

## La certezza in palio: *Un Diritto (penale) per (ogni) Contrada?*\*

(Nota alla sentenza della Corte EDU, IV, del 14 aprile 2015 – Bruno Contrada vs. Italia)

di

Antonio Riviezzo\*\*

(14 ottobre 2015)

«Sotto il mio colpo la muraglia crolla»<sup>1</sup>

### 0.- Premessa

La decisione del 14 aprile 2015 della Quarta Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti, per brevità, anche "Corte europea", o "Corte EDU", o "Corte" *tout court*) nella causa *Contrada vs. Italia* (ricorso n. 66655/13), che la dottrina penalistica più avvertita ha già iniziato ad annotare per i suoi indubbi riflessi di natura sostanziale<sup>2</sup>, potrebbe avere un qualche interesse anche per lo studioso del Diritto costituzionale, in quanto in un velocissimo passaggio motivazionale (quasi un *obiter*) i giudici europei hanno rilevato che «il concorso esterno in associazione mafiosa costituisce un reato di origine *giurisprudenziale*»<sup>3</sup>.

Il che mi pare determini, almeno in prima approssimazione, chiare ricadute in ordine all'esatta concettualizzazione del principio di legalità (anche, ma non esclusivamente, in materia penale), e, a cascata, anche sull'assetto formale complessivo del sistema delle fonti del diritto interno. Va detto che non si tratta di una novità in termini assoluti, almeno nel suo nucleo fondamentale, tanto è vero che già nel 2012 la Corte costituzionale ci aveva avvertito del fatto che «il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana»<sup>4</sup>, e aveva quindi risolto, allora, la questione (trattavasi in quel frangente di successione di leggi penali nel tempo) accordando una prevalenza al principio (di legalità) interno rispetto a quello desumibile dalla CEDU.

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Motto della Contrada senese di Valdimontone.

<sup>2</sup> Seguire il veloce accavallarsi dei commenti a tale sentenza sarebbe impossibile, ragion per cui, tra i diversi contributi che ho rinvenuto mi limito a indicare, in quanto sovente toccano linee tematiche vicine a quelle che tento di affrontare nel testo (pervenendo non di rado, sebbene per altra via, a conclusioni simili), quello di S.E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio penale* n. 2/2015, 1-23 e quello di D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, contributo *on line* del 13 luglio 2015, 1-12. D'altra parte il tentativo di stendere una bibliografia generale minimamente esauriente su un tema tanto delicato e discusso qual è quello del c.d. concorso esterno nel reato associativo di tipo mafioso (di cui la vicenda processuale di Contrada rappresenta uno dei tanti episodi che si sono affastellati negli anni), prima ancora che velleitario (soprattutto per chi penalista non sia), sarebbe probabilmente inutile nell'economia del presente lavoro, che ha ambizioni alquanto modeste. Ad ogni modo, se si volesse avere un quadro sufficientemente organico e piuttosto aggiornato della questione, potrebbero vedersi almeno il testo di G. FIANDACA e C. VISCONTI (cura), *Scenari di Mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010, che accomuna in un'ottica interdisciplinare i contributi di criminologi, politologi e giuristi positivi, e quello di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014, di taglio strettamente penalistico, toccante i diversi profili problematici della figura di reato in parola.

<sup>3</sup> Cfr. in particolare il § 66, ove viene per l'appunto detto che «[...] *il n'est pas contesté entre les parties que le concours externe en association de type mafieux constitue une infraction d'origine jurisprudentielle*». L'enfasi nel testo in epigrafe è mia, così come mia è la traduzione dall'originale in lingua francese, e mie saranno le traduzioni degli altri passi riportati nel corpo della presente annotazione. Il testo integrale della sentenza è agevolmente reperibile in formato html nel sito della Corte EDU al seguente indirizzo: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771#{"itemid":\["001-153771"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771#{).

<sup>4</sup> Così si legge nella sentenza n. 230 del 12 ottobre 2012, segnatamente al punto 7 del considerato in diritto.

Nondimeno, la sentenza del 14 aprile 2015 mi pare amplii notevolmente il novero delle questioni sul tappeto, come proverò a dimostrare nel prosieguo, e pertanto direi che merita una riflessione a sé.

In effetti, l'assunto – dato per pacifico dalla Corte europea, *se non altro nella misura in cui esso non sia stato contestato dalle parti* – che il *titolo* della responsabilità penale possa essere il prodotto di un'interazione *normativa* tra legislatore e giudice implica anche una ricostruzione dell'istituto della riserva di legge non proprio compatibile con lo schema teorico che il lavoro dottrinale e giurisprudenziale del passato ci aveva consegnato pressoché inalterato (*soprattutto* in ambito penale) sin dal XIX secolo.

Inoltre, pur al netto della preminente competenza *in subiecta materia* dello studioso del Diritto penale (sostanziale e processuale), alcune veloci incursioni sul *regime processuale* della prova<sup>5</sup> possono forse trovare cittadinanza anche nella logica espositiva del presente contributo, per lo meno ove si convenga che si stia ragionando di moduli operativi incidenti sul necessario complemento del principio di legalità (*rectius*: di riserva di legge) quanto alla *costruzione* del titolo del reato: la riserva di giurisdizione.

Passando dal metodo all'oggetto, va infine premesso che la vicenda, almeno nelle sue linee essenziali, è nota persino ai non addetti; nondimeno, potrà essere opportuno richiamarne le poche coordinate concettuali che siano effettivamente utili a chiarire la linea di analisi qui privilegiata<sup>6</sup>.

In particolare, Bruno Contrada è stato condannato in via definitiva per il reato di concorso c.d. esterno (*ex art. 110 c.p.*) in associazione per delinquere di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), sulla base di un impianto probatorio sostanzialmente incentrato sulle dichiarazioni incriminanti dei c.d. collaboratori di giustizia, per fatti avvenuti tra il 1979 e il 1988.

Tale condanna è sopraggiunta al culmine di un *iter* processuale assai articolato, che ha visto protagonisti, tra il 1996 e il 2012, ben quattro giudici per otto giudizi (tra i quali ben tre volte la Corte di cassazione, nel 2002, nel 2008 e nel 2012), e proprio un *iter* tanto tormentato costituiva, con ogni probabilità, il segnale più eloquente che ci si trovasse di fronte ad un caso straordinariamente complesso e delicato, per diverse ragioni, endo (ed eso) processuali.

Non sarà pertanto inutile neppure ripercorrere brevemente la genesi delle disposizioni tendenti a colpire quella specifica fenomenologia criminale che sta alla base della pronuncia Corte europea e che è stata autorevolmente definita *contiguità mafiosa*<sup>7</sup>.

## 1.- Il “punto di diritto” (costituzionale) della sentenza

---

<sup>5</sup> In buona sostanza, un “incrocio” di dichiarazioni testimoniali che si confermano l'una con l'altra, (dichiarazioni) peraltro provenienti spesso non da testimoni “puri”, bensì da “pentiti”, cioè originari partecipanti all'associazione che poi sarebbero fuoriusciti dalla stessa per una qualche motivazione, personale o strategica poco rileva. Nel caso di specie, il c.d. testimoniale a carico era costituito in larghissima parte dalle referenze dei “pentiti” Gaspare Mutolo, Tommaso Buscetta, Giuseppe Marchese e Rosario Spatola, (referenze) puntellate dalla deposizione “impressionistica” del magistrato Antonino Caponnetto all'udienza del 19 maggio 1995. Quello a discarico faceva invece leva essenzialmente sulle deposizioni dei Prefetti Giovanni Rinaldo Coronas (anche Capo della Polizia da gennaio 1979 ad aprile 1984), all'udienza del 21 marzo 1995; Ferdinando Masone e Giuseppe Parlato (anche Capo della Polizia dall'ottobre 1976 al gennaio 1979), all'udienza del 21 aprile 1995; e, infine, Giuseppe Porpora (anche Capo della Polizia da aprile 1984 a febbraio 1987), all'udienza del 30 maggio 1995. Tutti questi ultimi, peraltro, si limitarono a descrivere in termini positivi la personalità dell'imputato, nulla sapendo in ordine ai fatti specifici oggetto del processo.

<sup>6</sup> Una rapidissima ma puntuale sintesi della vicenda (con intavolazione delle questioni più spinose) può vedersi nel *report* di S.C. CONIGLIANO, *la Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, pubblicato *o line* su *Diritto penale contemporaneo* il 4 maggio 2015, 1-2.

<sup>7</sup> La paternità della formula è generalmente attribuita a Giovanni Falcone, per lo meno quanto alla sua connotazione *mainstream*.

Come già accennato in premessa, di tutti i corollari estraibili dalla decisione della Corte EDU, al costituzionalista interessa, in via diretta, quello relativo alla costruzione del *titolo* di reato (concorso eventuale in un reato associativo), e, in via mediata, quello attinente al *regime processuale della prova*<sup>8</sup>.

Il punto centrale della decisione mi pare possa essere sintetizzato come segue: siccome tra il 1979 e il 1988 non era ancora chiaro, nemmeno in base ad una interpretazione giurisprudenziale uniforme, quali fossero le condotte vietate ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* del Codice penale italiano, il ricorrente (Contrada, *scil.*), fermo restando il *merito* della verifica e dell'ascrivibilità dei fatti contestatigli<sup>9</sup>, non doveva essere condannato (o meglio: non poteva essere processato) nell'ordinamento interno, pena la violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, per brevità, anche "CEDU" o "Convenzione").

Segnatamente, la Corte europea afferma, in via generale, che «l'articolo 7 [della CEDU, *scil.*] esige la preesistenza di una *base legale* per la condanna»<sup>10</sup>, e tale base deve essere «sufficientemente chiara»<sup>11</sup>.

In riferimento al caso di specie, invece, osserva la Corte che «l'esame della giurisprudenza citata dalle parti mostra come la Corte di cassazione abbia fatto menzione del delitto di concorso esterno in associazione di tipo mafioso *per la prima volta* nella sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987», seppur solo per «respingere l'idea dell'esistenza di una tale figura di reato»<sup>12</sup>.

In effetti, prosegue la Corte, è solamente con la sentenza «Demitry, pronunciata dalla Cassazione a Sezioni riunite il 5 ottobre 1994, che quest'ultima [...] ammette finalmente in modo esplicito l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo

---

<sup>8</sup> Riservandomi di chiarire meglio tale nesso nel paragrafo successivo ed esporre una dottrina dogmatica correttiva in sede di conclusione, per ora mi è sufficiente anticipare che all'affievolimento del principio di legalità penale (implicante la traslazione della funzione costruttiva degli illeciti dalla sola fonte legislativa a quella costituita da un qualsiasi atto, purché giuridico) non si è accompagnato un correlativo irrigidimento dello *standard* probatorio nel processo (il che avrebbe per lo meno "temperato", in chiave garantistica, quel fenomeno, che peraltro la Corte EDU non ha certo *inventato* con la decisione in commento, bensì semplicemente *registrato* quale *dato di fatto*, come attesta persino il già citato § 66). All'opposto, anche quest'ultimo (*standard*) è divenuto nel tempo ancor più lasso, tanto che è oggi, sempre più spesso, dato rinvenire nelle sentenze, anche di legittimità, riferimenti alla "probabilità", quando non addirittura alla "possibilità", che l'ipotesi esplicativa costituente delitto sia confermata (*rectius: non falsificata*) dalle prove portate nel processo. Dirò a suo tempo che tale deriva muove, a mio parere, non solo dalla (spesso inevitabile) pochezza delle prove, ma anche – e forse più insidiosamente – da un uso distorto, sebbene non necessariamente deliberato, dei meccanismi di inferenza logica, e segnatamente dalla confusione tra inferenza deduttiva (necessaria) e inferenza abduuttiva (ipotetica), la quale ultima viene il più delle volte presentata (e rappresentata) con una struttura identica alla prima, pur ponendo capo non a certezze ma a probabilità (quando va bene) o possibilità (*recte*: esclusione di impossibilità, quando va male); il che si traduce – quanto meno – in un'inversione dell'onere della prova e in un sovvertimento della presunzione di non colpevolezza sancita nell'art. 27 Cost.

<sup>9</sup> Per quest'ultimo inciso, v. in particolare il § 61 della sentenza, ove viene esplicitamente detto, tra le altre cose che la Corte EDU «*n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes dans l'appréciation et la qualification juridique des faits, pourvu que celles-ci reposent sûr une analyse raisonnable des éléments du dossier [...]*».

<sup>10</sup> Enfasi aggiunta; § 62: «*[...] l'article 7 requiert l'existence d'une base légale pour l'infliction d'une condamnation et d'une peine [...]*».

<sup>11</sup> § 63: «*[...] la Cour doit rechercher si la condamnation du requérant reposait sûr une base suffisamment claire [...]*».

<sup>12</sup> Il corsivo è mio; § 67: «*L'analyse de la jurisprudence citée par les parties (voir les paragraphes 26-30 ci-dessus) montre que la Cour de cassation a fait pour la première fois mention de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans son arrêt Cillari, n° 8092 du 14 juillet 1987. En l'espèce, la Cour de cassation réfuta l'existence d'une telle infraction et réitéra cette position dans d'autres arrêts qui suivirent, notamment Agostani, n° 8864 du 27 juin 1989 et Abbate et Clementi, n° 2342 et 2348 du 27 juin 1994*».

mafioso»<sup>13</sup>, individuandone le invarianti strutturali, dopo diverse pronunce ondivaghe delle singole sezioni<sup>14</sup>.

È per tale ragione che «l'argomento del Governo italiano, a mente del quale, all'epoca della commissione dei fatti [contestati a Contrada] (1979-1988) la giurisprudenza interna in materia [di ammissibilità del concorso esterno in associazione mafiosa] non era affatto controversa, non può essere accolto»<sup>15</sup>, a nulla rilevando la ben più datata giurisprudenza (risalente alla fine degli anni Sessanta del Millenovecento) dal medesimo (Governo) allegata, concernente, sì, la teorizzazione dell'ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo, ma formatasi nell'ambito della diversa fenomenologia delle associazioni per delinquere con finalità di eversione politica e di terrorismo<sup>16</sup>.

Secondo la Corte EDU, bisogna quindi ammettere che, a tutto concedere, il concorso esterno in associazione di tipo mafioso «è stato il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry»<sup>17</sup>.

La conclusione, a questo punto, è persino ovvia: «all'epoca in cui i fatti imputati al ricorrente sono stati commessi (1979-1988) il delitto in parola non era sufficientemente chiaro [...]» per cui Contrada non poteva sapere con esattezza a quale sanzione sarebbe andato incontro (né tantomeno se esistesse una sanzione) conducendosi come i giudici interni hanno poi accertato che si sia effettivamente condotto<sup>18</sup>; e ciò realizza certamente una violazione dell'art. 7 della Convenzione<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> § 69: «Ce n'est toutefois que dans l'arrêt Demitry, prononcé par la Cour de cassation en formation plénière le 5 octobre 1994, que celle-ci fournit pour la première fois une élaboration de la matière litigieuse, faisant état des orientations niant et de celles reconnaissant l'existence de l'infraction litigieuse et, dans l'esprit de mettre fin aux conflits de jurisprudence en la matière, admit finalement de manière explicite l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans l'ordre juridique interne».

<sup>14</sup> La Corte EDU ne indica alcune di segno opposto alla prima giurisprudenza di legittimità, e cioè orientata nel senso dell'ammissibilità della figura, nel § 68.

<sup>15</sup> § 70: «Dans ce contexte, l'argument du Gouvernement selon lequel, à l'époque de la commission des faits (1979-1988), la jurisprudence interne en la matière n'était aucunement contradictoire ne saurait être accueilli».

<sup>16</sup> Cfr. § 71: «En outre, la Cour considère que la référence du Gouvernement à la jurisprudence en matière de concours externe, qui s'est développée à partir de la fin des années soixante du siècle dernier, c'est-à-dire, avant les faits reprochés au requérant (voir le paragraphe 50 ci-dessus), n'enlève rien à ce constat. Les affaires mentionnées par le gouvernement défendeur portent certes sur le développement jurisprudentiel de la notion de "concurso externe". Néanmoins, les cas d'espèce mis en avant ne concernent pas l'infraction de concours externe en association de type mafieux, faisant l'objet de la présente requête, mais des infractions différentes, à savoir la conspiration politique par la constitution d'une association et les actes de terrorisme. On ne saurait donc déduire du développement jurisprudentiel invoqué l'existence en droit interne de l'infraction de concours externe dans le cadre de l'association de type mafieux, qui diffère en sa substance même des cas d'espèce mentionnés par le Gouvernement, et qui, tel que rappelé ci-dessus (paragraphe 29 et 30 ci-dessus), a fait l'objet d'un développement jurisprudentiel distinct et ultérieur par rapport à celles-ci».

<sup>17</sup> Il corsivo è mio; v. § 74: «Dans ces circonstances, la Cour constate que l'infraction litigieuse a été le résultat d'une évolution jurisprudentielle amorcée vers la fin des années quatre-vingt du siècle dernier et qui s'est consolidée en 1994 dans l'arrêt Demitry».

<sup>18</sup> Cfr. § 75: «Ainsi, à l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis (Del Rio Prada [GC], précité, §§ 79 et 111-118, a contrario, Ashlarba c. Géorgie, n° 45554/08, §§ 35-41, 15 juillet 2014, a contrario, Rohlena, § 50, précité et, mutatis mutandis, Alimuçaj c. Albanie, n° 20134/05, §§ 154-162, 7 février 2012)».

<sup>19</sup> Cfr. § 76: «Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention». D'altro canto, anche la giurisprudenza costituzionale mostra di collocarsi su posizioni non distanti da quelle del giudice europeo in relazione all'irretroattività della legge penale: cfr. ad es. le sentenze n. 236 del 22 luglio 2011 e n. 322 del 24 luglio 2007.

Riassunta brevemente la vicenda, e nei ristretti termini che qui interessano, mi preme evidenziare tre elementi della decisione del 14 aprile scorso:

a.- la Corte EDU, come da sua giurisprudenza costante, conferma l'*insidiabilità del merito processuale* (§ 61), per cui la garanzia dell'art. 7 della Convenzione deve senz'altro essere contenuta nei rigidi limiti della sola violazione *sostanziale* del principio di irretroattività della legge penale, senza possibilità di estensione ad altri campi, pure limitrofi;

b.- la Corte EDU ritiene soddisfatto il requisito della preesistenza della norma penale incriminatrice anche se questa sia il *prodotto di un'evoluzione giurisprudenziale* (sebbene a certe condizioni: cfr. §§ 62-63). Il che significa, in buona sostanza, vedere nel giudice un'autorità normativa, e quindi una fonte di produzione del diritto oggettivo, nonostante il parere contrario della Corte costituzionale italiana<sup>20</sup>;

c.- la preesistente base legale (anche di matrice giurisprudenziale) del reato è preordinata essenzialmente a formulare un fondato giudizio di rimproverabilità dell'imputato per la condotta tenuta, il che sottintende il recepimento di un meccanismo attendibile di certazione giuridica, per lo meno in senso soggettivo (arg. § 75).

Il primo punto (a), a mio parere, tocca la questione del rapporto tra riserva di legge e riserva di giurisdizione, e, più in generale, la cifra squisitamente garantistica dell'ordinamento penale interno (*lato sensu* inteso: sostanziale e processuale); il secondo punto (b) concerne, come accennato in premessa, la stessa accezione e portata del principio di legalità (non solo in ambito penale, ma giuspubblicistico in genere), e – cosa più interessante – finisce per toccare anche la regola della separazione del potere pubblico; il terzo (c), infine, sembra orientare l'interprete verso una ben precisa concezione (disposizionale e soggettiva) della certezza giuridica.

Si tratta, a me pare, di tre questioni di Diritto costituzionale, oltre che di Diritto penale; accenniamo ora ad esse, brevemente ma con ordine.

## 2.- Il principio della riserva di legge in materia penale (e qualche cenno sulla genesi della figura del "concorso esterno in associazione mafiosa": una classica eterogenesi dei fini?)

Come stranoto, l'atto di nascita della riserva di legge in materia penale va fatto risalire alla *Magna Charta* che il Re d'Inghilterra Giovanni, detto "il Senzaterra", dovette concedere nel 1215 alla componente aristocratica del suo reame, al fine di superare lo stallo politico creatosi a seguito di una delle tante imposizioni fiscali della Corona, cui però la nobiltà non intendeva quella volta dar seguito.

La *ratio* garantistica dell'istituto era evidentissima sin da tale momento e – per saltare bruscamente al qui e all'oggi – può ritenersi che sia transitata pressoché intatta, tra gli altri, nel vigente art. 13 della Costituzione italiana; in tale disposizione, la riserva (assoluta) di legge a presidio della libertà personale è accompagnata, oggi come allora, dalla riserva di giurisdizione, che ne rappresenta l'indefettibile complemento<sup>21</sup>.

Venendo allo specifico problema che qui interessa, è evidente come da un punto di vista strettamente formale ambedue le metanorme di riserva summenzionate *paiano*, almeno a un primo sguardo, pienamente rispettate dalla figura del c.d. concorso esterno in associazione per delinquere di tipo mafioso: in effetti, l'autorità giudiziaria sembrerebbe limitarsi ad un collegamento sistematico tra l'ipotesi specifica di un reato contenuta nella

<sup>20</sup> Cfr. la già citata sent. n. 230/2012.

<sup>21</sup> La tutela dagli arresti arbitrari (cfr. art. 39, linea 40 del documento in parola: «*No free man shall be taken, imprisoned [...] or in any way destroyed, except by the lawful judgement of his Equals, and by the Law of the Land*») era infatti, allora come oggi, strumentale alla possibilità di rivendicare liberamente in materia fiscale, senza paura di ritorsioni. L'art. 13 Cost. conferma la necessità di tale doppia garanzia (ossia: predeterminazione legislativa della fattispecie e accertamento in concreto da parte di un organo indipendente della ricorrenza dei presupposti fattuali per la restrizione della libertà personale).

parte speciale del Codice penale italiano (art. 416 *bis*: associazione di tipo mafioso) e una regola comune della parte generale dello stesso (art. 110: concorso di persone nel reato).

Sembrerebbe quindi che tutti, anche in ossequio alla separazione funzionale tra attività legislativa (art. 70 Cost.) e giurisdizionale (art. 102, 1° comma, Cost.), si siano mantenuti nell'alveo delle proprie attribuzioni, essendosi il giudice mosso all'interno di un perimetro legislativamente predeterminato, seppur in combinato disposto.

Senonché, come sa molto meglio di chi scrive chiunque abbia a che fare professionalmente col fenomeno in questione (e ancor di più quando si versi in ipotesi di mera *contiguità mafiosa*), la configurazione codicistica di tale associazione delinquenziale è piuttosto evanescente<sup>22</sup>, e non meno vaga risulta la disposizione di parte generale sul concorso di persone nel reato, particolarmente con riguardo al nesso causale quivi delineato tra condotta ed evento<sup>23</sup>.

Come se ciò non bastasse, è *il fenomeno criminale organizzato in sé* ad apparire particolarmente sfuggente, e quindi refrattario ad una formalizzazione legislativa tassativa e determinata, grazie alle notorie capacità adattive della relativa organizzazione alle più varie situazioni sociali e ambientali<sup>24</sup>.

Nondimeno, le esigenze di tutela collettiva permangono intatte, pur al cospetto di una combinazione sempre diversa e variabile di condotte, quasi una fattispecie mutaforma; ed è proprio alla luce di ciò che la dottrina penalistica, almeno nella sua componente maggioritaria, ha ritenuto tutto sommato accettabile il compromesso raggiunto attraverso la formulazione del vigente art. 416 *bis* c.p.<sup>25</sup>, sebbene sia innegabile che la tecnica del "combinato disposto" con l'art. 110 c.p. abbia aggravato i dubbi in tema di tassatività e determinatezza del tipo, nella misura in cui a vaghezza (dell'associazione mafiosa) si sia andata a sommare vaghezza (del contributo causale c.d. libero del *contiguo*)<sup>26</sup>.

A questo punto, sia consentita una brevissima postilla, al fine di sgomberare il campo da un possibile equivoco.

Sin dalla sua entrata in vigore, è subito parso evidente che l'art. 416 *bis* c.p., per quanto formulato in termini elastici, potesse lasciar fuori dal suo spettro d'intervento una fetta sociologicamente molto significativa del fenomeno mafioso: quella già menzionata contiguità rappresentata dall'insieme delle condotte di soggetti non affiliati all'organizzazione, eppure disponibili a collaborare con essa; appunto a questo, in chiave – si badi! – *garantistica*, era funzionale l'utilizzo dell'art. 110 c.p. in funzione estensiva

---

<sup>22</sup> La ragione risiede, essenzialmente, nella tecnica normativa adottata, consistente in un dispositivo di rinvio dinamico al contesto sociale, al fine di intercettare quante più manifestazioni possibile del fenomeno mafioso, guadagnando in efficienza repressiva, ma perdendo in termini di certezza giuridica, e quindi di garanzia individuale.

<sup>23</sup> Tanto è vero che la più avvertita dottrina propone oggidi di integrare (anche qui in chiave garantistica) il criterio causale puro con uno funzionale, in modo da evitare un'esplosione incontrollata di fattispecie penalmente rilevanti in tema di concorso esterno: cfr. G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in G. FIANDACA e C. VISCONTI (cura), *Scenari di Mafia*, cit., 203 ss. e V. MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ e A. MELCHIONDA (et al.), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Cedam, Padova, 2005, 159 ss.

<sup>24</sup> Una panoramica di tale dinamica organizzativa si può apprezzare nei saggi di E. U. SAVONA, *Le organizzazioni criminali in Europa viste dall'esperienza italiana*, in G. FIANDACA e C. VISCONTI (cura), *Scenari di Mafia*, cit., 29 ss. (di taglio più sociologico) e di S. BONINI, *Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello*, *ibidem*, 91 ss. (di taglio strettamente giuridico).

<sup>25</sup> Tale dibattito, unitamente ai riferimenti dottrinali principali, è ricostruito da G. DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in G. FIANDACA e C. VISCONTI (cura), *Scenari di Mafia*, cit., 128 ss.

<sup>26</sup> Non per caso, qualche voce rimasta isolata aveva suggerito di inserire la fattispecie nella prima parte del Codice penale, rimarcando la possibile illogicità di sostenere l'eventualità di un concorso nell'ambito di un reato a concorso necessario. Ancora recentemente in tal senso, mi pare, A. CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA e C. VISCONTI (cura), *Scenari di Mafia*, cit., 146 ss.

dell'ordinamento penale, apparendo per converso agli operatori ben più pericolosa una dilatazione dell'ambito del penalmente rilevante operata per via semantica a partire dal requisito della «partecipazione» contenuto nella disposizione codicistica di parte speciale<sup>27</sup>.

Delle buone intenzioni iniziali, quindi, mi pare si debba dare atto alla giurisprudenza interna (almeno) di legittimità, sebbene le tre sentenze fondative della Corte di cassazione che costituiscono lo «statuto giuridico» del reato in discorso (la «Demitry», la «Carnevale» e la «Mannino»<sup>28</sup>) non sempre siano al proposito perfettamente sovrapponibili<sup>29</sup>.

Fatto questo doveroso chiarimento, non si può comunque fare a meno di notare come, per una classica «eterogenesi dei fini», la *ratio* garantistica dell'operazione ermeneutica brevemente descritta si sia progressivamente trasfigurata in una trappola (quasi) mortale per l'imputato che abbia l'avventura di essere oggetto di una simile incriminazione, nella misura in cui, apertamente o velatamente, il puro e semplice operare in un *dato contesto*, finisca per far scattare – magari in maniera del tutto irreflessa – delle *presunzioni* difficilmente superabili in sede processuale.

Le ragioni più consistenti di tale traiettoria sono anch'esse piuttosto note, e sono fondamentalmente riconducibili ad un'intestazione unitaria, che potremmo sinteticamente designare «politica giudiziaria nei territori di confine»: una sorta di diritto penale speciale (anche qui *lato sensu* inteso: sostanziale e processuale) forgiato su base territoriale, con attitudini peraltro a estendersi con facilità a tutto lo spazio giuridico nazionale<sup>30</sup>.

Lo strumento più potente attraverso cui viene attuata tale politica giudiziaria<sup>31</sup> mi pare però che non sia stato adeguatamente messo a fuoco: mi riferisco alla (cripto)tecnica argomentativa che ha già da tempo preso piede (anche) nelle stanze della Cassazione e che consiste – semplificando in modo brutale – nel trasformare inferenze ipotetiche (abduitive) in certezze legali (*come se* deduttive), quasi che l'ipotesi di reato, se calata in un *dato ambiente*, acquisisca per ciò solo una credibilità del tutto peculiare.

In Italia, il maggior contributo allo studio delle inferenze logiche in ambito processuale è probabilmente da ascrivere a Giovanni Tuzet, che ha concorso a far conoscere nel nostro Paese le idee del filosofo statunitense Charles Sanders Peirce<sup>32</sup>.

Secondo Peirce ciascun ragionamento scientifico – e quello giuridico non fa eccezione – non procede attraverso un unico tipo di inferenza logica (deduttiva, induttiva o abduitiva), bensì attraverso una *combinazione* di tali tre tipologie inferenziali.

---

<sup>27</sup> Lo riferisce, assai bene, V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in IDEM, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 41 ss.

<sup>28</sup> Rispettivamente: del 5 ottobre 1994, del 30 ottobre 2002 e del 20 settembre 2005. Tutte pronunciate a Sezioni riunite.

<sup>29</sup> Le discrasie tra le tre statuizioni sono ben evidenziate da Vincenzo Maiello, nel suo saggio *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in G. FIANDACA e C. VISCONTI (cura), *Scenari di Mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, cit., 160 ss., spec. 162-168, ora anche in IDEM, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 129 ss. Il che, sia detto per inciso, potrebbe costituire un dato significativo in ordine allo stesso giudizio di stabilizzazione, seppur per via giudiziaria, della figura di reato in parola, (stabilizzazione) di cui la Corte europea non pare dubitare.

<sup>30</sup> S. BONINI, *Uno sguardo comparativo sulle sanzioni contro la criminalità organizzata in alcuni sistemi-modello*, cit., 108, richiama in proposito la nozione di «diritto penale del nemico» a sottolineare i rischi di una simile traiettoria, per quanto nobilmente motivata.

<sup>31</sup> Ribadisco che sto utilizzando un'espressione sintetica, che non sottintende alcuna intenzionalità dell'operazione, ma che semplicemente mi pare descrivere in maniera adeguata un andamento oggettivo della giurisprudenza in tema di concorso esterno in associazione mafiosa.

<sup>32</sup> Gli studi di Peirce sulla logica argomentativa sono raccolti oggi in un volume del 2003, curato da M. A. Bonfantini ed edito a Milano, per i tipi della Bompiani. Giovanni Tuzet ha pubblicato un lungo studio dal titolo *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, XVII-355. Di seguito, peraltro, citerò il suo più risalente (ma più centrato, rispetto al tema che sto trattando) saggio dal titolo *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 4/2004, 275 ss.

In particolare, *prima* si formula un'ipotesi (abduzione); *immediatamente dopo* di traggono deduttivamente le conseguenze implicate da tale ipotesi; *infine*, si procede alla verifica della validità dell'ipotesi formulata mediante la ricerca di conferme della medesima nella realtà, astraendone per generalizzazione il giudizio finale (induzione).

Quel che aggiunge Tuzet a tale schema, limitatamente almeno all'oggetto delle mie riflessioni, è l'idea che tale procedimento intellettuale sia comunque e sempre orientato, anche nella sede del processo, alla *ricerca della verità*<sup>33</sup>.

Quel che sommessamente vorrei aggiungere io è che, se si guarda all'attuale *stylus* della Corte di cassazione (e ancor di più a quello delle giurisdizioni di merito), la terza fase, quella induttiva (che dovrebbe operare per astrazione "confermativa" da fatti reali) è sovente sostituita da una iterazione dell'originaria inferenza abduzione, poiché, lungi dal cercare una *effettiva conferma* delle (conseguenze delle) ipotesi deduttivamente formulate, troppo spesso (in sede processuale, almeno) ci si accontenta di registrarne la *mancata smentita*, nella misura in cui le evidenze probatorie *non falsifichino* l'ipotesi originariamente formulata<sup>34</sup>.

Se ci trovassimo a operare in un ambito scientifico non giuridico, forse questo non sarebbe nemmeno un gran problema, dato che, secondo la regola generale di falsificazione codificata da Popper, un paradigma è vero sino a che non venga *dimostrato* come non-vero<sup>35</sup>.

Tuttavia, l'ordinamento costituzionale italiano conosce una regola che dovrebbe condurre, in tali casi, a conclusioni opposte: il riferimento (ovvio) è alla *presunzione* di non colpevolezza (art. 27, 2° comma, Cost.), la quale – operativamente – suggerirebbe di considerare comunque non provata una circostanza incriminante non univoca, poiché il semplice fatto che le prove *non smentiscano* l'ipotesi (colpevolista), significa che nemmeno *indubitabilmente la confermano*.

Il che mi porta a concludere sul punto nel senso che un governo non cauto degli strumenti inferenziali – magari basato sulle inintenzionali *presunzioni ambientali* o *territoriali* di cui dicevo sopra – rischi di pervertire il senso stesso del processo, penale e non solo<sup>36</sup>. E siccome la Corte europea ha ribadito (§ 61) di volersi rigidamente attenere, *nel merito*, a quanto statuito dalle Giurisdizioni nazionali, un tale allentamento di *standard* nasce, si pone come, e resta un problema di diritto interno, con evidenti effetti disfunzionali, primo tra i quali – per l'appunto – l'alterazione della fisiologica complementarietà tra la riserva di legge e quella di giurisdizione, con conseguente negazione della loro vocazione garantistica.

Detto in altro modo: contrariamente a quanto mi sembra di dover registrare, la eventuale pochezza delle prove non dovrebbe trovar la sponda, correttiva o integrativa, all'interno della sentenza del giudice nazionale, soprattutto se ciò vada a discapito della

<sup>33</sup> Cfr. G. TUZET, *Le prove dell'abduzione*, cit., spec. 279-287.

<sup>34</sup> Per di più, in tale fase di verifica, l'abduzione (ipotetica) viene sovente "presentata" come deduzione (e quindi come conclusione necessaria), stante l'analoga struttura delle due inferenze. Il ragionamento complessivo risulta quindi appiattito su due soli momenti effettivi (abduzione iniziale e deduzione), e conseguentemente va considerato monco, ossia viziato.

<sup>35</sup> K. R. POPPER, *Il razionalismo critico*, a cura di M. Baldini, Armando, Roma, 2002, spec. 115 e ss., in cui vengono ripresi i concetti più ampiamente espressi nel celebre IDEM, *Logik der Forschung*, (1ª ed. Mohr, Berlin, 1934), tr. it. *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 2010, *passim* (trattasi della riedizione più recente in lingua italiana, a quaranta anni esatti dalla prima).

<sup>36</sup> Un indice a mio avviso significativo di tale preoccupante traiettoria è l'utilizzo sempre più massiccio, nelle motivazioni delle sentenze, di locuzioni che si richiamano al mondo del "probabile" (quando non del "possibile"). Non posso evidentemente riportare un censimento pignolo di tale (impegnativa) asserzione, ma sia consentita almeno una suggestione: nel notissimo processo perugino per l'omicidio di una studentessa inglese, del quale erano imputati una ragazza statunitense ed un ragazzo italiano, il dispositivo di condanna in secondo grado (poi riformato in Cassazione) era sormontato da una motivazione in cui il termine "probabile", nella variante aggettivale e in quella avverbiale, compariva più di quaranta volte...

consistenza dell'ordinamento in questione, a maggior ragione visto che il giudice europeo ha mostrato di voler tenere sul punto una posizione radicalmente agnostica, per cui non si può fare affidamento su di esso per ristabilire l'equilibrio del sistema.

### 3.- Il principio di legalità e la separazione del potere. Oggi?

Allargando lo sguardo al diritto pubblico generale, gli effetti disfunzionali appaiono ancora più evidenti: ho già detto (sempre in premessa) che la Corte EDU, nel momento in cui afferma che la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa sia il *prodotto di un'evoluzione giurisprudenziale* (§§ 62-63), riconosce il giudice (italiano) come autorità normativa.

L'affermazione può apparire troppo netta, e in ogni caso sopravvalutata, ma non credo lo sia se si tiene presente la peculiare forza legale che le sentenze europee hanno nell'ordinamento interno in virtù della disposizione dell'art. 117, 1° comma, Cost.<sup>37</sup>.

Non è certo mia intenzione, tantomeno in questa sede, entrare nelle pieghe di concetti tanto densi e complicati quali il principio di legalità o la separazione del potere pubblico<sup>38</sup>, ma credo di dover per lo meno rimarcare che, per motivi diversi, essi (concetti) non coincidono perfettamente con gli omologhi anglosassoni di *Rule of Law* e di *check(s) and balance(s)*.

In particolare, vorrei sottolineare che l'enunciato della Corte EDU è perfettamente coerente con la *Rule of Law*, dato che nei sistemi di *common Law* il giudice è anche fonte del diritto; lo è meno, come risaputo, col principio (continentale) di legalità, dato che nei sistemi di *civil Law* il giudice è fondamentalmente (almeno stando agli indicatori di diritto positivo: cfr. artt. 70 e 102 Cost.) un applicatore di diritto legislativo<sup>39</sup>.

Orbene, si può certo immaginare che l'ordinamento facente capo alla CEDU, dato che raccoglie Paesi di tradizioni giuridiche differenti, abbia ricercato anche in tale frangente un *aquis* comune su cui poggiare una decisione di portata generale, e abbia trovato tale punto di convergenza nel diritto anglosassone (d'altra parte, la Corte europea è costruita sul modello del giudice di *common Law*, più che su quello di *civil Law*); nella specie, però, una simile scelta rischia di creare più di un problema, dato che con tale affermazione bisognerà comunque in qualche modo fare i conti internamente (ex art. 117 Cost., come detto), verificando quantomeno se ciò sia compatibile col sistema vigente, ovvero debba comportare una ridefinizione del principio di legalità valido in ambito nazionale (ipotesi ad oggi ritenuta non praticabile dalla Corte costituzionale, come visto), ovvero ancora mettere in crisi la relazione stessa tra diritto legislativo statale e diritto sovranazionale CEDU.

Passo alla successiva coppia oppositiva – separazione del potere vs. *check(s) and balance(s)* – prima di proporre una considerazione di sintesi unitaria, poiché anche in tale circostanza registro un certo disallineamento concettuale, da un lato, e un'incoerenza che si realizza solo col concetto europeo-continentale di separazione, dall'altro.

In tal caso, più che di una vera e propria divergenza, sarebbe forse più corretto parlare di *continenza*, dato che il sistema detto della "separazione specializzata" (quale è quello delineato, tra gli altri, proprio dalle due riserve di legislazione alle Camere e di giurisdizione ai giudici previste nella nostra Costituzione e già più volte ricordate) altro non sarebbe che un andamento *specifico* di un principio organizzativo più generale che ha la fi-

<sup>37</sup> In questo caso, anche la Corte costituzionale ammette costantemente il valore "superlegislativo" del diritto convenzionale, a partire dalle note sentenze nn. 348 e 349 del 3 luglio 2007.

<sup>38</sup> Me ne sono peraltro già occupato più ampiamente in altra sede, alla quale, se si vuole, può farsi riferimento: A. RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore*, Jovene, Napoli, 2013, 203 ss. (legalità) e 214 ss. (separazione).

<sup>39</sup> Cito per tutti P.P. PORTINARO, *Legalità, principio di*, voce in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, V, Ist. Enc. It., Roma, 1996, 216 ss., poiché si tratta dell'Autore che più di altri analizza il principio alla luce della contrapposizione tra "leggi" e "uomini", il che mi è particolarmente utile ai fini del ragionamento che sto proponendo.

nalità di parcellizzare la titolarità, e frammentare l'esercizio, del potere legale in funzione antiautoritaria; finalità che può essere efficacemente perseguita anche nell'ambito della più elastica organizzazione per "freni e contrappesi"<sup>40</sup>.

Va da sé, anche in questo caso, che un giudice-legislatore appare difficilmente in linea con le prescrizioni degli art. 70 e 102 Cost., mentre non incontrerebbe soverchie difficoltà di inserimento in un contesto di *common Law*. Nondimeno, pure qua, bisognerà fare i conti con la concezione della separazione del potere che mostra di preferire (se non altro per esclusione) la Corte EDU, sebbene in tal caso gli ostacoli di ordine giuridico-formale frapponibili dalla Corte costituzionale appaiano meno insormontabili, dato che non dovrebbero essere direttamente coinvolte posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale<sup>41</sup>.

Venendo invece alla considerazione di sintesi che accomuna i due binomi, e anticipando quanto dirò in sede conclusiva, rilevo che i concetti continentali di legalità e separazione del potere sono concettualmente più "stretti" (o "alti", se si preferisce) di quelli anglosassoni, per cui nessun problema sorgerebbe – per definizione – in ambito europeo se tali principi fossero pienamente rispettati sul versante interno dell'ordinamento.

Vorrei però subito evidenziare quella che a mio avviso è la *ragione profonda* del disagio che l'ordinamento italiano incontra ogni qual volta certe questioni ascendono al livello sovranazionale. Ritengo infatti che vi sia una spiegazione unitaria per gli slittamenti di senso appena evidenziati: i sistemi di *common Law* sono (tendenzialmente) dualisti, mentre quelli di *civil Law* sono (tendenzialmente) monisti. Uso due categorie concettuali prese a prestito dalla sociologia politica, poiché vorrei mettere l'accento soprattutto sul diverso ruolo che, nelle due famiglie giuridiche, hanno la legge e la sentenza, o, se si preferisce, il Parlamento e i giudici<sup>42</sup>.

Nei sistemi anglosassoni, infatti, tutti hanno conservato, almeno in gran parte, l'originaria vocazione garantistica di contro-potere governativo; viceversa, nella transizione verso il monismo, che ha interessato i sistemi giuridici continentali in corrispondenza dell'introduzione del suffragio universale, si è verificata l'acquisizione da parte della legge (e del Parlamento) di una scoperta cifra politica ("governativa") e l'attrazione della figura del giudice nel *corpus* statale (disinnescandone così la matrice di contro-potere dello stesso; e la medesima affermazione vale per il suo atto tipico: la sentenza)<sup>43</sup>.

È ben vero che l'irrigidimento delle costituzioni europeo-occidentali ha cercato di razionalizzare tale movimento istituzionale, ma si è trattato, in generale, e in particolare per l'Italia, di un rimedio *parziale*, che ha fondamentalmente "accettato" la transizione verso il "politico" puro del Parlamento (e della legge)<sup>44</sup>, mentre ha tentato di ritagliare un ruolo "impolitico" (tecnico?) al giudice (e alla sentenza)<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Come ben evidenzia R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, 169 ss.

<sup>41</sup> In effetti la (apparentemente) draconiana posizione della Corte costituzionale in relazione all'accezione interna del principio di legalità è motivata da esigenze di garanzia individuale, e segnatamente di tutela dei diritti inviolabili; tale orizzonte non è invece (necessariamente?) presente quando ci si trovi al cospetto di un (pur importante) principio organizzativo qual è, per l'appunto, l'articolazione delle funzioni pubbliche.

<sup>42</sup> Il riferimento dottrinale obbligato in proposito, peraltro, è un giurista: L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, II, Boccard, Paris, 1923, 404 ss.

<sup>43</sup> Il taglio teorico e politologico di tali (personali) osservazioni mi è stato sollecitato da N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, voce in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (*et al.*), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 2004, 201 ss., e G. PASQUINO, *Forme di governo*, *ivi*, 365 ss.

<sup>44</sup> Cfr. in particolare le disposizioni costituzionali relative al rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento e quelle sul controllo parlamentare sugli atti normativi dell'Esecutivo.

<sup>45</sup> Cfr., oltre alle due disposizioni costituzionali, già a più riprese ricordate, che descrivono una separazione *specializzata* tra legislazione e giurisdizione (artt. 70 e 102), almeno l'art. 104 Cost. quanto alla separazione *organica* tra Parlamento e Giudice.

Tale disegno, peraltro, potrebbe dirsi coronato da successo solo a patto che l'attività giudiziaria non impinga in quella parlamentare: non è un caso, mi sembra, che anche due recenti studi che si sono occupati di tali questioni arrivino sul punto alla medesima conclusione, pur partendo da prospettive assai distanti<sup>46</sup>.

Segnatamente, sebbene i due Autori dei lavori in questione condividano l'assunto per cui in ogni decisione giudiziale sia ineliminabile un coefficiente di creatività, l'uno avverte come, anche in una prospettiva (che potremmo chiamare) *istituzionale*, debba restar ferma la distinzione tra «trovare» (già “pronto”?) il diritto e «interpretare» il diritto<sup>47</sup>, mentre l'altro distingue, in una prospettiva (che potremmo chiamare) *normativa*, un «diritto legislativo» e un «diritto sapienziale»<sup>48</sup>.

Insomma: sia che si parta dalla forma logica della singola regola (Pinna), sia che si osservi il fenomeno giuridico complessivamente (Bin), mi pare che ambedue gli Autori escludano una qualsivoglia portata generalizzante delle statuizioni giurisdizionali, ché in caso contrario ci troveremmo al cospetto di un giudice-legislatore (*rectius*: di un giudice che si ponga sul medesimo piano delle assemblee parlamentari).

Viceversa, le decisioni “fondative” della Cassazione (“Demitry”, “Carnevale” e “Mannino”) sono state recepite dalla Corte EDU proprio nella loro dimensione normativa (legislativa).

In breve: aderendo ad un modello dualistico di governo assai vicino agli ordinamenti di *common Law*, la Corte EDU ha finito col porre più di un problema a quelli di *civil Law*, persino in quel settore in cui tradizionalmente minore è la distanza tra i due sistemi, ossia il diritto della repressione criminale<sup>49</sup>.

#### 4.- *Certezza del reato e della pena. Quale?*

Preso comunque atto che, almeno nell'immediato, “così stan le cose”, ossia che la fattispecie di reato può essere anche estratta da una base legislativa solo iniziale e completata da una giurisprudenza integrativa, purchè stabile e risalente, bisognerà capire quali corollari trarre dalla pronuncia in discorso.

Ebbene, quell'armonia che sembra difettare del tutto al livello legislativo (CEDU e Parlamento nazionale), la si può forse rinvenire, quand'anche *parzialmente*, sul gradino giurisdizionale più elevato dei rispettivi ordinamenti (Corte EDU e Corte costituzionale italiana): il § 75 della sentenza della Corte europea, infatti, nel momento in cui rileva (e censura) la «inconoscibilità» per Contrada del reato contestatogli e della pena irrogatagli, non mi pare collocarsi troppo distante dal concetto di «ignoranza incolpevole» della legge penale di cui ragionava la Corte costituzionale nella celeberrima sentenza n. 364 del 23-24 marzo 1988<sup>50</sup>.

A me interessa appunto proporre un'ultima suggestione, che ricavo proprio da tale accostamento tra gli orientamenti dei due giudici.

Esistono numerosissime *concezioni* della certezza giuridica, ma alla luce di quel che – giusto o sbagliato poco rileva – ci propone il *concreto* ordinamento positivo che

<sup>46</sup> Mi riferisco a R.BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva «quantistica»*, Franco Angeli, Milano, 2013, 1-112, e P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Franco Angeli, Milano, 2015, 1-168.

<sup>47</sup> R.BIN, *A discrezione del giudice*, cit. 35 ss.

<sup>48</sup> P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, cit., 63 ss., spec. 66-69.

<sup>49</sup> In questa prospettiva leggo, ad esempio, il disagio che traspare nel commento di S. E. GIORDANO, *Il “concorso esterno al vaglio della Corte EDU*, cit., 18-23, che sottintende la persistente adesione all'idea di una funzione eminentemente garantistica della legge.

<sup>50</sup> Allora, mi verrebbe da dire, già sulla base del diritto interno vivente si sarebbe forse potuto concludere che Bruno Contrada non andava processato, ma tant'è. Si tratta di valutazioni che lascio volentieri ai colleghi penalisti.

stiamo osservando (nel nostro caso, quello italiano), il dovere di coerenza esigerebbe che almeno tentassimo di adattare il *concetto* alla realtà (normativa), e non il contrario, ammesso e non concesso che tale seconda operazione abbia un senso.

Ebbene, i dispositivi che ci vengono proposti (anche) dalla sentenza Contrada orientano l'interprete verso l'abbandono delle concezioni *oggettive* della certezza giuridica, in favore di meno ambiziose, ma più praticabili, concezioni *soggettive* della stessa. Di più: il censito *contrasto*, sia normativo, sia *giurisprudenziale* (tra Corte EDU e Corte costituzionale) soprattutto attorno al principio di legalità impone di escludere l'idea di una convergenza *puntuale* su un'accezione, quale che sia, di certezza, per quanto soggettiva.

Cosa resta allora sul campo?

Rimane certamente un concetto *graduabile*, o *disposizionale*<sup>51</sup>, di certezza giuridica, intesa come *prevedibilità* (delle conseguenze del proprio comportamento).

Grazie a tale attribuzione di senso, tra l'altro, potremmo attribuire ai diversi ordinamenti che andassimo a osservare un dato "livello" di sicurezza legale, a seconda di quanto elevato sia lo *standard* richiesto da ciascuno prima di far scattare la presunzione di conoscenza delle sue norme, e potremmo anche classificare il sistema *de quo* come (più o meno) coerente, liberale, garantista o giusto, naturalmente in coerenza col parametro che avremo deciso di adottare per formulare tale giudizio.

Certo, se si accetta l'idea che una figura di reato (o anche, più in generale, una qualsiasi fattispecie) possa avere, anche se solo parzialmente, una matrice giurisprudenziale, ci sarà da mettere sempre in conto una *prima volta*, un "caso-pilota", in cui qualcuno dovrà in un certo senso far da cavia per tutti gli altri.

Si potrebbe in proposito replicare che, in tali "primi casi", sarebbe consigliabile orientarsi per una disapplicazione della neonata norma, ma così facendo si sarebbe data probabilmente una risposta non giuridica e in ogni caso semplicemente spostato "in avanti" il problema, rinviandolo alla prossima "prima volta".

Mi convincerebbe di più, a quel punto, la replica di chi sostenesse che, una volta avvertiti della possibilità della creazione giudiziale del diritto (anche penale), starà ai consociati adeguare il proprio comportamento ad uno *standard* di estrema prudenza, per prevenire le conseguenze spiacevoli nella propria sfera privata. Del resto, il formante giurisprudenziale opera da tempo e con un certo successo, anche in ambito penale, tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti, e non risultano per questo lamentele particolarmente virulente.

Semmai, se ne potrebbe trarre la conferma che, *a certe condizioni*, anche la creazione giurisprudenziale del diritto (penale) è accettabile, *se supportata da adeguati dispositivi di certazione legale*, come ad esempio l'istituto del precedente vincolante e quello dello *stare decisis* o le modalità di selezione del personale.

In termini più chiari:

a.- un sistema legale basato sulla produzione esclusivamente legislativa del diritto (a iniziare da quello penale) e sulla riserva di legge intesa in senso formale – come afferma di gradire la nostra Corte costituzionale – vanta un buon grado di certezza giuridica;

b.- lo stesso giudizio è esprimibile rispetto a un sistema in cui il formante giurisprudenziale del diritto (anche penale) sia presidiato da idonei congegni di certazione, come avviene nei Paesi anglosassoni e come mostra di non disdegnare la Corte europea;

c.- un ordinamento nel quale alla cattiva qualità della normazione parlamentare si associ l'andamento ondovago di una giurisprudenza pretoria (quando non apertamente creativa), è verosimilmente un sistema incerto.

E un sistema incerto, molto spesso, è anche illegale<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Per tale definizione, cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005, 1-298, spec. 25 ss. e 159 ss.

<sup>52</sup> Lo dice apertamente D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., 11.

## 5.- Tre direttive minime (per evitare future condanne in sede CEDU)

Tirando le fila del ragionamento, si propongono tre strategie che potrebbero evitare per il futuro la reiterazione di condanne dello Stato italiano in sede convenzionale, con un certo beneficio anche in ordine al carico giudiziario, in termini di richieste di revisione e di incidenti di esecuzione:

a.- soprattutto qualora si intendesse procedere sulla via, già da tempo tracciata, dell'integrazione per via giurisprudenziale delle disposizioni legislative (anche penali), cercare per lo meno di riequilibrare il sistema elevando lo *standard* probatorio richiesto ai fini della formulazione del giudizio di colpevolezza (penale) e soccombenza (civile e amministrativa), contrariamente a quanto sta invece avvenendo oggi attraverso l'uso improprio dell'abduzione in sede processuale;

b.- prendere atto che nella *competizione* tra sistemi giuridici di *common Law* e sistemi di *civil Law* stanno probabilmente vincendo i primi, e che comunque l'ordinamento CEDU sembra individuare sempre più spesso nella *common Law* la base giuridica che accomuna gli ordinamenti di tutti gli stati aderenti alla Convenzione. Ciò significa che o si ridefiniscono "al ribasso" i principi strutturali dell'ordinamento interno in coerenza con tale paradigma, oppure si rigetta il paradigma e si cerca di prevenire il contenzioso adottando altre forme di cautela (dando per scontato che l'opzione della fuoriuscita dall'ordinamento convenzionale non sia all'ordine del giorno);

c.- in particolare, l'ordinamento giuridico nazionale va riportato verso uno *standard* adeguato di certezza legale attraverso un ripensamento del ruolo che la giurisprudenza attualmente svolge nel processo nomopietico. Del resto, per quanto gravi possano apparire le decisioni e (peggio ancora) l'inerzia del legislatore parlamentare, la soluzione non deve per forza essere la supplenza giudiziaria, sebbene mossa dalle più nobili ragioni, anche perché – in linea di principio – non sta scritto da nessuna parte che un giudice-legislatore sia ontologicamente migliore del Parlamento-legislatore<sup>53</sup>.

In difetto, e *stando così le cose*<sup>54</sup>, il quadro migliore che si prospetta per l'Italia è quello di un diritto (penale) diverso da quello degli altri Stati, e, forse, disomogeneo persino all'interno dei diversi contesti territoriali nazionali: *un* diritto per ogni contrada, appunto.

\*\* Ricercatore in Diritto costituzionale. Università di Sassari.

---

<sup>53</sup> Prendo in prestito l'osservazione da O. CHESSA, *Il costituzionalismo popolare e politico*, in IDEM, *I giudici del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2014, 201 ss., spec. 234 ss., che riporta in proposito il pensiero di Jeremy Waldron. Per completezza devo aggiungere che quest'ultimo si serve di tale argomento per negare la legittimità della c.d. giustizia costituzionale, mentre l'Autore da me citato la propugna, seppur per ragioni diverse dalla *superiorità* del giudiziario rispetto al politico.

<sup>54</sup> Se cioè tale giurisprudenza, come appare probabile, si manterrà costante. In teoria, il Governo poteva anche rimettere in discussione la cosa ricorrendo alla *Grande Chambre*, ma non mi risulta l'abbia fatto.