

Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo

Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è...imprevedibile?

The Principle of Legality and the Role of the Courts under the Perspective of the Relationship between Criminal Law and Criminal Procedure

Which Guarantee for the Predictability of Criminal Law if Criminal Law is...Unpredictable?

SOFIA MILONE

Allieva perfezionanda presso la Scuola superiore Sant'Anna di Pisa

PRINCIPIO DI LEGALITÀ, DIRITTO GIURISPRUDENZIALE, CONTRADA C. ITALIA

NULLUM CRIMEN, JUDGE-MADE LAW, CONTRADA VS. ITALY

ABSTRACT

Il tema dei rapporti tra diritto penale e processo riporta l'attenzione, sul piano della "genesi" del diritto penale, alla questione del rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale, e del ruolo del "diritto dei giudici" nel sistema delle fonti. L'Autore si interroga sulla compatibilità tra la garanzia della legalità penale, intesa tanto nel suo significato costituzionale, quanto in quello elaborato nell'ordinamento Cedu, e il c.d. diritto "a matrice giurisprudenziale". A fronte della scelta della Corte europea di fondare il concetto di legalità penale su quello di prevedibilità e accessibilità del precetto, quale che ne sia la fonte (legislativa o giurisprudenziale), e alla luce della necessità di valorizzare l'aspetto funzionalistico-strutturale della garanzia – in base al quale la norma penale deve costituire una regola di condotta elaborata in un momento anteriore a quello di applicazione processuale – non pare che, nel nostro ordinamento, il diritto giurisprudenziale possa assicurare la realizzazione della garanzia della legalità penale. Semmai, la riscontrata assenza di meccanismi interni idonei ad arginare la fisiologica imprevedibilità del diritto giurisprudenziale, evidente nell'*exemplum* del caso Contrada, dovrebbe indurre, da un lato, a propugnare tuttora il rigoroso rispetto dell'art. 25 Cost., quindi anche dell'accezione della legalità come riserva di legge, tassativa e determinata; dall'altro, a sollecitare il legislatore ad intervenire, per ripristinare la legalità violata, in tutti quei casi in cui, come in quello relativo al concorso esterno in associazione di tipo mafioso, la fattispecie risulti il frutto di una vera e propria attività "costitutiva" della giurisprudenza.

The subject of the relationship between criminal law and criminal procedure, if examined under the perspective of the law-making process, calls for a reflection on the possibility to conciliate the "judge-made law" with the principle of legality, as it is enshrined in the Italian Constitution and as it is intended by the European Court of Human Rights. The author is skeptical about the possibility for the judge-made law, in the Italian system, to comply with the substantive meaning of the principle of legality as a guarantee for the individual. Indeed, for legality to act as a guarantee, not only the law must be clear and precise in order to constitute a reason for action and allow the individual to foresee the consequences of his action. But also, the individual must be judged according to the same rule that is supposed to lead his action. In other words, the "rule of judgment" ought not to be "created" in the proceeding where the responsibility of the individual is established. Otherwise, the requirement of foreseeability (and non-retroactivity) of the law would be infringed. As well as the cognitive nature of the criminal proceeding. In response to the intrinsic unpredictability of a judge-made law in the Italian system, and to the difficulty to find remedies for it, it still seems necessary to require the respect of the principle of legality as it is enshrined in Article 25 of the Italian Constitution. This means that it is for the legislator to intervene when the law does not define clearly and precisely the elements of the offence and leaves too much discretion to the judge in the definition of the "rule of judgment". As it has been revealed by the ECtHR case *Contrada v. Italy* with regard to the offence of *concorso esterno in associazione mafiosa*.

SOMMARIO

1. Il significato attuale della legalità penale “sotto la lente” del rapporto tra diritto penale e processo. – 2. Principio di legalità e attività “costitutiva” della giurisprudenza. – 3. Prevedibilità e diritto giurisprudenziale nello specchio del nostro sistema: binomio conciliabile o antitesi? – 3.1 Un’incompatibilità irrisolvibile *de iure condito*? – 3.2 *De iure condendo*...è davvero auspicabile superare tale incompatibilità? – 4. Nessuno spazio per fattispecie ad “origine giurisprudenziale”? Cosa può dirci in proposito il caso *Conrada*...

1. Il significato attuale della legalità penale “sotto la lente” del rapporto tra diritto penale e processo.

Il tema prescelto come trama unificante del corso ha indirizzato la mia attenzione verso la dibattuta questione del rapporto tra formante legislativo e formante giurisprudenziale rispetto alla genesi del diritto penale e delle sue ricadute sul principio di legalità. Diversi sono i fenomeni in atto nel nostro ordinamento che inducono a rinnovare la riflessione sul significato della legalità penale e ad interrogarsi sulla sua idoneità a realizzare la sua autentica funzione di garanzia¹: da un lato, la complessità del sistema multilivello di fonti e la parallela crisi della riserva di legge, intesa come centralità del confronto dialettico tra le forze politiche rappresentative nelle scelte di incriminazione; dall’altro, il mutamento del ruolo del giudice, da interprete fedele della volontà legislativa a vero e proprio coprotagonista nell’opera di produzione del diritto. Tale fenomeno si manifesta soprattutto qualora, in assenza di una chiara scelta incriminatrice del legislatore nei confronti di offese a “nuovi” beni collettivi, particolarmente avvertite a livello sociale, o di comportamenti indubbiamente confliggenti con la morale collettiva, ma difficilmente suscettibili di una precisa tipizzazione, l’autorità giudiziaria avverta la necessità di soddisfare una domanda di giustizia largamente condivisa anche a costo di forzare il dettato della legge².

È evidente che in questi casi non è in gioco “soltanto” la possibilità di rinvenire nella legge un diritto immutabile rispetto al momento applicativo e l’accoglimento di una concezione formalista dell’interpretazione, fedele al paradigma del sillogismo giudiziario³; bensì la radicale ammissibilità del ruolo creativo della giurisprudenza a fronte della “tradizionale” concezione di legalità scolpita negli articoli 25 e 101 Cost. Indubbiamente il confine tra fisiologia e patologia del c.d. *law enforcement* non sempre può essere individuato in modo netto; ciò nondimeno, tale incertezza non può indurre a rinunciare ad adottare una logica prescrittiva del rapporto tra il giudice e la legalità penale, nel momento in cui questi è chiamato a svolgere la sua funzione di ricondurre il caso concreto entro la sfera delle previsioni normative. Il giudice, cioè, se non può certo ritenersi bocca della legge, deve comunque scegliere un’interpretazione conforme ai canoni ermeneutici condivisi, in modo che la legge possa risultare, grazie alla controllabilità degli stessi, riconoscibile dai consociati.

L’interesse per una riflessione sulla compatibilità del significato di garanzia della legalità con il ruolo creativo dei giudici scaturisce, oltre che dai fattori “endogeni” appena illustrati, dal

¹ Si soffermano su tale riflessione G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. Fior.* 2007, 1251 ss., Id., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, 79 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un “principio fondamentale*, in *Quad. Fior.* 2007, 1279 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia* 2012, 285 ss.; D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, n. 1, 29 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1, 2013, 159 ss. Per una riflessione di sistema, che coglie le trasformazioni della legalità in uno con i mutamenti che interessano anche altri principi fondamentali del diritto penale, v. V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, n. 3, 839 ss.

² V. le riflessioni di G. P. ACCINNI, *Disastro “ambientale” ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, n. 2, 755 ss.

³ V. in proposito le critiche delle teorie ermeneutiche al tradizionale paradigma del sillogismo giudiziario; sul punto O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006 e Id., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia* 2012, 267 ss. Per un’ampia ricostruzione del dibattito sin dalle origini nel primo Novecento, si rimanda a C. NITSCH, *Il giudice e la legge*, Milano 2012, *passim*. Per una recente riflessione sul generale rapporto tra ermeneutica e diritto penale si rinvia allo studio di M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. Fior.* 2015, n. 1, 131 ss.

necessario confronto tra il sistema di garanzie contemplato nel nostro ordinamento e quello previsto dall'ordinamento CEDU, rispetto al quale la Corte europea svolge un sindacato di conformità del diritto degli stati membri alla Convenzione⁴.

È noto il contributo della suddetta Corte nell'esplicitazione dei corollari della legalità penale, a partire dall'interpretazione del *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all'art. 7 CEDU, e nell'innalzamento ed ampliamento degli standard delle garanzie fondamentali attraverso il volano dell'autonoma qualificazione della materia penale⁵. D'altra parte, è altrettanto noto come il rispetto del principio di legalità convenzionale, rivolgendosi anche ad ordinamenti di *common law*, venga ritenuto compatibile con un diritto a matrice giurisprudenziale⁶, e non sottenda, invece, come condizione essenziale, il principio di riserva di legge secondo il modello recepito dall'art. 25 Cost. Non solo: la Corte europea sottolinea in modo ricorrente la necessità della funzione interpretativa e chiarificatrice della giurisprudenza e la sua piena compatibilità con l'art. 7 CEDU; a patto che il risultato del processo interpretativo sia coerente con la scelta incriminatrice di fondo e costituisca il frutto di una ragionevole possibilità di previsione⁷.

Secondo quest'ottica, l'essenza del principio di legalità è costituita dall'accessibilità e dalla prevedibilità del diritto, quale che ne sia la fonte. Per quanto tale accezione di legalità possa sembrare confliggente con quella interna, è opportuno evidenziare la necessità di un completamento delle garanzie che i diversi ordinamenti prevedono, al fine di assicurare il soddisfacimento dello standard più elevato di legalità penale. Il rispetto della legalità nella Costituzione, quale garanzia dell'individuo contro il rischio di punizioni arbitrarie, implica certamente che l'individuo possa prevedere le conseguenze penali delle sue azioni; ma anche che l'attributo di prevedibilità sia riferito alla concretizzazione di una disposizione di legge, la quale dovrà essere pertanto sufficientemente chiara e determinata.

La ricostruzione del significato della legalità penale si fa più complessa se si adotta una prospettiva *in action*⁸, sensibile cioè agli effettivi "rapporti di forza" tra legislatore e giudice, così come al dialogo tra corti nazionali e corte europea. Due paiono le principali problematiche sottese, "facce della stessa medaglia": la possibilità di configurare tuttora la legge penale, frutto della volontà politica dell'organo rappresentativo per eccellenza, quale fonte esclusiva di diritto; d'altra parte, la possibilità di legittimare, pur a fronte di un dettato costituzionale di senso contrario, l'attività "costitutiva", della giurisprudenza.

Se non è possibile fornire in questa sede una risposta risolutiva alle tensioni della legalità penale appena individuate, pare comunque opportuno tentare un chiarimento, rispetto all'ammissibilità del ruolo creativo della giurisprudenza, proprio a partire da un'attenta considerazione del rapporto di "complementarietà garantistica"⁹ che intercorre tra diritto e processo penale. Come si cercherà di dimostrare, infatti, proprio la struttura fisiologica di tale rapporto prescrive un preciso significato della garanzia di legalità – a prescindere dalle particolari declinazioni che la caratterizzano a livello interno e convenzionale – la cui realizzazione pare difficilmente conciliabile con l'accoglimento da parte del nostro ordinamento di un diritto a matrice giurisprudenziale.

È indubbio come l'accertamento di una responsabilità individuale, personale e colpevole, secondo il c.d. paradigma cognitivo del giusto processo, possa avvenire soltanto previa individuazione di una *regula iuris* preesistente al processo; o meglio, sulla base di un parametro di giudizio certo coincidente con la regola di condotta che ha orientato, o avrebbe dovuto orien-

⁴ V. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2197 ss. e Id., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, cit.

⁵ V. A. BERNARDI, *Art. 7*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam 2001, 256 ss. e V. MANES, *Art. 7*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* Cedam, 2012, 288 ss. Tra le sentenze più significative che segnano un innalzamento dello standard interno di garanzie si ricordano sul principio di irretroattività e, in particolare, sulla retroattività della *lex mitior* anche in presenza della formazione di un giudicato, Corte EDU, G. C., Scoppola c. Italia, 17.9.2009, n° 10249/03; sui canoni di prevedibilità e accessibilità della legge, la cui osservanza è funzionale alla garanzia di una responsabilità personale colpevole (Corte EDU Sud Fondi c. Italia, 20.1.2009, n° 75909/01). Le sentenze della Corte europea sono tutte consultabili nella banca dati <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁶ Corte EDU Cantoni c. Francia, 15.11.1996. Recentemente Corte EDU, G. C., Del Rio Prada c. Spagna, 10.7.2012, n° 42750/09.

⁷ Corte EDU, S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, n° 20166/92; recentemente Corte EDU, G. C., Vasiliauskas c. Lituania, 20.10.2015, n° 35343/05.

⁸ Sul tema si segnala il recente contributo di F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, che si sofferma sulle attuali istanze di valorizzazione della c.d. legalità effettuale e sulla necessità di conciliarle anche con il significato "più tradizionale" della riserva di legge.

⁹ Così definisce il rapporto tra diritto penale sostanziale e processo, oltre che come rapporto di interazione funzionale volto al funzionamento dell'apparato repressivo, F. GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini: a proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Cr. Dir.* 2013, 85.

tare, il comportamento del soggetto cui era rivolta. In questa prospettiva, il nodo da sciogliere per verificare il rispetto della legalità penale è il seguente: può una regola forgiata dal giudice soddisfare i *desiderata* della regola di giudizio?

2.

Principio di legalità e attività “costitutiva” della giurisprudenza.

Prima di affrontare l’interrogativo centrale di questa breve riflessione, pare opportuno compiere un “passo indietro” precisando le ragioni che inducono a soffermarsi sul ruolo costitutivo dei giudici nel nostro ordinamento e a porlo in relazione con la garanzia di prevedibilità.

Perché porsi un simile problema in un sistema che riconosce a livello costituzionale la *ratio* democratica della riserva di legge e inquadra l’indipendenza del giudice nel solco di quanto la legge prevede? In realtà, dal dibattito attuale emerge una diffusa consapevolezza del progressivo imporsi del momento della *iuris dictio* rispetto a quello di produzione legislativa e delle inevitabili conseguenze di tale capovolgimento sul piano della separazione dei poteri e della democraticità delle scelte di incriminazione, almeno per come tradizionalmente intesa¹⁰. Simile approdo è favorito, innanzitutto, dalle teorie ermeneutiche dell’interpretazione, nella misura in cui le stesse, rinnegato l’approccio conservatore della natura dichiarativa dell’attività giudiziale, predicano il costruttivismo interpretativo come ineludibile processo di formazione della norma all’esito dell’incontro con il fatto¹¹.

Anche prescindendo dalle opzioni filosofiche che inquadrano il ruolo creativo del giudice nella fisiologia del “farsi diritto” – anche quello penale – l’interesse per la questione è sollecitato dalle non rare patologie della “tecnica” giudiziaria – rinvenibili qualora la stessa sconfini in una vera e propria “politica” giudiziaria che invoca lo strumento della lotta e proclama l’obiettivo del garantismo¹² –; così come da quelle della tecnica legislativa, in punto di formulazione di norme penali tassative e determinate. Tanto più che la strada interna per smascherare tali patologie è poco battuta: da tempo si sottolinea la renitenza del Giudice delle leggi a censurare il difetto di determinatezza delle fattispecie¹³, ritenendosi sufficiente, perché l’art. 25 Cost. sia rispettato, che “la descrizione del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato degli elementi elastici della fattispecie “mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato”: esprimendo, cioè, “un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile”¹⁴. Criteri certamente condivisibili; ma, fintantoché non si fissino con certezza i limiti dell’ermeneutica giudiziale, essi non sempre paiono dirimenti per accertare l’effettivo rispetto del principio di legalità da parte delle fattispecie di volta in volta esaminate.

Non potendo che astenersi, in questa sede, data la complessità dell’argomento, dal pren-

¹⁰ V. le riflessioni di G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.* 2011, V, c. 1 ss., D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit. e N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia* 2012, 315 ss.

¹¹ V. O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, cit. Si richiama, inoltre, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 2014, che, prendendo atto, all’esito di uno studio di diritto comparato, del dato empirico di una giurisprudenza fonte del diritto, indaga sul rispetto del principio di legalità da parte della c.d. *law in action* e sui possibili correttivi per assicurarla.

¹² V. sui rischi del “giudice di scopo”, cioè che il giudice sia guidato da un interventismo di lotta contro fenomeni criminali aggressivi e pervasivi, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011 nonché G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit. Sottolinea il rischio di accentuazione del finalismo repressivo attraverso l’uso del “linguaggio del garantismo”, inteso come “tutela di interessi importanti, anche di nuova individuazione”, da parte dei giudici, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 41 s.

¹³ V. già lo studio di F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in A. M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 51 ss.

¹⁴ Corte Cost. 13.1.2004, n. 5, con riferimento all’art. 14, co. 5-ter, T.U. imm. (nel caso di specie, il giudizio verteva sulla formula elastica “senza giustificato motivo”, riferita allo straniero che si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell’ordine del questore). Simili osservazioni sono ribadite da Corte Cost. 30.7.2008, n. 327, rispetto al disastro inominato di cui all’art. 434 c.p. Da ultimo v. Corte Cost. 11.6.2014, n. 26 rispetto alla fattispecie di atti persecutori di cui all’art. 612-bis c.p. L’unica sentenza che ha accolto la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza è Corte Cost. 9.4.1981, n. 96, con riferimento alla fattispecie di plagio di cui all’art. 603 c.p. per “l’impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l’assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione”.

dere posizione sulla prospettiva da adottare¹⁵ – fisiologia o patologia della produzione del diritto – rispetto al ruolo “costitutivo” della giurisprudenza, è comunque necessario confrontarsi con esso, in quanto sembra costituire un ineludibile dato di fatto. Lo conferma la rilevanza attribuita dal discorso dottrinale e giurisprudenziale al c.d. diritto vivente, cioè al diritto che risulta dalla costante interpretazione giurisprudenziale, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di legittimità. Il diritto vivente svolgerebbe, addirittura, una fondamentale funzione di chiarificazione della legge: un’interpretazione “tassativizzante” condivisa potrebbe così rimediare al *deficit* di determinatezza della fattispecie, e sottrarla al giudizio di illegittimità costituzionale¹⁶; almeno nella misura in cui si ritenga che i corollari del principio di legalità, tassatività e determinatezza, al pari della loro traduzione strasburghese nell’attributo di prevedibilità della norma, debbano essere riferiti alla norma “vivente”, frutto dell’interpretazione e applicazione dei giudici¹⁷.

La Corte di Cassazione ha manifestato tale credo nella nota sentenza a Sezioni Unite del 2010 in cui, sulla base della ritenuta “relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario nella determinazione del significato di una data disposizione, ha riconosciuto il mutamento giurisprudenziale ad opera del Supremo Consesso, quindi “qualitativamente qualificato”, alla stregua di uno *ius novum*, tale da consentire la riproposizione della richiesta di applicazione dell’indulto ai sensi dell’art. 666 c.p.p.¹⁸.

D’altra parte, la scelta di saggiare il diritto giurisprudenziale sul banco di prova del rispetto del canone di prevedibilità – e, parallelamente, del nucleo di legalità necessario ad assicurare la dimensione di garanzia del processo – discende dalla necessità di confrontarsi con un’accezione di legalità che, sia pur non familiare alla dommatica nostrana, è oggi ritenuto universale minimo comune denominatore della legalità penale nello stato di diritto¹⁹. Del resto, dietro il termine “prevedibilità” tanto in voga, si cela l’esigenza di garantire, attraverso la determinatezza e tassatività della norma penale, il rispetto del ben più familiare principio di irretroattività: l’individuo deve poter conoscere con esattezza il contenuto del divieto penalmente sanzionato per poter orientare il proprio comportamento sulla base di esso. Ove tale condizione non fosse soddisfatta per l’indeterminatezza del precetto, un’eventuale condanna fondata sul significato ricostruito *ex post* nel corso del processo, equivarrebbe sostanzialmente ad un’applicazione retroattiva della norma penale incriminatrice.

Se dunque l’attività concretizzatrice della giurisprudenza implica una componente necessariamente “creativa” rispetto al dato positivo e, d’altra parte, in taluni casi, la stessa risulta addirittura imprescindibile per determinarne l’esatta portata applicativa – così che esso possa orientare il comportamento dei consociati – perché tante remore alla legittimazione nel nostro ordinamento di un diritto “a matrice giurisprudenziale”? Non sarebbe questo idoneo, forse ancor più della legge, ad assicurare il soddisfacimento della legalità materiale, invocata come ultima frontiera garantistica del principio di legalità?

3. Prevedibilità e diritto giurisprudenziale nello specchio del nostro sistema: binomio conciliabile o antitesi?

A ben vedere, l’idea per cui l’unico ostacolo all’accoglimento di un diritto di fonte giurisprudenziale sarebbe costituito da una cultura giuridica, irrimediabilmente obsoleta, fautrice del mito della legalità formale, sia pur – dato non trascurabile – cristallizzato nella nostra Car-

¹⁵ Esula dall’intento e dalle possibilità di questo intervento prendere posizione sull’individuazione di una netta linea di confine tra interpretazione e creazione del diritto. Si è ovviamente consapevoli del limite costituito dal mancato approfondimento di tale tema, in un certo senso preliminare, rispetto ad una riflessione sull’ammissibilità del diritto giurisprudenziale con riguardo alla garanzia di prevedibilità; ci si limita a segnalare come per integrare la riflessione sarebbe necessario innanzitutto uno studio di teoria generale del diritto.

¹⁶ V. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano 1994. Tra le sentenze v. recentemente Corte Cost. 11.6.2014 n. 172, cit., la quale, nel valutare la determinatezza della fattispecie di atti persecutori, tiene conto degli elementi della fattispecie per come consolidati nel diritto vivente. Per una ricostruzione del significato del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale v. L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2015, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf.

¹⁷ V. Cass. SU 12.9.2012 n. 34952, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2012, con nota di G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, che ritiene configurabile, nel pieno rispetto del principio di legalità, il tentativo di rapina impropria in quanto ritenuto un “risultato interpretativo ‘normalmente’ prevedibile” alla stregua di un diritto vivente consolidato.

¹⁸ Cass. SU 21.1.2010 n. 18288, Beschi, *CEDCass.* n. 246651, in *Cass. pen.* 2011, 17 ss. con nota di R. Russo, *Il ruolo della ‘law in action’ e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*.

¹⁹ V. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, cit., 163 ss.

ta fondamentale, non pare condivisibile. Essa risulta attraente, in primo luogo, nella misura in cui consente di ascrivere alla “normalità” del farsi diritto tutti quei casi in cui la disposizione di legge acquista nell’applicazione giurisprudenziale un significato solo in parte riconducibile al dato positivo; inoltre, perché, assicurando un linguaggio comune nel dialogo tra i due ordinamenti, favorisce un allineamento dello standard di legalità interno a quello convenzionale.

D’altra parte, tale idea si scontra con un assetto ordinamentale fisiologicamente inadeguato ad assicurare proprio la prevedibilità della regola giurisprudenziale. O, utilizzando un linguaggio coerente con la prospettiva del rapporto strutturale tra diritto penale e processo, con il difetto di meccanismi idonei a far sì che la regola formata dai giudici costituisca un parametro di giudizio preesistente al processo, in quanto coincidente con la regola di condotta individuabile *ex ante* dagli interessati.

3.1.

Un’incompatibilità irrisolvibile de iure condito?

Innanzitutto, su un piano descrittivo-fattuale, è evidente la difficoltà di individuare il momento genetico di un vero e proprio diritto giurisprudenziale e di impedire che quest’ultimo sia applicato, retroattivamente, al caso con riferimento al quale è stato forgiato. In altre parole, quando è possibile rinvenire un orientamento giurisprudenziale tale da costituire diritto vivente? Inoltre, quand’anche si riesca a risolvere questo interrogativo, come assicurare che dall’applicazione di un diritto di tale fatta non discenda una condanna imprevedibile, in quanto pronunciata proprio nel processo nel quale lo stesso assurge “per la prima volta” a diritto?

Mancano in effetti dei parametri, qualitativi e quantitativi, il cui raggiungimento sancisca in modo certo e indiscutibile la “soglia” del diritto vivente²⁰. Inoltre, in assenza di una regola che affermi la vincolatività del precedente, nemmeno di quello dell’autorità deputata a svolgere la funzione nomofilattica²¹, il diritto giurisprudenziale è fisiologicamente sottoposto a contrasti, mutamenti, che ne inficiano irrimediabilmente la stabilità e, quindi, tradiscono la realizzazione della pretesa di prevedibilità. Per di più, gli stessi fautori del ruolo creativo della giurisprudenza si mostrano scettici in ordine alla possibilità di cristallizzare un diritto che prende forma a contatto con il fatto²².

D’altra parte, anche tralasciando la difficoltà di come e quando configurare un diritto vivente tale da incarnare un’uniformità di vedute della giurisprudenza, resta il problema di come garantire all’individuo che il mutamento giurisprudenziale che consolida il diritto vivente non gli sia applicato retroattivamente. In altri termini, manca un meccanismo in grado di assicurare il c.d. *prospective overruling* degli ordinamenti di *common law*²³.

Lo dimostra la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2012²⁴, che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale, sollevata con riferimento all’art. 673 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna il mutamento giurisprudenziale, determinato da una decisione delle Sezioni Unite, che comporti una sostanziale *abolitio criminis*. Per affermare che la successione di orientamenti interpretativi non può essere equiparata ad un atto di produzione legislativa, e quindi escludere una possibile estensione dell’art. 2 c.p., la Corte riconosce la stabilità solo “tendenziale” degli orientamenti espressi dalle Sezioni Unite, dal momento che, in un ordinamento che attribuisce autorità solo persuasiva al precedente, la decisione dell’organo nomofilattico rimane pur sempre suscettibile di smentita. Se è vero che la questione sottoposta alla Corte riguardava la retroattività dell’orientamento giurisprudenziale più favorevole – e non l’irretroattività di quello sfavorevole – la decisione, oltre che manifestare una certa propensione per una concezione formalista del rapporto tra giudice e legge, al fine di difendere il paradigma moderno della riserva di legge dalla temperie postmoderna della legalità europea, sembrerebbe escludere in

²⁰ Lo sottolinea richiamando il paradosso del sorite O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e convenzionale*, cit., 2233.

²¹ Il codice di procedura penale non prevede nemmeno, infatti, l’obbligo del giudice di merito di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, a differenza di quanto risulta dagli artt. 374 e 384 c.p.c. Sul punto v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 213 ss.

²² O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e convenzionale*, cit., 2233 ss. e, più di recente, ID., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2015, 8 ss.

²³ V. U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, VI ed., XIV, Torino 1996, 148 ss.

²⁴ Corte Cost. 8.10.2012, n. 230, in *Giur. Cost.* 2012, 3481, con commento di V. MANES, *Prometeo alla consulta una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*.

futuro l'eventualità di una pronuncia additiva della Corte che estenda la disciplina dell'*abolitio criminis* di cui all'art. 2, co. 2, c.p. al mutamento giurisprudenziale *in malam partem*²⁵. È del resto comprensibile il disagio a squarciare il velo del paradigma costituzionale di legalità elaborato sulla base degli artt. 25 e 101 Cost.²⁶

Altro rimedio all'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole è individuato nella valorizzazione dell'errore sulla legge penale di cui all'art. 5 c.p.²⁷. È noto, infatti, come nella celebre sentenza n. 364/1988 la Corte Costituzionale²⁸ abbia mitigato il rigore del principio dell'*ignorantia legis* proprio con riferimento alle ipotesi non solo di "assoluta oscurità del testo legislativo", ma anche di "gravemente caotici atteggiamenti giurisprudenziali". L'errore inevitabile potrebbe fungere, quindi, da *escamotage* rispetto ai casi c.d. di retroattività occulta, rilevando come difetto di rimproverabilità personale.

La vocazione dello stesso a trovare applicazione ai casi di mutamento improvviso della giurisprudenza²⁹, rivelando la sua affinità con la garanzia di prevedibilità – sia pur intesa più come garanzia dell'individuo sul piano del rispetto del principio di colpevolezza, che come garanzia dell'ordinamento sul piano della qualità della legge – sembrerebbe assicurare una soluzione compatibile tanto con la dimensione di legalità convenzionale – peraltro "apparentata" con il requisito soggettivo di colpevolezza³⁰ – quanto con quella di legalità interna³¹, che resterebbe immune dallo sconvolgimento totale del principio di riserva di legge. D'altra parte, è lecito dubitare non solo che la scelta del rimedio dell'art. 5 c.p. si imponga a breve nella prassi, data la ancora scarsa considerazione accordata alla giurisprudenza, ma anche che la stessa sia davvero opportuna nell'ottica della ricerca di una soluzione di sistema al mutamento giurisprudenziale *in malam partem*; che sia, cioè, effettivamente in grado di realizzare l'obiettivo della parità di trattamento sotteso ad ogni pretesa di stabilizzazione giurisprudenziale.

In effetti, l'applicazione dell'art. 5 c.p., fornendo una "via di fuga" all'individuo sul piano della colpevolezza e capovolgendo il lato problematico della questione dal piano oggettivo a quello soggettivo, parrebbe mascherare, anziché risolvere, il probabile difetto oggettivo di tassatività e determinatezza della norma incriminatrice o l'irragionevolezza dell'interpretazione giurisprudenziale su di essa formatasi³². Inoltre, l'applicazione dell'art. 5 c.p., legata com'è al particolare processo di motivazione dell'individuo, è destinata a trovare ostacoli non trascurabili laddove la svolta giurisprudenziale sia ritenuta, per determinate ragioni, comunque prevedibile dal soggetto. Ad esempio, nel caso in cui l'oscillazione giurisprudenziale lasciasse intravedere il raggiungimento di una certa linea di approdo della riflessione interpretativa, anche alla luce del contesto etico-sociale di riferimento.

Tale ipotesi pare di probabile realizzazione allorché il comportamento di incerta qualificazione sia percepito nell'evoluzione della coscienza sociale come moralmente ingiusto e dannoso, o addirittura come ascrivibile ai c.d. *mala in se*, per cui la sua perentoria qualificazione di illiceità penale da parte della giurisprudenza difficilmente potrebbe apparire imprevedibile. Lo dimostra, sia pur nell'ordinamento convenzionale, un caso come S.W. contro Regno Unito, in cui la Corte europea ha ritenuto conforme all'art. 7 CEDU – in quanto costituiva esito interpretativo "ragionevolmente prevedibile" – il superamento giurisprudenziale della c.d. *marital immunity* con riferimento alla rilevanza penale degli atti sessuali compiuti tra coniugi senza il consenso della moglie; e ha fondato la propria valutazione proprio sulla base dei cambiamenti socio-culturali, che di certo evidenziavano l'illiceità di un comportamento di

²⁵ V. sul punto la riflessione di F. PALAZZO, recentemente stimolata dalla decisione della Corte europea sul caso Contrada, su *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.* 2015, n. 9, 1066.

²⁶ Per una critica alle argomentazioni utilizzate dalla Corte per dichiarare infondata la questione v. M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., 168 ss.

²⁷ V. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 319 ss. che sottolinea, però, come l'applicazione dell'art. 2 c.p. assicurerebbe comunque maggiori garanzie all'imputato. V. anche F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1064 s.

²⁸ Corte Cost. 23.3.1988, n. 364, in *Foro it.* 1990, I, c. 415 ss., con nota di E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale e l'esperienza di "common law"*: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto.

²⁹ V. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 322 s., che evidenzia come l'applicazione dell'*error iuris* sia più appropriata rispetto ai casi di contrasti diacronici della giurisprudenza, tali da dar luogo a vere e proprie svolte imprevedibili, più che alle ipotesi di contrasti sincronici, dal momento che essi lascerebbero residuo il dubbio dell'individuo sull'illiceità della sua condotta.

³⁰ V. Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, cit., che sottolinea come "Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme « coupable » et de la « punir » alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime".

³¹ V. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1064 s.

³² V. già le osservazioni di L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1988, 1313 ss.

violenza sessuale quale che fosse il rapporto tra l'autore e la vittima³³.

La precarietà del ricorso all'art. 5 c.p. risulterebbe peraltro ancor più evidente proprio con riguardo alle ipotesi più frequenti di "creazione" giurisprudenziale del diritto; quelle, cioè, rispondenti alla necessità di accogliere una domanda sociale di giustizia rispetto alla condanna di fenomeni che il legislatore non ha saputo, o voluto, inquadrare entro fattispecie incriminatrici dotate di un sufficiente grado di determinatezza. Le medesime in cui la "coloritura politica" del processo mette a rischio la neutralità dell'accertamento individuale di responsabilità³⁴. In tali casi, infatti, la presenza di un orizzonte comune di disvalore con riferimento al comportamento da giudicare rischierebbe di favorire una contaminazione tra il piano di valutazione della conoscibilità dell'incriminazione e quello della conoscibilità dell'illiceità *tout court* dello stesso.

3.2. De iure condendo...è davvero auspicabile superare tale incompatibilità?

Non solo non pare che *de iure condito* il diritto giurisprudenziale possa soddisfare il canone di prevedibilità, ma, anche ponendosi in una prospettiva prescrittiva, sembra più opportuno riferire primariamente, e insieme esigere, l'attributo di prevedibilità alla legge. L'imposizione di una stabilizzazione giurisprudenziale, infatti, rischierebbe di confliggere con esigenze di garanzia dell'individuo nel processo³⁵.

In particolare, ci si potrebbe chiedere se un ipotetico vincolo al precedente comporti nei fatti un *vulnus* alla pienezza del diritto di difesa, inteso come diritto dell'imputato ad ottenere una risposta del suo giudice su tutti gli elementi di fatto e di diritto risultanti dal processo, ivi compresi gli argomenti introdotti per superare un certo orientamento giurisprudenziale rilevante per il caso di specie. È la stessa dimensione storico-culturale del processo come momento di confronto dialettico alla ricerca della soluzione più adeguata a mediare tra legge generale e caso concreto, consustanziale alla garanzia del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, a sollecitare una certa prudenza nel predicare la necessità di riconoscere autorità formale al precedente. Ad altrettanta prudenza dovrebbe indurre la consapevolezza che il processo interpretativo di una fattispecie è auspicabilmente suscettibile di un continuo arricchimento, tanto grazie al dialogo processuale, quanto grazie al confronto con la riflessione dottrinale e l'evoluzione etico-sociale, che alimenta un "circolo virtuoso" delle argomentazioni giudiziali.

Allo stato attuale, dunque, il "dramma" del diritto giurisprudenziale imprevedibile può essere ridimensionato solo se si richiede che la prevedibilità sia attribuito di una determinata disposizione di legge prima ancora che dell'interpretazione che di essa dà il giudice. E infatti, alla luce di quanto sinora osservato, in mancanza della prima condizione, la realizzazione della seconda, anche solo in modo tendenziale, non pare neppure pensabile.

In altre parole, pare che la difesa della riserva di legge, insieme agli attributi di tassatività e determinatezza, rimanga una preconditione per assicurare la garanzia di prevedibilità del diritto penale. Con tale affermazione non si vuole certo resuscitare il mito della legge perfetta e del giudice meccanico esecutore della stessa, né tantomeno trincerarsi dietro la difesa del monopolio legislativo statale³⁶. Bensì, semplicemente, ricordare che solo la preventiva posizione di una legge con le caratteristiche prima accennate, da parte dell'organo politico a ciò deputato, garantisce la neutralità della regola da applicare nel processo; e, d'altra parte, consente al giudice, con la sua opera di interpretazione, di applicare un diritto prevedibile.

Per assicurare un diritto prevedibile, allora, più che uno stravolgimento del nostro para-

³³ Corte EDU S.W. c. Regno Unito, 22.11.1995, n°20166/92; in particolare la Corte evidenzia come il venir meno della «*marital immunity*» fosse coerente con un «*civilised concept of marriage*», nonché con i valori posti a fondamento della convenzione, della libertà e dignità umana.

³⁴ È il caso, ad esempio, del c.d. diritto penale di lotta alla criminalità organizzata, rispetto al quale è possibile rinvenire una tendenza dei giudici ad espandere le maglie di certe fattispecie – come l'associazione di tipo mafioso e il concorso esterno *ex art. 416-bis c.p.*, o lo scambio elettorale politico-mafioso *ex art. 416-ter c.p.* nella versione pre-riforma l. n. 62/2014 – le cui conseguenze anche sul piano processuale paiono notevoli, per potervi ricomprendere anche condotte di ambigua qualificazione. Sul punto v. le riflessioni di M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.* 2008, n. 2, 274 *passim*; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2013, 105 ss..

³⁵ V. D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 56 ss. e Id., *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *questa Rivista*, n. 2, 2015, 49 s.

³⁶ La questione del rispetto della riserva di legge da parte del diritto penale di competenza, alla luce del trattato di Lisbona, dell'UE v. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit.

digma di legalità sull'onda del dibattito europeo – consapevoli comunque dell'incolmabile distanza tra il modello attuale di legalità e l'ideale di certezza predicato nel diritto penale illuministico³⁷ – occorre sottoporre ad un vaglio critico il dato positivo e richiederne una modifica, a livello legislativo o anche per intervento della Corte Costituzionale, qualora la sua formulazione sia talmente indeterminata da spianare la strada ad interpretazioni della giurisprudenza effettivamente “costitutive”, oltretutto, almeno per i “malcapitati di turno” che nemmeno possono fare affidamento su una precedente giurisprudenza consolidata, imprevedibili.

Un'ultima precisazione: è evidente che quanto finora detto non equivale affatto ad una difesa dello *status quo* della riserva di legge, essendo ben noti i fattori di crisi da cui è essa afflitta³⁸ e la necessità di recuperarne il vero significato di garanzia attraverso una rivitalizzazione del confronto politico parlamentare e un ridimensionamento dell'autoreferenzialità politica grazie all'apertura al dialogo con la dottrina e la giurisprudenza³⁹. Da tale dialogo dovrebbe trarsi, d'altronde, anche un monito nel senso del recupero del principio di offensività nel momento della tipizzazione legislativa: ad esempio, tramite la selezione di beni giuridici dotati di un “sostrato tangibile” e l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti sulla base della loro idoneità ad arrecare un'offesa, o un pericolo di offesa, che siano verificabili su un piano empirico-criminologico. Difatti, solo la caratterizzazione del tipo criminoso sulla base di un disvalore d'offesa ben delineato, e quindi riconoscibile, può guidare l'attività interpretativa dei giudici in senso teleologico e orientare il comportamento dei consociati, così da assicurare la prevedibilità dell'eventuale condanna su di esso fondata. Un approfondimento in tale direzione porterebbe troppo lontano in questa sede; ma certo sarebbe necessario per puntellare la difesa del significato “tradizionale” di legalità di cui all'art. 25 Cost.

4. Nessuno spazio per fattispecie ad “origine giurisprudenziale”? Cosa può dirci in proposito il caso Contrada...

Alla luce degli argomenti esposti, l'incompatibilità del diritto a matrice giurisprudenziale con la garanzia di legalità sostanziale sembra sostenibile, in una prospettiva “conciliativa” tra la dimensione interna e quella sovranazionale, tanto sul piano della prevedibilità, quanto su quello funzionalistico-strutturale ricavato dal rapporto tra diritto e processo: la regola forgiata dal giudice non è idonea a fornire un parametro preconstituito al giudizio in cui viene applicato e a fondare una condanna che, in tutti casi, possa dirsi davvero prevedibile *ex ante*.

Nel tentativo di consentire una verifica empirica delle ipotesi sin qui sostenute, è opportuno soffermarsi sul recente caso Contrada contro Italia⁴⁰. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto le autorità giudiziarie italiane avevano condannato Contrada per concorso esterno in associazione di tipo mafioso nonostante tale fattispecie non risultasse ancora consolidata nella giurisprudenza al momento in cui i fatti da giudicare erano stati da lui commessi. La condanna dell'Italia può in effetti essere letta non solo come suggello della concezione sostanziale della legalità *sub specie* di prevedibilità nella Convenzione EDU – per come essa vive nell'interpretazione e applicazione della Corte europea – ma anche come dimostrazione lampante dell'impossibilità, da parte del diritto giurisprudenziale, di soddisfare nel nostro ordinamento la garanzia di prevedibilità.

La Corte, infatti, riconosce che la fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso è “*une infraction d'origine jurisprudentielle*”, ma che la giurisprudenza italiana, al momento in cui Contrada aveva commesso i fatti rimproveratigli (l'aver fornito delle informazioni confidenziali sulle indagini in corso ai membri dell'associazione, garantendo a quest'ultima un

³⁷ V. le riflessioni di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., 97 s., che sottolinea come il concetto di certezza richiede, nell'attuale ordinamento giuridico multilivello, una necessaria problematizzazione, assumendo a punto di riferimento “più che la conoscibilità delle singole norme o delle singole decisioni in sé considerate, la chiarezza e stabilità dei fondamenti assiologici e dell'insieme di principi sottesi al diritto vivente”.

³⁸ V. ancora G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., e D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, potere del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 128 ss.

³⁹ Si rimanda alle riflessioni di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 316 ss. che sottolinea il ruolo della scienza penale come “contropotere critico”, necessario ad assicurare la razionalità delle scelte parlamentari.

⁴⁰ Corte EDU, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, n° 66655/13.

contributo rilevante rispetto allo svolgimento delle sue attività), non aveva ancora raggiunto un'intesa unanime sulla sua configurabilità né, a maggior ragione, sui suoi elementi costitutivi. È solo a partire dalla celebre sentenza Demitry⁴¹ che la Corte rinviene il consolidamento della fattispecie di concorso esterno e, quindi, la sua idoneità a fondare una condanna prevedibile.

Prescindendo in questa sede dalla bontà della ricostruzione operata dalla Corte circa gli orientamenti della giurisprudenza interna relativi alla sussistenza del concorso esterno, coi quali si sarebbe dovuto misurare Contrada negli anni Ottanta per orientare il proprio comportamento⁴², è bene focalizzare l'attenzione sulla contraddizione, interna al nostro principio di legalità, che la condanna evidenzia, e che l'impossibilità di realizzare rispetto ad essa un effettivo adeguamento rende ancor più manifesta.

La condanna Contrada, infatti, più che segnare un punto di rottura tra la concezione di legalità nostrana e quella convenzionale, ne evidenzia la necessaria integrazione: se la legalità *ex art. 25 Cost.* risulta violata da una fattispecie di origine giurisprudenziale – la cui esistenza in un ordinamento penale di *civil law* fondato sul principio di riserva di legge, peraltro, suona come paradossale⁴³ – quantomeno dovrà essere assicurata la legalità sostanziale predicata dalla Corte europea; dovrà, cioè, garantirsi che il diritto, quale che sia la sua fonte (predominante), risulti nel caso specifico prevedibile.

Agli occhi dell'interprete del nostro ordinamento, però, il caso Contrada si riveste di un significato più profondo, e, se vogliamo, sconcertante: la fattispecie di concorso esterno, proprio perché frutto di un'attività costitutiva dei giudici, mai parrebbe in grado di assicurare il pieno compimento della garanzia di prevedibilità.

Innanzitutto, è bene fornire qualche chiarimento sulla premessa dell'ipotesi avanzata, e cioè sull'assunto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso sia una fattispecie "a matrice giurisprudenziale". È vero che essa gode di un proprio fondamento normativo agli artt. 110 e 416-*bis* c.p.; tuttavia, pare che – complice l'indeterminatezza della clausola che punisce il concorso di persone del reato e della fattispecie di partecipazione all'associazione – la giurisprudenza abbia forgiato la tipicità della fattispecie in modo autonomo rispetto al paradigma di incriminazione dell'art. 110 c.p.⁴⁴, e sotto l'influenza delle risultanze probatorie di volta in volta disponibili nel processo⁴⁵. Potrebbe pur sostenersi che l'opera della giurisprudenza abbia cercato proprio di precisare il contenuto della norma incriminatrice, a beneficio dunque della sua prevedibilità⁴⁶; d'altra parte, però, essa sembra aver oltrepassato i limiti della base legale, e poco importa se proprio a causa di una patologia della legge stessa. Infine, pare che a prendere atto della natura giurisprudenziale della fattispecie *ex artt. 110 e 416-bis c.p.* sia la stessa Corte Costituzionale, almeno tra le righe della recente sentenza in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3 c.p.p., nella parte in cui prevede una presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nei confronti del concorrente esterno nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso⁴⁷.

Chiarita la premessa, si può sostenere che l'ipotesi da dimostrare, fondata sugli argomenti dell'assenza di adeguati rimedi all'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento e della concezione funzionalistica della legalità come vincolo ai rapporti tra diritto e processo, trovi conferma proprio nelle sorti tormentate del concorso esterno. Da un lato, infatti, deve riconoscersi tuttora, in assenza di meccanismi di stabilizzazione del diritto giurisprudenziale, la difficoltà di risalire al momento consolidativo del diritto vivente sul concorso esterno. Il dibattito sui requisiti della relativa fattispecie, infatti, non si è arrestato né dopo la sentenza Demitry né dopo la sentenza a Sezioni Unite Mannino⁴⁸, alla quale pure si attribuisce il merito di aver definitivamente tipizzato il contributo concorsuale penalmente rilevante. La giurisprudenza è in seguito intervenuta sulla definizione dell'elemento oggettivo e sogget-

⁴¹ Cass. S.U. 5.10.1994 n. 16, in *Foro it.* 1995, II, c. 422 ss.

⁴² Critico sulla ricostruzione G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015.

⁴³ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 10.

⁴⁴ Per un approfondimento sul punto si rinvia a V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino 2014.

⁴⁵ Sottolinea il rischio di una sovrapposizione tra il piano delle condotte contestabili e quello delle circostanze fattuali necessarie al riscontro probatorio, G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. Pen.* 2012, 695 ss.

⁴⁶ V. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1062 s.

⁴⁷ Corte Cost., 26.3.2015, n. 49, in *Dir. pen. proc.* 2015, 1008, con nota di V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*.

⁴⁸ Cass. SU 12.7.2005, n. 33748, in *Cass. pen.* 2005, 3732 ss.

tivo della fattispecie e, mostrandosi sensibile alle difficoltà di accertamento di volta in volta riscontrate, si è discostata dalla tipicità forgiata dalle citate Sezioni Unite rinnegando, sia pur sottilmente, il criterio eziologico di imputazione da queste elaborato⁴⁹. Come può, dunque, una fattispecie soggetta ad una continua “riscrittura” e così influenzata dal sostrato probatorio risultante dal processo in cui viene applicata, assicurare la tanto invocata prevedibilità e, al contempo, costituire un parametro di giudizio preesistente?

Si potrebbe forse superare l'aporia attraverso la valorizzazione del giudizio individualizzante di cui all'art. 5 c.p. nei casi di mutamento giurisprudenziale? In tutta onestà, questa strada non sembra percorribile, nemmeno come soluzione da valutare caso per caso, sembrando da escludere realisticamente che possa riconoscersi rilevanza scusante all'*ignorantia legis* rispetto a fatti di indubbio disvalore etico-sociale⁵⁰. E considerando, oltretutto, che l'oscillazione giurisprudenziale è spesso mirata proprio a consentire la sussunzione dei fatti oggetto del giudizio nella fattispecie di concorso esterno.

In definitiva, la vicenda Contrada dovrebbe indurre a riflettere sul rischio di un totale fraintendimento del principio di legalità, tanto nella sua dimensione formale, quanto in quella sostanziale, in caso di legittimazione del diritto giurisprudenziale nel nostro ordinamento. Qualora siano riscontrate fattispecie forgiate dalla giurisprudenza, il rimedio più adeguato rimane la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma “abusivamente creata” per violazione dell'art. 25 Cost.; o, qualora l'operazione creativa non sia del tutto arbitraria ma poggi su un dato normativo eccessivamente “aperto”, un intervento del legislatore che riconduca la norma penale al rispetto dei principi di tassatività e determinatezza.

E tali rimedi dovrebbero essere attuati, sia pur tra le difficoltà del caso, anche rispetto al tanto vituperato concorso esterno⁵¹: nemmeno di fronte a fattispecie “intoccabili” sul piano della legittimazione politico-criminale⁵² può legittimarsi il difetto del sostrato garantistico della legalità.

⁴⁹ Cfr. l'indagine giurisprudenziale di V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.* 2009, 1352 ss. e, sulla recente sentenza Dell'Utri (Cass. 9.3.2012 n. 15727, in *Dir. pen. cont.*, con nota di A. BELL, *La sentenza della Cassazione sul caso Dell'Utri: una prima guida alla lettura*, 7 maggio 2012), G. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.* 2012, 2556 ss..

⁵⁰ D. PULITANO, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 9. Di contrario avviso, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1066 s., il quale confida nella valorizzazione dell'errore sul precetto proprio per eseguire la sentenza anche rispetto ai “fratelli” di Contrada.

⁵¹ V. tra le molteplici riflessioni sul punto le opinioni di F.M. IACOVIELLO e G. INSOLERA, *Il concorso esterno in associazione mafiosa. Opinioni a confronto*, in *Criminalia* 2009, 261 ss.

⁵² Si pensi anche alla funzione “processuale” della contestazione del concorso esterno, consentendo la stessa l'applicazione del c.d. doppio binario relativamente alle indagini, allo svolgimento del processo e all'esecuzione penitenziaria.