 3 cost., interpretando la *vacatio legis* come possibilità di prendere contezza del disposto normativo, quale «autonomo presupposto necessario d'ogni forma d'imputazione» e, dunque, di rimproverabilità del fatto.

Ciò premesso, è chiaro il collegamento che la Consulta ritiene sussistente tra conoscibilità del precetto e l'art. 27, co. 1 e 3 cost. Se si ignora la legge penale e si tratta di ignoranza inevitabile, non sussistendo la colpevolezza, manca anche la personalità della violazione di cui all'art. 27, co. 1 cost.<sup>153</sup>.

Ai sensi dell'art. 27, co. 1 e 3 cost., inoltre, la rieducazione del condannato presuppone una colpa in capo a quest'ultimo che può ravvisarsi solo se la condotta contestata è stata commessa con la consapevolezza della sua anti giuridicità.

In una pronuncia di poco successiva relativa alla mancanza di determinatezza del precetto dovuto a un errore materiale del legislatore nella formulazione della fattispecie, la mancata accessibilità è stata collegata dal Pretore di Vicenza, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, anche all'art. 24, co. 2 cost. Si è affermato, infatti, che il principio di determinatezza e tassatività «incide direttamente sul diritto di difesa: ed invero l'assenza di tassatività della norma penale rende inattuabile il diritto alla difesa e quindi alla precisa contestazione dell'addebito, atteso che la genericità della norma incriminatrice reagisce sulla

<sup>151</sup> Corte Cost., 23 marzo 1988 (dep. 24 marzo 1988), sent. n. 364, in *Consulta online*.

<sup>152</sup> Corte Cost., 9 aprile 1981 (dep. 8 giugno 1981), sent. n. 96, in *Giur. Cost.*. È in questo senso che deve essere inteso il collegamento tra determinatezza della fattispecie e principio di colpevolezza che diventa indispensabile «per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai [...] per comportamenti realizzati nella “non colpevole” e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto». La Consulta giunge perfino a ritenere il principio di colpevolezza quale «secondo aspetto del principio garantistico di legalità vigente in ogni stato di diritto».

<sup>153</sup> Come si legge nell'ordinanza, «la piena compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano riprovevole contrasto o indifferenza» con i valori della convivenza espressi dalle norme penali.

formulazione del capo d'imputazione»<sup>154</sup>.

Del principio di prevedibilità la Consulta si è occupata anche nella nota sentenza n. 230/2012<sup>155</sup>: in particolare, il remittente poneva questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 5, 6 e 7 CEDU nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, il "mutamento giurisprudenziale" determinato da una decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è più previsto come reato; la norma violerebbe, altresì, gli artt. 3 e 25 cost. ponendosi in contrasto con il principio di retroattività della norma più favorevole oltre che gli artt. 13 e 27 cost. privilegiando, da un lato, la tutela dell'ordinamento rispetto alla libertà del soggetto e, dall'altro, violando la funzione rieducativa della pena che, in tal caso, rimarrebbe priva di scopo.

Sulla base dell'interpretazione data dalla Corte EDU all'art. 7, è stato chiesto alla Consulta se possa essere applicato un trattamento più favorevole all'imputato in presenza di una successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali pur in vigenza della medesima fonte scritta.

La Corte, come probabilmente era inevitabile, ha scelto la strada più garantista del principio di legalità, *sub specie* della riserva di legge, affermando che un mutamento giurisprudenziale non rappresenta uno *ius novum*, che, anche pronunce della Cassazione a Sezioni Unite attengono alle dinamiche interpretative delle norme incriminatrici e, stante la non vincolatività delle stesse, non possono avere la medesima efficacia delle ipotesi previste dall'art. 673 c.p.p.

Riferendosi, poi, al caso specifico della *lex mitior*, i giudici delle leggi hanno escluso che dal «principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio di retroattività della *lex mitior*, le decisioni giudiziali definite non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*».

Eppure la soluzione potrebbe essere rinvenuta, in radice, nell'art. 5 c.p. facendo leva sul principio di colpevolezza e, in particolare, sulla necessaria conoscibilità della norma penale nonché delle conseguenze sanzionatorie. A ben vedere, infatti, i giudici delle leggi, nella già menzionata sentenza n. 364/1988, non hanno inteso riferirsi solo alle ipotesi di mancata pubblicazione della legge «quanto piuttosto a situazioni in cui – in ragione ad esempio dell'oscurità o contraddittorietà del precetto, ovvero dell'esistenza di *contrastis giurisprudenziali in seno alla stessa Corte di cassazione* – il consociato non fosse in grado, al momento di decidere se compiere o meno una certa condotta, di *prevedere se la propria condotta sarebbe stata in seguito considerata penalmente rilevante*»: in quest'ottica, non può allora che concordarsi con quanto già affermato sulle pagine di *questa Rivista* dal suo stesso Direttore Responsabile, secondo cui «un'applicazione più generosa – o semplicemente più intelligente – dell'*ignorantia legis* da parte della giurisprudenza potrebbe, insomma, risolvere in radice il problema qui evidenziato; evitando al tempo stesso al nostro paese possibili (e prevedibili!) condanne in sede europea, per violazione dei principi di accessibilità della norma penale e di prevedibilità della conseguenze sanzionatorie, che come abbiamo visto a suo tempo la giurisprudenza di Strasburgo deduce da tempo dall'art. 7 CEDU»<sup>156</sup>.

## 6.1.

### *(segue). La Corte di Cassazione: solo due esempi in tema di concorso apparente di norme e tentativo di rapina impropria.*

Due, tra le tante, le questioni sulle quali la Cassazione ha invocato la prevedibilità ai sensi dell'art. 7 Cedu. Nei due casi esaminati, la Suprema Corte ha riconosciuto il contributo del diritto vivente nella specificazione degli elementi della fattispecie ancorando la prevedibilità al risultato interpretativo<sup>157</sup>.

Un primo esempio è rinvenibile nelle Sezioni Unite Giordano<sup>158</sup> in tema di concorso di

<sup>154</sup> Corte Cost., 13 aprile 1992 (dep. 22 aprile 1992), sent. n. 185, in *Consulta Online*.

<sup>155</sup> Corte Cost., 8 ottobre 2012, sent. n. 230, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>156</sup> Cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, p. 8.

<sup>157</sup> In dottrina si veda, per es., TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., p. 57.

<sup>158</sup> Cass. Pen. SS.UU., 28 ottobre 2010 (dep. 19 gennaio 2011), sent. n. 1235, in *Dir. pen. cont.*, con nota di CACCIALANZA P., *Le Sezioni Unite escludono il concorso fra reati fiscali e truffa aggravata ai danni dello Stato*, 28 gennaio 2011.

reati tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato.

Nella giurisprudenza di legittimità si rinvenivano due orientamenti contrastanti. Secondo un primo indirizzo, doveva considerarsi ammissibile il concorso tra il reato di cui all'art. 640, co. 2 n. 1 c.p. e quello di emissione ed utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti al fine di evadere le imposte sui redditi e sul valore aggiunto sul presupposto che tra essi non sussiste alcun rapporto di specialità in quanto sarebbero diversi i beni giuridici tutelati e gli elementi costitutivi delle fattispecie criminose.

Secondo un altro orientamento, invece, il delitto di frode fiscale si pone in rapporto di specialità con quello di truffa aggravata perché caratterizzato da uno specifico artificio e da una condotta a forma vincolata. Un ulteriore indirizzo giurisprudenziale escludeva infine il concorso di reati non sulla base del principio di specialità, ma di quello di consunzione per il quale «è sufficiente l'unità normativa del fatto desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave».

Dopo aver chiarito il significato dei principi di specialità, consunzione e assorbimento, i giudici hanno ricordato che secondo una precedente pronuncia a Sezioni Unite<sup>159</sup>, «i criteri di assorbimento e consunzione sono privi di fondamento normativo perché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici che, in deroga al principio di specialità, prevedono talora l'applicazione della norma generale anziché di quella speciale, considerata sussidiaria» e che, inoltre, «i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale».

La violazione del principio di legalità deriverebbe anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie siano applicabili con conseguente incertezza per il destinatario della norma. E, se è vero che anche il ricorso al criterio di specialità presuppone in certo qual modo una discrezionalità del giudice, è altrettanto vero che questa rimane circoscritta nei limiti di un'attività interpretativa comunque legata agli elementi strutturali della fattispecie, mentre i predetti criteri sono del tutto svincolati da riferimenti normativi.

Sulla base di queste premesse, i giudici hanno specificato che non si può prescindere dal considerare che il principio di legalità trova fondamento anche nell'art. 7 Cedu e che ad esso si collegano i valori dell'accessibilità e prevedibilità. Dunque, «il dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità [...] è la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa».

È evidente che il rispetto del corollario della prevedibilità deve essere garantito anche in tema di concorso apparente di norme secondo cui l'applicazione del principio di specialità non deve trascurare «l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la *ratio* delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità, come intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU».

Sul presupposto che la frode fiscale è connotata da uno specifico artificio costituito dall'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento giurisprudenziale che ravvisa un rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato da cui deriva l'esclusione della configurabilità del concorso di reati.

Il secondo caso è quello relativo al tema del tentativo di rapina impropria affrontato dalle Sezioni Unite nel 2012<sup>160</sup>. Il contrasto giurisprudenziale che ha determinato la remissione della questione alle Sezioni Unite è nota: da un lato vi era l'orientamento che riteneva configurabile il tentativo di rapina impropria nell'ipotesi in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti all'impossessamento della *res* altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla propria volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità e, dall'altro, si era sviluppato un orientamento minoritario secondo cui, invece, in tal caso, si sarebbe configurato un tentato furto in concorso con un altro reato (per esempio le lesioni) avente come elemento costitutivo la violenza o la minaccia.

<sup>159</sup> Cass. Pen., SS.UU., 20 dicembre 2005 (dep. 23 dicembre 2005), sent. n. 47164, in Dejuregiuffrè.

<sup>160</sup> Cass. Pen., SS.UU., 19 aprile 2012 (dep. 12 settembre 2012), sent. n. 34952, in Dejuregiuffrè.

Il ricorrente aveva sostenuto che l'art. 628, co. 2 c.p., in *claris verbis*, impone che la condotta di violenza o minaccia sia preceduta dalla sottrazione della cosa e, pertanto, la configurabilità del tentativo di rapina impropria nel caso descritto contrasterebbe con il principio di legalità. I giudici di legittimità, dopo aver precisato che il principio di legalità trova fondamento oltre che nella costituzione, anche nella Cedu, hanno specificato che nella giurisprudenza europea a tale principio sono collegati i corollari dell'accessibilità e della prevedibilità che non si riferiscono solo alla previsione di legge, ma anche alla norma vivente evidenziando, dunque, il ruolo "decisivo" della giurisprudenza nella precisazione del contenuto enunciato nella legge scritta.

Nella pronuncia, la Corte ha precisato che il «dato decisivo da cui dedurre il rispetto del principio di legalità [...] è, dunque, la prevedibilità del risultato interpretativo cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale tenendo conto del contenuto della struttura normativa, prevedibilità che si articola nei due sotto-principi di precisione e di stretta interpretazione»<sup>161</sup>.

Nel caso di specie, a giudizio della Corte, la prevedibilità dell'interpretazione era assicurata da un diritto vivente forte di una giurisprudenza «addirittura granitica» per molti decenni e, dunque, il contrasto giurisprudenziale non aveva in alcun modo messo in dubbio la configurabilità del tentativo di rapina impropria.

## 6.2.

### *La "mossa" del legislatore: il vincolo (a metà) del precedente qualificato alla luce della Riforma Orlando (l. n. 103/2017)*

Uniformità dell'interpretazione della legge significa, com'è evidente, parità di trattamento, certezza del diritto e soprattutto prevedibilità della decisione.

In quest'ottica, la l. 23 giugno 2017, n. 103 recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, c.d. «Riforma Orlando»<sup>162</sup>, con l'introduzione del co. 1 *bis* all'art. 618 c.p.p., rappresenta un tentativo di assecondare tali esigenze con specifico riguardo alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione<sup>163</sup>: se prima, infatti, la scelta in merito all'attribuzione del ricorso alle Sezioni Unite era a discrezione di ciascuna sezione semplice ("su richiesta delle parti o d'ufficio"), sulla scia di quanto già previsto nel processo civile a partire dal 2006<sup>164</sup>, viene stabilito ora che ove una sezione semplice intenda discostarsi da un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni Unite, non possa più disattenderlo *tout court*, essendo invece tenuta a rimettere la decisione alla massima composizione della Corte.

In tal modo il legislatore ha introdotto una regola specifica che attribuisce natura se non ancora vincolante quantomeno più stringente ai principi di diritto da essa enunciati al massimo livello, garantendo in un certo qual modo una maggiore uniformità all'interpretazione: siamo invero ancora lontani (sempre che questa sia la meta alla quale si vuole giungere) dallo *stare decisis* dei sistemi di *common law*, ma certamente si è voluto dare un segnale importante in tale direzione.

A conferma del potenziamento della funzione nomofilattica, il legislatore ha previsto, peraltro, che le Sezioni Unite possano pronunciarsi sulla questione di diritto che gli è stata rimessa anche nel caso in cui il ricorso sia inammissibile per causa sopravvenuta.

Né può escludersi, in futuro, l'introduzione di ulteriori modifiche in tal senso come quelle già vigenti nell'ambito del processo civile: si pensi, ad esempio, a quanto disposto dall'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c.<sup>165</sup> che prevede l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offra elementi idonei a mutare l'orientamento della stessa; ovvero al disposto dell'art. 118 disp. att. al c.p.c. che, a seguito della novella del 2009, prevede la possibilità di motivare *per relationem* facendo esplicito riferimento ai "precedenti conformi".

<sup>161</sup> Cfr. *ibidem*, p. 6.

<sup>162</sup> Tra i commenti alla riforma si vedano, tra gli altri, CONZ A., LEVITA L., *La riforma della giustizia penale*, Dike, 2017; GIALUZ M. – CABIALE A. – DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *questa Rivista*, 3/2017.

<sup>163</sup> Sul punto DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, cit., p. 24; SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, n. 1/2016, p. 97.

<sup>164</sup> Il riferimento è al D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che ha modificato l'art. 374 c.p.p.

<sup>165</sup> Articolo introdotto con la L. 18 giugno 2009, n. 69.

## 7.

### Osservazioni conclusive sulla residua incertezza dell'oggetto e del criterio di prevedibilità: dall'esito giudiziario alla qualificazione giuridica del fatto nei termini della sentenza Drassich.

In conclusione, ancora oggi sembra che la fisionomia del principio di prevedibilità rimanga tutta da definire: certo è l'*an*, incerti il *quantum* e il *quomodo*. Si è visto, infatti, come la stessa Corte di Strasburgo utilizzi criteri diversi (qui denominati come oggettivo, soggettivo, evolutivo o del precedente qualificato) fondati su scelte del tutto discrezionali, rendendo così, per certi versi, paradossalmente *imprevedibile* la sua stessa giurisprudenza.

In quest'ottica, occorrerà prima o poi stabilire, una volta per tutte, se nei paesi di *civil law* senza vincolo del precedente la prevedibilità possa essere rivolta anche al diritto giurisprudenziale *contra legem* o solo a quello *praeter* o *secundum legem* ovvero se tale estensione possa determinare effetti in *malam partem* o soltanto in *bonam partem*: come si è visto, se il sistema europeo è frutto della crisi tra ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, vi è ormai netta prevalenza, sotto questo profilo, delle caratteristiche tipiche del primo, tanto che, come ormai si suol dire, la c.d. legalità europea si muove tra *law in the books* e *law in action*. Forse, allora, «i tempi sono maturi perché la giurisprudenza penale sia elevata a oggetto di vera e propria analisi scientifica»<sup>166</sup> e magari il legislatore si premuri di intervenire a regolare gli effetti dei contrasti giurisprudenziali al fine di garantire l'irretroattività del principio di diritto sfavorevole rispetto al caso in esame<sup>167</sup>.

La prevedibilità della decisione dovrebbe ritenersi sussistente solo in presenza di un'interpretazione chiara, non puramente creativa, del dato normativo secondo la prospettiva di un destinatario ragionevolmente avveduto.

È evidente che il concetto di prevedibilità è collegato al principio di colpevolezza e in tal senso può essere letto quanto previsto nella nota sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale che ha inteso la conoscibilità della norma quale presupposto della responsabilità penale: se manca la conoscibilità e si tratta di ignoranza inevitabile, non è possibile rimproverare il soggetto agente e, allo stesso modo, se la decisione non può considerarsi sufficientemente prevedibile, non può essere mosso alcun rimprovero a chicchessia. Sulla scia di quanto avviene relativamente all'accertamento della colpa, sarebbe opportuno individuare un *homo eiusdem professionis et conditionis* che permetta di creare una sorta di *misura oggettiva della prevedibilità*, cui aggiungere poi le ulteriori eventuali conoscenze dell'agente.

Per quanto concerne, poi, lo specifico profilo di cosa debba essere prevedibile, in ragione di tali premesse, occorre comprendere se sia corretto individuarne l'oggetto nella decisione giudiziaria o se, piuttosto, a dover essere prevedibile sia qualcos'altro: come di recente sostenuto, infatti, la prevedibilità può essere ricondotta non al contenuto della decisione giudiziaria sul singolo fatto, bensì alla qualificazione giuridica di quest'ultimo nonché alle conseguenze sanzionatorie che da esso derivano<sup>168</sup>, come del resto già affermato dalla stessa Corte Edu, sul corrispondente versante processuale nella nota sentenza Drassich<sup>169</sup> in tema di correlazione tra accusa e sentenza. Detto altrimenti, contenendo la legge "un'aspettativa di norma"<sup>170</sup>, la prevedibilità dovrebbe comunque essere rivolta all'interpretazione contrassegnandone i limiti dell'eccesso da quanto legittimo aspettarsi, con conseguente responsabilizzazione dei giudici comuni.

Ma, soprattutto, occorre stabilire se e in quale misura l'interpretazione giurisprudenziale possa integrare, essa stessa, l'oggetto della prevedibilità se, come si è visto in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, talvolta neppure una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione basta a stabilizzare un precedente. È evidente infatti che, in un sistema di tipo continentale come il nostro, lo *standard* deve essere molto alto e i criteri utilizzati devono essere particolarmente rigorosi potendosi altrimenti produrre un surrettizio scivolamento ver-

<sup>166</sup> FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., p. 8.

<sup>167</sup> Sul punto, si veda, tra gli altri, DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 166.

<sup>168</sup> DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., in cui chiarisce che «le decisioni non sono direttamente prevedibili, soprattutto in punto di fatto [...]. Solo le possibili soluzioni in diritto, nella dimensione dell'interpretazione in astratto delle regole possono e devono essere prevedibili», p. 33 e, ancora, «l'obiettivo più che la prevedibilità delle decisioni in sé, che dipendono da molte variabili, riguarda la prevedibilità del diritto, nella sua duplice veste di formante legislativo e giurisprudenziale», p. 37 (corsivi dell'Autore).

<sup>169</sup> Corte EDU, II sezione, 11 dicembre 2007, causa Drassich c. Italia, ric. n. 25575/04, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>170</sup> Sul punto si veda TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, cit., p. 54 ss.

so forme di *common law* anche mediante il supporto della giurisprudenza Edu: sotto questo profilo, sembra potersi conclusivamente affermare che, almeno allo stato, alla giurisprudenza possa legittimamente riconoscersi soltanto una funzione integratrice della norma (*secundum o praeter legem*), ma non anche quella di vero formante, specie *contra legem*, del diritto seppure il legislatore, con la Riforma Orlando, abbia indubbiamente compiuto un passo avanti verso tale direzione, lungo una strada che, però, appare ancora (forse per fortuna) tutta in salita.