

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVI - settembre 2016, n° 09

09

20
16

| **estratto**

NELLA “REVISIONE INFINITA” DEL
PROCESSO CONTRADA I NODI IRRISOLTI
DELL’ESECUZIONE DELLE SENTENZE CEDU
E DEL CONCORSO ESTERNO NEL REATO
ASSOCIATIVO

con nota di **Paola Maggio**

469 IL CONCORSO ESTERNO NEL REATO ASSOCIATIVO

APP. CALTANISSETTA - SEZ. I - UD. 18 NOVEMBRE 2015 (DEP. 17 MARZO 2016), N. 924 - PRES. ROMEO
- EST. TONA

ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO - Concorso esterno - Fondamento legale - Sussistenza - Prevedibilità e sanzionabilità delle condotte in sede penale - Necessità.

(C.P. ARTT. 110, 416-BIS)

Il fondamento legale del concorso esterno nel reato associativo, rappresentato dagli artt. 110 e 416-bis c.p., fornisce elementi chiari e univoci in termini di prevedibilità e sanzionabilità in sede penale delle condotte che offrano un contributo alle organizzazioni mafiose, in special modo quando si tratti di soggetti impegnati a ragione del loro ufficio nel contrasto alla criminalità organizzata.

FATTO E DIRITTO - 1. *L'istanza di revisione.* — Bruno Contrada, già dirigente generale della Polizia di Stato, è stato condannato dal Tribunale di Palermo con sentenza n. 338/96 per il reato di cui agli artt. 110-416-bis c.p. a dieci anni di reclusione.

La sentenza è divenuta esecutiva il 10 maggio 2007, dopo che la Corte di appello di Palermo, sezione prima, con sentenza del 25 febbraio 2006, la aveva confermata, decidendo su rinvio della suprema Corte di cassazione, che con sentenza del 12 dicembre 2002 aveva annullato la precedente sentenza della Corte di appello di Palermo che aveva invece assolto Contrada perché il fatto non sussiste.

Con istanza depositata in data 19 febbraio 2015, il difensore di Contrada ha proposto domanda di revisione della suddetta sentenza esponendo le seguenti ragioni.

Dopo avere svolto alcune premesse sui prevalenti orientamenti giurisprudenziali in ordine al concetto di prove nuove o sopravvenute di cui all'art. 603 c.p.p., il difensore ripercorreva l'iter giudiziario che aveva portato alla condanna di Contrada per concorso esterno, sottolineava che il quadro probatorio emerso in sede di cognizione risultava fondato su dichiarazioni di collaboratori di giustizia, sosteneva che esse non erano supportate da adeguati riscontri esterni e per questo concludeva per l'inattendibilità dei collaboratori.

A Contrada erano contestati reati di concorso in associazione per delinquere pluriaggravata ex art. 110 c.p. e art. 416 c.p., commi 4 e 5 commesso in Palermo e altrove fino al 29.9.1982 (capo A della rubrica) e da tale data in poi (dopo l'entrata in vigore della fattispecie incriminatrice, introdotta con l. 13 settembre 1982, n. 646) di concorso in associazione per delinquere di tipo mafioso pluriaggravata prevista dall'art. 110 c.p. e art. 416-bis c.p., commi 4 e 6 (capo B della rubrica).

In particolare con la seconda più analitica imputazione, in cui i giudici di merito hanno ritenuto assorbita la contestazione di concorso in associazione criminosa semplice, Contrada era stato accusato di avere, dapprima nella qualità di funzionario di p.s. della Questura di Palermo, poi in quella di dirigente presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità mafiosa e – infine – presso il SISDE, contribuito alle attività e agli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata Cosa Nostra, fornendo «ad esponenti della commissione provinciale di Palermo di Cosa Nostra notizie riservate, riguardanti indagini ed operazioni di polizia da svolgere nei confronti dei medesimi e di altri appartenenti all'associazione». Con le aggravanti di cui all'art. 416-bis c.p., commi 4, 5 e 6, essendo Cosa Nostra un'associazione armata, volta ad assumere e mantenere il controllo di attività economiche mediante risorse finanziarie di provenienza delittuosa.

Sino a pochi giorni prima del suo arresto nel dicembre 1992 Contrada era in servizio quale vice capo reparto del SISDE, carica da cui era destituito il 7.12.1992, con reimmissione nei ruoli dell'amministrazione di provenienza (Polizia di Stato-Ministero dell'Interno), a seguito di formale comunicazione al direttore del Servizio della pendenza dell'attuale procedimento penale.

Le contestazioni si riferivano ad un periodo nel quale egli aveva svolto la sua attività professionale in Sicilia ed a Palermo con specifico riferimento ai settori della criminalità organizzata di matrice mafiosa.

Della carriera di Contrada dà conto l'istanza di revisione elencando le tappe in realtà già ampiamente esposte ed esaminate nella decisione divenuta irrevocabile.

Nell'istanza, alla p. 19, il difensore si domanda come sia possibile che un uomo con quella carriera possa essere condannato per concorso esterno. E quindi adduce la relazione di un consulente di parte, psicologo, nella quale si conclude che la collusione di una personalità come quella di Contrada è inconciliabile con la sua disposizione caratteriale.

Riporta quindi una missiva del Presidente emerito della Repubblica Francesco Cossiga che esprime positivi apprezzamenti in favore di Contrada anche subito dopo la sentenza definitiva della Corte di cassazione a suo carico.

Il difensore di Contrada lamenta altresì che il suo assistito è stato condannato non per una o più condotte particolari ma «per un reato che non è previsto neppure come reato dal nostro ordinamento» e «l'accusa di concorso esterno è ancora più vaga e quindi inaccettabile, proprio perché non ha trovato nemmeno una minima concretizzazione in un qualsivoglia collegamento con reati fine».

Il difensore insisteva sul fatto che il materiale a disposizione del giudice della cognizione non gli avrebbe potuto consentire di giungere ad una sentenza di condanna.

Ma aggiungeva che vi erano dei fatti nuovi e sopravvenuti. In particolare:

1) Le dichiarazioni rese da Contrada in qualità di testimone ex art. 197-bis nel processo per la strage di via D'Amelio alla Corte di assise di Caltanissetta il 23 ottobre 2014 (riguardanti tra l'altro l'incontro del dott. Borsellino con Gaspare Mutolo poco prima dell'attentato) in cui egli afferma che si cercava di colpire la sua persona per colpire il SISDE e inoltre riferisce che non era a Palermo il giorno dell'attentato.

Nell'affermare che Contrada ha reso dichiarazioni nella veste di testimone, il difensore sottolinea la valenza nuova di tali dichiarazioni anche in relazione alla diversa veste processuale di chi le ha rilasciate e alla loro agevole verificabilità.

2) Le dichiarazioni di Scarantino che il dott. Contrada considerava personaggio di infimo livello e che fin dall'inizio delle indagini su via D'Amelio non riteneva che potesse essere coinvolto da "Cosa Nostra" nelle attività criminali dell'organizzazione; di esse si parla anche nel volume "Nel labirinto degli dei" di Ingroia per segnalare l'inattendibilità, ma nessuno accertò mai chi avesse potuto suggerire a Scarantino le dichiarazioni a carico di Contrada e non si comprende come mai non fu promossa a suo carico l'azione penale per il reato di calunnia.

Il difensore richiede quindi di sentire Antonio Ingroia, Gian Carlo Caselli e Alfredo Morvillo, i magistrati della Procura di Palermo che decisero all'epoca di non utilizzare le dichiarazioni di Scarantino nel processo contro Contrada.

3) La consulenza psicodiagnostica di parte a firma del dott. Lipera che dimostra sul piano scientifico l'inconciliabilità del richiedente con l'accusa di collusione con la mafia.

Con decreto del presidente della I sezione della Corte di appello disponeva la citazione a giudizio per la data del 18 giugno 2015.

(Omissis).

3. *I presupposti per l'ammissione di nuove prove e i fatti descritti nella sentenza irrevocabile.* — L'istanza è infondata e va conseguentemente respinta.

Occorre premettere che alla revisione della sentenza sulla base di prove nuove si può giungere se tali prove sono in grado di «condurre all'accertamento – in termini di ragionevole sicurezza – di un fatto la cui dimostrazione evidenzia come il compendio probatorio originario non sia più in grado di sostenere l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio» (Cass. n. 24682 del 15 maggio 2014).

Occorre pure premettere che Contrada ha già proposto alla Corte di appello istanza di revisione di tale medesima sentenza in tre precedenti occasioni.

La prima è stata dichiarata inammissibile con ordinanza in data 21.2.2008 (confermata dalla Corte di cassazione in data 7.10.2008).

La seconda è stata dichiarata inammissibile con ordinanza in data 31.5.2010 (confermata dalla Corte di cassazione in data 27.1.2011).

La terza è stata dichiarata inammissibile con sentenza in data 8.1.2011 (confermata dalla Corte di cassazione in data 5.6.2012 con una sentenza a sua volta impugnata con ricorso straordinario, dichiarato inammissibile con sentenza del 16.10.2012).

Orbene rileva la Corte che i fatti inerenti la collaborazione di Vincenzo Scarentino, gli approfondimenti istruttori inerenti la valutazione delle sue dichiarazioni riguardo Contrada e la decisione dei magistrati inquirenti all'epoca impegnati nella conduzione dell'indagine di non utilizzare né quelle dichiarazioni né gli accertamenti di riscontro negativo, sono stati già dedotti in occasione dell'ultima precedente istanza di revisione, dichiarata inammissibile.

In quella sede è stata valutata anche la richiesta di acquisire come prova nuova una consulenza psicodiagnostica sulla personalità di Contrada, gli attestati di stima del sen. Cossiga, il volume di Antonio Ingroia *"Nel labirinto degli dei"*, le dichiarazioni di Scarantino acquisite in sede di indagini difensive.

Orbene in questa sede la valutazione delle prove nuove dedotte, sia quelle già valutate unitamente alle precedenti istanze di revisione sia quelle ulteriormente proposte in questa sede, conduce alla conclusione che non ve ne sia alcuna idonea a dimostrare uno o più specifici fatti idonei a scardinare o anche solo a rendere più incerto l'assetto del compendio probatorio, come valutato nella sentenza divenuta irrevocabile.

Merita di essere ulteriormente ricordata la vicenda giudiziaria che ha condotto alla sentenza irrevocabile di condanna a carico di Contrada per il reato di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p., focalizzando gli esiti delle varie fasi e le ragioni che hanno sorretto la decisione poi passata in giudicato.

Con la sentenza in data 5.4.1996 il Tribunale di Palermo aveva affermato la penale responsabilità di Contrada, muovendo dall'esame delle dichiarazioni accusatorie di numerosi collaboratori di giustizia già appartenenti all'associazione mafiosa "Cosa Nostra", in posizione anche di rilievo, quali Tommaso Buscetta, Gaspare Mutolo, Rosario Spatola, Giuseppe Marchese, Salvatore Cancemi, Francesco Marino Mannoia, Pietro Scavuzzo, Maurizio Pirrone, Gioacchino Pennino, e dei compendi probatori testimoniali e documentali che, ad avviso del Tribunale, avevano confermato le predette fonti dichiarative.

La successiva sentenza della Corte d'appello di Palermo in data 4 maggio 2001 era stata annullata con rinvio dalla Cassazione, che aveva formulato diverse censure riguardo la correttezza degli inquadramenti giuridici delle condotte e della valutazione delle prove, ma che soprattutto aveva censurato come più grave e ricorrente «la violazione del principio di valutazione unitaria delle prove, sia all'interno delle singole vicende esaminate sia con riferimento al complessivo quadro probatorio».

In sede di giudizio di rinvio la Corte ha confermato la condanna con sentenza del 25 febbraio 2006, definitiva il 10 maggio 2007, dopo un ulteriore pronunciamento della Cassazione la quale ha verificato la correttezza delle motivazioni e il rispetto da parte del giudice di rinvio dei principi posti nella sentenza di annullamento della precedente decisione.

In virtù del principio cardine del processo penale della valutazione unitaria delle emergenze probatorie, i giudici della cognizione hanno ritenuto provata la colpevolezza dell'imputato attinto da un quadro probatorio formato da fonti diverse tutte ritenute affidabili, dotate di intrinseca coerenza, univoche e convergenti su specifici comportamenti di Contrada: eventi di favoritismo e in particolare di rilascio di patenti e porti d'arma a vantaggio di soggetti mafiosi noti al Contrada come tali per ragioni d'ufficio; agevolazione della latitanza di mafiosi, primo fra tutti il capo del mandamento di Partanna Mondello, Rosario Riccobono, ucciso nel novembre del 1982, e dello stesso Salvatore Riina; comunicazione di notizie su programmate indagini di p.g. a carico di appartenenti a "Cosa Nostra"; frequentazioni con soggetti condannati o indagati di associazione mafiosa; interferenze in attività investigative di polizia giudiziaria; elusione di indagini a vantaggio di mafiosi o presunti tali; intimidazione o freno allo sviluppo di accertamenti antimafia promossi da organi della Questura di Palermo.

In particolare i comportamenti del Contrada significativi della sussistenza di un contributo a "Cosa Nostra" nella posizione di concorrente esterno erano da ricondurre ai seguenti episodi:

1. la perquisizione eseguita a Palermo il 12.4.1980 nell'abitazione del latitante Salvatore Inzerillo; il funzionario della Squadra Mobile di Palermo, dott. Gentile, riferì di avere ricevuto moniti e richiami da Contrada, che si faceva sostanzialmente tramite delle doglianze dei soggetti perquisiti per l'irruenza attuativa nell'intervento investigativo;

2. l'operazione di polizia eseguita il 5.5.1980 con l'arresto di indagati di mafia in flagranza del reato di associazione per delinquere; il questore di Palermo Vincenzo Immordino decise di estromettere Contrada,

al quale in origine era stato affidato l'incarico di preparare un rapporto che preludeva l'operazione, segnalandone agli organi superiori la sostanziale inerzia investigativa;

3. l'agevolazione dell'allontanamento dall'Italia e in particolare da Palermo del mafioso americano John Gambino nel contesto del simulato sequestro di Michele Sindona poco tempo dopo l'uccisione a Milano dell'avv. Giorgio Ambrosoli (11 luglio 1979) e del dott. Giorgio Boris Giuliano a Palermo (21 luglio 1979);

4. i rapporti tesi con il dott. Giorgio Boris Giuliano, capo della squadra mobile di Palermo, nell'ultimo periodo di vita di quest'ultimo, anche con riferimento ad un incontro che avrebbe avuto con l'avv. Ambrosoli poco prima che questi fosse ucciso;

5. l'essersi interessato per fare ottenere il rinnovo del porto d'armi ad Alessandro Vanni Calvello sottoposto ad indagini per associazione mafiosa;

6. i contrasti personali per ragioni investigative tra l'imputato e i funzionari di polizia Cassarà, Montano e Montalbano;

7. la conversazione e il successivo incontro del Contrada con Antonio Salvo sottoposto ad indagini per associazione mafiosa nel 1983;

8. l'agevolazione della fuga da Palermo e dall'Italia di Oliviero Tognoli il 12.4.1984, per sottrarsi ad un provvedimento di fermo di P.G. per fatti di riciclaggio di denaro di origine mafiosa;

9. gli episodi riguardanti la sig.ra Gilda Ziino, vedova dell'imprenditore Roberto Parisi vittima di omicidio mafioso il 23.2.1985, in relazione agli incontri e colloqui avuti con la donna lo stesso giorno dell'omicidio del marito e nel 1988 subito dopo la testimonianza resa dalla donna al G.I. Giovanni Falcone.

Nella sentenza del Tribunale di Palermo in data 5.4.1996, veniva sottolineata particolarmente la gradualità del manifestarsi della condotta di ausilio esterno a Cosa Nostra messa in atto dall'imputato. Dopo gli iniziali contributi resi nell'esercizio delle sue funzioni alla lotta alla criminalità mafiosa con esiti brillanti (che gli valgono ripetuti elogi di superiori), secondo il Tribunale, Contrada cominciò ad assumere atteggiamenti condiscendenti con personaggi mafiosi di spessore, inizialmente beneficiandoli di "piccoli favori", che potevano astrattamente iscriversi nella trama dei rapporti fisiologici che un funzionario di polizia per ovvie ragioni d'istituto è indotto a stabilire con esponenti della criminalità.

Tale situazione, tuttavia, secondo il Tribunale, sfugge di mano al Contrada, che alla fine degli anni Settanta – allorché Cosa Nostra scatena una cruenta offensiva contro funzionari, inquirenti, magistrati e uomini politici «uniti dalla comune azione di contrasto al potere mafioso» – progressivamente trasforma questi suoi contatti in un «rapporto di pieno asservimento ai voleri di Cosa Nostra». Contrada che in quegli stessi anni ha visto uccidere colleghi e persone con cui ha a lungo collaborato ed ha a sua volta ricevuto pesanti minacce mafiose (documentate in atti), che ne consiglierebbero l'allontanamento da Palermo (da lui rifiutato), si trovò in uno «stato di timore e sostanziale irretimento» che lo costrinse – sempre secondo le valutazioni del Tribunale – ad un «definitivo passaggio nella piena disponibilità di Cosa Nostra», così divenendo – per gli incarichi ricoperti e l'autorevolezza acquisita negli anni di permanenza a Palermo – «uno degli elementi più significativi del sistema di connivenza tra delinquenza mafiosa e settori inquinati degli apparati istituzionali dello Stato».

Le numerose testimonianze difensive volte ad accreditare la correttezza e la lealtà professionale dell'imputato sono state tutte compiutamente esaminate nei vari gradi di giudizio e sempre si è escluso che da esse si potessero ricavare prove idonee a supportare la tesi difensiva, prospettata fin dall'inizio del processo – e ribadita da ultimo dalle dichiarazioni rese dall'interessato nel processo per la strage di via D'Amelio –, di un complotto ordito in danno del Contrada in ragione delle sue attività investigative prima e di vice capo del SISDE dopo.

In proposito chiaramente si esprime la Corte d'appello nella decisione del 25.2.2006: «i difensori anche traendo spunti da eventuali specifici elementi di contraddizione emersi dall'esame e dal controesame di ciascun collaboratore, avevano l'onere di allegare che, in concreto, il pentito A si fosse incontrato con il pentito B nel periodo in cui l'uno, l'altro o entrambi stavano rendendo le loro dichiarazioni al pubblico ministero in ordine al presente procedimento; ovvero che vi fossero stati incontri successivi, all'origine della narrazione dibattimentale di fatti non riferiti nel corso delle indagini preliminari, fatti esposti senza una plausibile spiegazione del ritardo nella loro rievocazione. Tali evenienze non risultano essersi avverate, ed in alcuni casi non avrebbero materialmente potuto avverarsi, dato lo strettissimo intervallo tra gli

inizi di alcune delle collaborazioni più significative (segnatamente quelle di Mutolo Gaspare, Marchese Giuseppe e Cancemi Salvatore) e le prime dichiarazioni accusatorie nei riguardi del Contrada; senza dire che comunque, anche quando la forbice tra i due momenti è risultata più ampia (è il caso di Rosario Spatola e Francesco Marino Mannoia) il silenzio dei collaboranti ha trovato una congrua giustificazione».

(*Omissis*).

In conclusione va comunque evidenziato che tutti i profili della tesi difensiva alla quale queste numerose ma non nuove richieste di prova fanno riferimento, sono stati ampiamente esplorati dai giudici della cognizione che hanno disatteso la prospettazione del complotto contro il SISDE, della vendetta degli affiliati alla cosca contro Contrada, dell'accordo tra dichiaranti per accusarlo, del pregiudizio accusatorio nei confronti del funzionario di polizia odierno istante. Va poi ribadito che quella della revisione è una sede impropria per indagini a largo spettro, non potendosi attribuire al giudice della revisione poteri addirittura più ampi di quelli riconosciuti al giudice della cognizione, che può ammettere tutte le prove richieste, purché rilevanti, ammissibili e non sovrabbondanti e, se del caso, disporre d'ufficio prove decisive nei limiti e nei sensi di cui agli artt. 507 e 603 c.p.p.

5. *Il pronunciamento della Corte EDU sul caso Contrada del 14 aprile 2015.* — Occorre a questo punto esaminare la doglianza contenuta nell'istanza di revisione che attiene alla prefigurata genericità dell'imputazione, all'insussistenza di una concreta contestazione di una condotta, dei confini evanescenti dell'inculpazione per concorso esterno in associazione mafiosa e dell'assenza di uno specifico comportamento integrante di per sé una fattispecie penale o un reato-fine dell'associazione mafiosa.

Tale doglianza poggia anche sul riferimento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 14 aprile 2015 che ha ritenuto che la condotta di concorso esterno in associazione mafiosa posta in essere dall'imputato tra il 1979 e il 1988 non poteva giustificare una condanna perché fino alla decisione delle Sezioni Unite Demitry del 1994 sussistevano contrasti in giurisprudenza circa la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo.

La difesa trae da questa sentenza la conclusione, qualche volta affermata anche in dottrina, tante volte sentita nel dibattito pubblico, raramente proposta in qualche isolata sentenza, che il concorso esterno in associazione mafiosa è un reato inesistente, una incriminazione senza fondamento legale, una fattispecie che non nasce dalla legge ma dalla creazione giurisprudenziale, come tale illegittima perché violativa del principio di legalità e di tassatività.

Questa tesi in realtà non ha nulla a che vedere con il diverso ragionamento svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale afferma principi ben diversi e segue una metodologia che prescinde (o meglio che implicitamente respinge) gli stessi presupposti dogmatici invocati da chi esclude la configurabilità del concorso esterno nel nostro ordinamento.

Occorre allora confrontarsi con le reali e non mistificate affermazioni contenute nella richiamata decisione della Corte EDU del 14.4.2015 non solo per trarne le corrette conclusioni in tema di ammissibilità della contestazione di concorso esterno nel reato di associazione mafiosa, ma ancora più perché il caso esaminato dal giudice sovranazionale è proprio quello che riguarda il processo a carico di Contrada per tale illecito.

La sentenza della Corte EDU in esame ripercorre la propria giurisprudenza con riguardo al principio "*nulla poena sine lege*", derivante dall'art. 7 della Convenzione e, citando i propri precedenti, afferma che la garanzia sancita da quella norma sovranazionale «dovrebbe essere interpretata e applicata in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie».

La visione pragmatica della Corte europea traspare anche dalla concreta visione del principio di legalità che essa propone; essa supera e fa sintesi delle culture giuridiche di *common law* e di *civil law*, nella consapevolezza che il mero ossequio del precedente (proprio della prima) può entrare in conflitto con l'esigenza di impedire l'applicazione della legge in modo estensivo a svantaggio dell'imputato e il mero ossequio della fonte formale dell'incriminazione (in linea con la seconda) può entrare in conflitto con l'esigenza di dare chiara indicazione dei comportamenti vietati alla persona sottoposta al giudizio.

E la Corte EDU ha sempre affermato che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Ma ha anche aggiunto che «questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpreta-

zione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver fatto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti».

La CEDU quindi afferma che questa “chiara indicazione” deve venire dalla legge, se del caso grazie anche alla mediazione dell’interpretazione dei tribunali. La legge insomma non esaurisce secondo i giudici europei il compito di tipizzare la condotta. La tipizzazione della condotta serve a comunicare alla persona che potrebbe essere sottoposta a giudizio quale sia il comportamento vietato cui è ricollegata la sanzione penale.

Ma nell’interazione tra previsione generale e astratta e verifica dei casi concreti, passaggio ineludibile è quello della giurisprudenza, specie nelle condotte illecite connotate di maggiore complessità.

Non a caso la Corte EDU nel ribadire il principio afferma come necessaria la “base legale”. Il fondamento, per l’appunto la base, dell’incriminazione deve essere nella legge, ma la legge potrebbe non essere sufficiente e quindi il contenuto della fattispecie incriminatrice dovrà essere chiaramente ricavabile in forza dell’intervento interpretativo dei “tribunali”.

A questa Corte sembra evidente che la Corte EDU non ha effettuato un’opzione culturale tra i sistemi di *common law* e i sistemi di *civil law*; già la più consapevole dottrina giuridica internazionale ha constatato il progressivo sgretolamento – sul piano del diritto vivente – negli uni e negli altri, dei classici rispettivi elementi ritenuti tradizionalmente idonei a differenziarli.

Libera da ipoteche dogmatiche e da incrostazioni culturali, la Corte EDU si orienta, invece, come sempre, verso una verifica del risultato di effettiva tutela dei diritti umani e quindi prende atto con concretezza della necessità dell’intervento giurisprudenziale per fare fronte alla complessità e alla continua imprevedibilità delle concrete manifestazioni delle condotte che il legislatore intende perseguire attraverso previsioni generali e astratte. Tanto nei sistemi che (di fatto o per tradizione) danno ossequio al precedente, tanto in quelli che si ispirano (effettivamente o per petizione di principio) ai rigorosi canoni di legalità formale, la Corte EDU quindi considera ammissibile, e in certi casi più complessi auspica, che l’interpretazione dei giudici nazionali intervenga per definire chiaramente i reati e le pene, pur già derivanti da un fondamento legale.

Nella prospettiva della giurisprudenza sovranazionale si tratta di un’affermazione nient’affatto nuova, visto che essa è stata espressa già dieci anni or sono, fin dalla decisione Cantoni c. Francia del 15.11.1996, che peraltro è richiamata dalla stessa sentenza della Corte EDU su ricorso di Contrada.

Al di là quindi delle suggestioni polemiche e delle esigenze di rafforzamento argomentativo che tali formulazioni possono esprimere, parlare di “inesistenza del reato” e di “mera creazione giurisprudenziale” del concorso esterno, per sintetizzare i contenuti della decisione della Corte EDU, costituisce se non un vero e proprio errore giuridico quantomeno una disinvolta forzatura tecnica.

Ciò risulta chiaro dalle stesse parole della decisione qui richiamata, laddove afferma espressamente che il proprio compito è «esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l’aiuto dell’interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale». Inoltre la CEDU ha definito il concorso esterno in associazione mafiosa come «reato di origine giurisprudenziale» senza considerare tale origine in opposizione a quella legale.

Anzi ha affermato che è consentito che una fattispecie tipica sia il frutto di un’elaborazione della giurisprudenza interna chiamata ad interpretare le proprie leggi. In coerenza con le proprie premesse, se la Corte EDU non avesse ravvisato un fondamento nella legge alla figura del concorso esterno, non avrebbe potuto far altro che ravvisare *tout court* una violazione dell’art. 7 della Convenzione; se il concorso esterno fosse frutto di un dibattito giurisprudenziale disancorato da parametri legali l’azione penale esercitata per tale reato sarebbe stata classificata *tout court* arbitraria.

La Corte EDU invece si pone il problema della contraddittorietà delle pronunce giurisprudenziali sull’esistenza e sulle caratteristiche del reato di concorso esterno e lo risolve nel senso che la chiara indicazione della condotta illecita e della sua conseguente sanzionabilità in sede penale doveva considerarsi certamente raggiunta con la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione su ricorso Demitry del 5 ottobre 1994. Secondo la Corte EDU, che giudica in base alle allegazioni delle parti, quella è la decisione che «ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l’esistenza del reato in questione e, nell’intento di porre fine ai conflitti

giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico italiano».

E allora la doglianza legittima di Contrada, secondo i giudici europei, non poteva attenersi all'esistenza del reato di concorso esterno; esso difatti esisteva, ma alcuni contrasti giurisprudenziali ne avevano messo in dubbio l'esistenza, finché la sentenza Demitry aveva sgombrato il campo da questi dubbi e ne aveva ammesso «in maniera esplicita l'esistenza» (così si esprime la Corte EDU).

Niente ha creato la sentenza Demitry. Ha solo chiarito ciò che c'era già, ovviamente muovendo dall'imprescindibile fondamento legale richiesto dall'art. 7 della Convenzione e dalla consolidata giurisprudenza europea.

L'evoluzione giurisprudenziale e il suo approdo con la sentenza Demitry diventano rilevanti nel caso di specie, perché «all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente, il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti».

In questo senso la Corte EDU osserva che «la doglianza del ricorrente relativa alla violazione del principio di irretroattività e della prevedibilità della legge penale, sollevata dinanzi a tutti i gradi di giudizio, non è stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali, essendosi questi ultimi limitati ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno senza tuttavia stabilire se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente all'epoca dei fatti a lui ascritti».

In questo allora consiste la violazione dell'art. 7 della Convenzione ravvisata in accoglimento del ricorso di Contrada.

Quando Contrada commetteva i fatti a lui contestati, sul cui corretto accertamento la Corte EDU non ha sollevato alcuna censura e sulla cui rispondenza al reato di concorso esterno in associazione mafiosa non ha formulato alcuna riserva, egli non poteva essere in grado di prevedere che fossero suscettibili di sanzione penale alla stregua dei parametri fissati dall'art. 416-bis c.p. perché non erano sufficientemente chiare in tal senso le interpretazioni che ne dava la giurisprudenza. Così inquadrata la questione, è possibile anche comprendere le ragioni per le quali il danno morale riconosciuto in favore di Contrada è stato pari ad € 10.000,00, a fronte di una richiesta che va da 30.000,00 a 50.000,00, e comunque alla grave condanna (pari a dieci anni di reclusione) subita e scontata dal ricorrente nel processo in cui l'art. 7 cit. sarebbe stato violato, mentre è stato escluso ogni possibile nesso di causalità tra la violazione constatata e il dedotto danno materiale («la ricostruzione della sua carriera e la restituzione di tutti gli importi da lui non percepiti a causa della sua condanna, la restituzione di tutti gli importi che è stato condannato a pagare»).

6. *Il giudizio di revisione in base alla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015.* — In ossequio all'art. 41 della Convenzione e di quanto disposto dalla sentenza della Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011, deve allora verificarsi se nel caso di specie l'istanza di revisione inizialmente promossa per la riapertura del dibattimento al fine dell'acquisizione delle prove nuove, delle quali è già stata evidenziata l'inammissibilità, non possa essere comunque valutata con riguardo al diverso caso di revisione della sentenza al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sul punto merita di essere ricordato che, pur in assenza di uno specifico *petitum* in tal senso, il richiamo alla sentenza della Corte EDU del 14.4.2015 e alle sue conseguenze sull'asserita inesistenza del reato, implica anche la proposizione dell'istanza di revisione in relazione all'ipotesi inserita con la richiamata sentenza addittiva della Corte costituzionale nel novero di cui all'art. 630 c.p.p.

La riapertura del dibattimento tuttavia non potrebbe avere ad oggetto la riproposizione di tutte le questioni di fatto oggetto di accertamento irrevocabile, ma l'unico punto sul quale i giudici europei hanno ritenuto che il giudice nazionale non ha proceduto a svolgere un approfondito esame, e cioè la violazione del principio delle irretroattività e della prevedibilità della legge penale.

Non si può rimettere in discussione né la sussistenza delle condotte accertate nel giudizio a carico di Contrada né la qualificazione giuridica di tali condotte come concorso esterno in associazione mafiosa; qualificazione comunque ritenuta legittima e corretta.

La Corte EDU osserva che i giudici nazionali si erano «limitati ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno senza tuttavia stabilire se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente all'epoca dei fatti a lui ascritti».

Il giudizio di revisione potrà vertere quindi solo sulla verifica se Contrada all'epoca in cui attuava le condotte accertate a suo carico poteva conoscere dell'esistenza di tale reato.

Ciò appare sufficiente perché nelle medesima vicenda oggetto della sentenza della Corte EDU ad essa ci si conformi.

Mentre può escludersi che tale decisione della Corte europea abbia natura di "sentenza pilota" per tutti i casi in cui è stata data applicazione alla fattispecie di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p., visto che non segnala disfunzioni strutturali e sistematiche all'interno del nostro ordinamento giuridico, anzi valuta come fisiologico il fatto che l'interpretazione giurisprudenziale, muovendo da un fondamento legale, chiarisca l'esistenza e le connotazioni di una fattispecie di illecito penale come il concorso esterno.

Orbene, secondo la Corte EDU, è la sentenza Demitry che chiarisce in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno. Prima del 5 ottobre 1994 non era prevedibile la sanzione penale per questo reato.

I giudici nazionali in effetti non hanno avuto cura di approfondire il tema della prevedibilità e dell'irretroattività della legge con riguardo all'ipotesi di concorso esterno perché, nella cultura giuridica nazionale tradizionale, la fattispecie penale o esiste nella legge o non esiste. In questa prospettiva la giurisprudenza effettuerebbe un'opera meramente ricognitiva, seppure attraverso l'interpretazione. E se la fattispecie penale esiste l'imputato si presume che la debba conoscere.

La giurisprudenza della Corte EDU impone di assumere una diversa prospettiva e richiede di valutare, oltre al fondamento legale della fattispecie, anche la chiarezza delle indicazioni della giurisprudenza sull'esistenza e le caratteristiche della fattispecie medesima e la prevedibilità della legge penale da parte della persona sottoposta al giudizio al momento in cui commetteva i fatti che costituiscono reato.

7. *Infondatezza della domanda di revisione in base alla sentenza CEDU del 14 aprile 2015.* — Sul primo profilo occorre evidenziare che il fondamento legale del concorso esterno in associazione si rinviene pacificamente negli artt. 110 e 416-*bis* c.p. E la sussistenza di un tale fondamento legale non è messa in dubbio dalla Corte EDU che anzi conferma la legittimità della costruzione giurisprudenziale del concorso esterno.

Se è vero che la sentenza Demitry del 1994 per la prima volta confronta le differenti interpretazioni giurisprudenziali, risolve i contrasti e fissa in maniera precisa degli argomenti che non dovrebbe consentire più alcun dubbio circa l'esistenza del concorso esterno, ad un soggetto quale Contrada, funzionario di Polizia attivo negli uffici investigativi impegnati nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla compagine del sodalizio.

È pacificamente emerso che Contrada riceveva direttive da parte delle stesse autorità giudiziarie che già in quel periodo storico elaboravano contestazioni riconducibili al reato di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

La sentenza n. 3492 del 13/6/1987 aveva già esplicitamente affermato che «anche in relazione ai reati associativi, e particolarmente con riguardo all'associazione per delinquere di tipo mafioso, è configurabile il concorso eventuale di persone, sia come concorso psicologico, nelle forme dell'istigazione e della determinazione, nel momento in cui l'associazione viene costituita, sia – allorché l'associazione è già costituita – nella forma del contributo cansapevolmente prestato al mantenimento e al consolidamento dell'organizzazione criminosa».

E questo principio affiorerà anche in successive sentenze dove veniva descritto come concorso esterno l'illecito commesso dal soggetto, estraneo alla struttura organica dell'associazione, che si fosse limitato a fornire prestazioni anche occasionali e non istituzionalizzate all'organizzazione criminale, sempreché dotato di idoneità causale per il conseguimento dello scopo del sodalizio (Cass. n. 9242 del 4/2/1988).

Ma sul piano della prevedibilità della sanzione penale e della chiarezza delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza Contrada, per il suo particolare ruolo, non poteva certo avere bisogno di attendere le Sezioni unite Demitry, visto che il c.d. maxiprocesso di Palermo, nei suoi vari tronconi istruito e celebrato nel corso degli anni '80 del secolo scorso subito dopo l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 416-*bis*

c.p., aveva affrontato la questione della configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa; e nei confronti di diversi imputati era stata elevata una tale contestazione anche sulla scorta delle indagini degli uffici di cui Contrada faceva parte.

Peraltro sulla scorta della giurisprudenza di legittimità già esistente la sentenza della Corte di assise di Palermo a carico di Abbate e altre emessa il 16 dicembre 1987 (relativa al primo maxi) aveva descritto il reato di concorso esterno, successivamente focalizzato con specifiche imputazioni nel c.d. maxi-ter.

Circostanza questa ampiamente nota presso l'opinione pubblica siciliana, come tale e con ben maggiori dettagli tecnici egualmente nota presso gli investigatori operanti a Palermo.

A seguito quindi dell'accertamento più approfondito sin qui effettuato riguardo alla questione se il reato di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p. fosse o meno sufficientemente chiaro e prevedibile per Contrada (accertamento che secondo la Corte EDU era stato trascurato dal giudice che aveva proceduto alla condanna), questa Corte d'appello deve concludere che gli elementi in atti consentono di affermare con certezza che per Contrada l'esistenza, le connotazioni e le conseguenze sanzionatorie del concorso esterno erano ben chiare.

E che pertanto all'esito del giudizio di revisione non si ravvisano ragioni per superare il giudicato.

L'istanza di revisione deve essere allora respinta con conseguente condanna dell'istante al pagamento delle spese del giudizio.

NELLA "REVISIONE INFINITA" DEL PROCESSO CONTRADA I NODI IRRISOLTI DELL'ESECUZIONE DELLE SENTENZE CEDU E DEL CONCORSO ESTERNO NEL REATO ASSOCIATIVO

In The "Never Ending Revision" of Contrada Trial the Tangle Execution of the Echr Judgments and External Participation in Criminal Association

Il rigetto della richiesta di revisione del processo Contrada pone ancora una volta all'attenzione i temi della tassatività – prevedibilità della fattispecie di concorso esterno nell'associazione mafiosa e dell'esecuzione delle sentenze CEDU.

Ripercorrendo il dibattito in materia, si ipotizzano strategie idonee a realizzare il "massimo livello di tutela dei diritti" nell'ambito della *res iudicata* "mutevole".

The rejection of the request for revision of the Contrada trial once again focuses attention on the issues of legal certainty/foreseeability of "external participation in criminal association" cases and the execution of judgments by the ECHR.

Retracing the debate in the field we find supposed appropriate strategies for achieving the "highest level of rights protection" as part of the "changeable" Res Judicata.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autrice)

di Paola Maggio

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale - Università degli studi di Palermo

Sommario 1. Premessa. — 2. Le vie processuali di adeguamento alle decisioni della Corte EDU nella progressiva affermazione del giudicato "fluidò". — 3. La specificità della vicenda Contrada e la rispo-

sta dei giudici della revisione. — **4.** Prevedibilità vs. legalità: «questo è il problema!» — **5.** Le preoccupazioni politico-criminali di salvaguardia del concorso esterno nel reato associativo vero limite all'esecuzione della sentenza CEDU? — **6.** L'adeguamento alla pronuncia del giudice europeo: una strada con molte "corsie" e con pochi sbocchi. — **7.** Scenari prossimi e obiettivi futuribili nell'interpretazione delle sentenze CEDU. — **8.** Epiloghi alternativi con "il senno del poi".

1. PREMESSA

La Corte di appello di Caltanissetta respinge l'istanza di revisione del processo Contrada negando, anzitutto, la sussistenza di "nuove prove" utili al proscioglimento del condannato a norma degli artt. 630 e 631 c.p.p. e affermando, contestualmente, la piena "prevedibilità" da parte del funzionario di polizia del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, ai sensi degli artt. 110 e 416-bis c.p.

Come si ricorderà, Bruno Contrada era stato condannato in via definitiva nel 2007 a dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa e aveva già promosso con esito negativo un primo giudizio di revisione ⁽¹⁾. Più volte si era poi rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando diverse violazioni convenzionali ⁽²⁾.

Risale, tuttavia, a un anno fa l'eclatante decisione con cui i giudici di Strasburgo riconoscevano la violazione dell'art. 7 CEDU da parte dell'Italia riguardo alla previsione penale del concorso esterno nel reato associativo *ex art. 110 e 416-bis c.p.*, ritenuta dalla Corte europea non sufficientemente chiara e prevedibile al momento in cui i fatti contestati erano stati commessi.

Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, l'addebito si riferiva a episodi relativi a un periodo tra il 1979 e il 1988, vale a dire a un'epoca antecedente a quella in cui il delitto era stato consacrato dalla nostra Corte di cassazione a Sezioni unite, a seguito di un'evoluzione giurisprudenziale iniziata alla fine degli anni Ottanta e consolidatasi solo nel 1994 con la nota sentenza Demitry ⁽³⁾.

La pronuncia ha acceso un ampio dibattito fra gli studiosi con riferimento ai differenti versanti teorici coinvolti e agli innumerevoli riverberi concreti della decisione ⁽⁴⁾.

A venire in rilievo è stata anzitutto la portata del principio di tassatività-determinatezza

⁽¹⁾ Cfr. Sez. II, 25 giugno 2012, n. 1395, Contrada, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 1, p. 30 ss., con nota di MAGGIO, *Nella revisione negata di un noto processo di mafia i segni della "mutazione genetica" dell'impugnazione straordinaria*.

⁽²⁾ Cfr. C. eur. dir. uomo, Contrada c. Italia, 11 febbraio 2014, in ordine alla violazione dell'art. 3 CEDU per trattamenti inumani e degradanti, commentata da ROMOLI, *Italia condannata per la carcerazione di Bruno Contrada*, in *www.archiviopenale.it.*; C. eur. dir. uomo 24 aprile 1998, Contrada c. Italia, in *www.echr.coe.int*, che aveva invece escluso la violazione dell'art. 5 § 3 della Convenzione in relazione alle specificità processuali dell'accertamento dei fatti di mafia.

⁽³⁾ Sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, in *questa rivista*, 1995, p. 842.

⁽⁴⁾ C. eur. dir. uomo, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, in *www.echr.coe.int*. Innumerevoli i commenti alla decisione: CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza «Contrada»* (*www.penalecontemporaneo.it*); DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *questa rivista*, p. 2016, p. 12 ss.; DELLA RAGIONE, *La Corte Edu sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, in *Riv. dir.*, 2015, n. 1 p. 331; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale - A proposito del caso «Contrada», della confisca senza condanna e di poco altro*, in *www.penalecontemporaneo.it*; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. Responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 346; ESPOSITO, *Prime riflessioni critiche sulla sentenza Cedu: «Contrada c. Italia»*, in *Riv. pen.*, 2015, p. 681; GIORDANO, *Il concorso esterno al vaglio della Corte edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *www.archiviopenale.it*; GRASSO - GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*; MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice*

della norma penale, colto nella dimensione di *law in action* espressa dalla stessa Corte europea nel riconoscimento della violazione dell'art. 7 CEDU.

Inoltre, l'impegno per gli Stati contraenti «a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti», derivante dall'art. 46, § 1, CEDU, ha imposto l'individuazione dello strumento processuale attuativo del *decisum* di Strasburgo, dinnanzi a un giudicato ampiamente formato e a una pena detentiva integralmente eseguita dal Contrada.

Al di là del caso deciso "in senso stretto", analogo interrogativo è sorto riguardo agli imputati o condannati in condizioni "analoghe" a quelle del ricorrente, non beneficiari di una decisione del giudice europeo.

2. LE VIE PROCESSUALI DI ADEGUAMENTO ALLE DECISIONI DELLA CORTE E.D.U. NELLA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DEL GIUDICATO "FLUIDO"

È oramai ampiamente assodato che la Convenzione europea rappresenti un «meccanismo unico di protezione» dei diritti dell'uomo. Contribuendo in maniera «determinante» al mantenimento della «sicurezza democratica» e al rispetto del diritto nell'insieme dell'Europa, essa impone agli Stati di onorarla formalmente e concretamente mediante la piena esecuzione, nonché, più in generale, vincola le parti a conformarsi ai suoi principi, così come interpretati nelle pronunce della Corte di Strasburgo⁽⁵⁾ per evitare duplicazioni delle violazioni.

L'esecuzione *intra moenia* delle sentenze della Corte europea, ai sensi degli artt. 41 e 46 della Convenzione⁽⁶⁾, oltre all'efficacia del giudicato europeo come obbligo di risultato ossia di *restitutio in integrum*, pone in rilievo i doveri del paese destinatario della decisione, unitamente al valore di cosa interpretata *erga omnes* attribuibile alle singole pronunce.

Tali aspetti, assai discussi negli ultimi anni, coinvolgono il monopolio interpretativo della

giurisprudenziale del concorso esterno, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1019 ss.; MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?* in www.penalecontemporaneo.it; MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto ... imprevedibile? alcuni caveat dal caso Contrada*, in <http://www.lalegislazionepenale.eu/>; NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.sidi-isil.org/sidiblog, 21 maggio 2015; PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1061; PULITANO, *Paradossi della legalità - Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it; TARTAGLIA POLCINI, *Risarcimento Contrada: all'epoca il reato di concorso esterno non era chiaro e prevedibile*, in *Guida dir.*, 2015, n. 24, p. 100 ss.; VALVO, *Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Contrada c. Italia*, in *Riv. cooperaz. giur. intern.*, 2015, n. 50, p. 103.

⁽⁵⁾ Per un'analisi di tutte le variabili interpretative, APRATI, *Il "protocollo" dell'interpretazione costituzionalmente orientata*, in *questa rivista*, 2015, p. 3902 ss.; LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, *ivi*, 2014, p. 3192 ss.

⁽⁶⁾ L'art. 46 della stessa Convenzione nel disciplinare la Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze è piuttosto carente nell'identificare le modalità limitandosi a sancire, al § 1, che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». Il Protocollo n. 14 (entrato in vigore nel 2010) ha modificato l'art. 46 per garantire al meglio l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, introducendo sia la possibilità per il Comitato dei Ministri di richiedere alla Corte EDU una pronuncia interpretativa circa l'esatta latitudine della sentenza di condanna, al fine di una sua più agevole esecuzione da parte degli Stati (§3), sia il potere dello stesso Comitato di mettere in mora lo Stato che si rifiuti di adeguarsi ai *dicta* della Corte, la quale può essere investita della questione qualora lo Stato interessato persista nel suo inadempimento (§ 4); in questa ipotesi, se la Corte constata una violazione dell'obbligo di cui al summenzionato art. 46, § 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri «affinché questo esamini le misure da adottare» (art. 46, § 5, CEDU). In base all'art. 41 della stessa Convenzione, se il diritto interno non consente che in modo incompleto di riparare le conseguenze della violazione accertata, «la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

Corte europea nei rapporti con le Corti costituzionali degli Stati e influenzano sensibilmente le valutazioni che i giudici interni devono compiere in seguito alle censure espresse dalla stessa.

Infatti, il sindacato del giudice dei diritti europei si rivela particolarmente “invasivo”, non limitandosi all’accertamento della violazione denunciata e all’imposizione di un indennizzo pecuniario, ma accompagnando le pronunce con disposizioni concernenti i rimedi da adottare nel caso concreto per ripristinare il diritto leso ovvero con moniti relativi a interventi legislativi, ineludibili, al fine di correggere i difetti strutturali intrinseci ai singoli ordinamenti.

Al proposito, la nota Raccomandazione del 2000 emessa dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa si era soffermata espressamente sul riesame o sulla riapertura dei procedimenti interni all’esito delle pronunce della Corte Europea ⁽⁷⁾. E, sin dal noto caso Broniowski c. Polonia, di fronte a violazioni di carattere sistemico o strutturale, i giudici europei hanno preso a segnalare agli Stati la necessità di adottare opportuni rimedi di carattere generale ⁽⁸⁾ anche di natura legislativa o giudiziaria, mentre la *restitutio in integrum* ha rappresentato lo strumento ineludibile per ristabilire lo *status quo ante* ⁽⁹⁾.

Nonostante queste chiare indicazioni, il silenzio serbato dal legislatore italiano su questo fronte ha indotto la giurisprudenza nazionale a rinvenire, caso per caso, misure processuali differenti a efficacia individuale, con l’obiettivo di assicurare il pieno adempimento al *dictum* della Corte strasburghese che risultasse espressivo di violazioni di diritti sostanziali o processuali. Per modificare o paralizzare il giudicato formatosi in violazione delle garanzie convenzionali si è così prescelta, di volta in volta, la “strada” ritenuta più appropriata in base al tipo di censura e – soprattutto con riguardo alle violazioni dell’art. 6 CEDU – si è sviluppata una giurisprudenza creativa dagli esiti casisticamente cangianti.

L’individuazione del mezzo processuale più congeniale all’esecuzione del “precetto” europeo e alla neutralizzazione degli eventuali effetti sanzionatori del titolo esecutivo interno, di fronte alle lesioni inferte al principio dell’“equo processo”, è apparsa tutt’altro che semplice ⁽¹⁰⁾. Il che è spiegabile, visto che il ricorso alla Corte EDU presuppone il previo esperimento dei rimedi interni e le violazioni convenzionali realizzate nel corso del processo penale vengono rilevate, nella maggior parte dei casi, solo in seguito al passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Sono assai noti gli esiti del caso Dorigo, in cui alla ritenuta violazione del diritto al contraddittorio nel momento di formazione della prova, si era fatta corrispondere una causa di inefficacia del titolo esecutivo che veniva dichiarata ai sensi dell’art. 670 c.p.p. e rendeva non eseguibile la sentenza di condanna ⁽¹¹⁾.

In un altro celebre precedente, il caso Somogyi, la censura di non equità del processo celebrato nella contumacia dell’imputato trovava “soddisfazione interna” attraverso la restituzione nel termine *ex art. 175 c.p.p.*, al fine di consentire l’impugnazione «tardiva» della sen-

⁽⁷⁾ Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights.

⁽⁸⁾ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia, in *www.echr.coe.int*.

⁽⁹⁾ *Ex plurimis*, C. eur. dir. uomo, 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia, in *questa rivista*, 2007, p. 3092; C. eur. dir. uomo, sent. 10 novembre 2004, Sejdic c. Italia, *ivi*, 2005, p. 989.

⁽¹⁰⁾ C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2679.

⁽¹¹⁾ C. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia, in *www.echr.coe.int.*; Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, Dorigo, in *questa rivista*, 2007, p. 1441.

tenza definitiva del processo contumaciale ⁽¹²⁾. A questi esiti processuali si aggiungevano poi anche ulteriori riflessi “legislativi” e prese d’atto nazionali. Basti qui il richiamo al d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. con mod. nella l. 22 aprile 2005, n. 60 – relativo al difetto di carattere strutturale evidenziato dalla Corte, comportante una modifica dell’art. 175 c.p.p. – o alla l. 28 aprile 2014, n. 67, con cui si è riformata la disciplina della contumacia ⁽¹³⁾.

Altrettanto densa di significati, rispetto ai problemi posti dal caso che ci occupa, è la vicenda Drassich nella quale la ravvisata violazione del diritto di difesa era stata direttamente emendata nel giudizio di cassazione attraverso il ricorso straordinario, ex art. 625-bis c.p.p. ⁽¹⁴⁾. Tale mezzo di impugnazione consentiva di apportare i necessari correttivi imposti dalla pronuncia CEDU, ripristinando il processo in sede di legittimità.

La multiformità delle risultanze cui è pervenuta la prassi, a un certo punto, ha indotto la stessa Corte costituzionale a tentare un delicato riequilibrio delle differenti soluzioni rimediando al contempo all’inadempienza del legislatore interno. Si è così giunti alla nota declaratoria di illegittimità dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la rinnovazione del processo, allorché la sentenza o il decreto penale di condanna fossero in contrasto con una decisione definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo che avesse accertato l’assenza di equità del giudizio *a quo*, ai sensi dell’art. 6 CEDU ⁽¹⁵⁾.

Questa pronuncia, additiva di principio, ha consentito l’inserimento di un nuovo caso di revisione “europea” tra quelli previsti dal codice di rito e ha soprattutto garantito la riapertura del processo al fine di conformarsi alla sentenza definitiva del giudice dei diritti, ex art. 46, § 1, CEDU.

L’intento evidente della Consulta è stato quello di ovviare a un *vulnus* costituzionale divenuto insanabile in via interpretativa, auspicando la necessità per i giudici interni di avvalersi di tutti gli strumenti ermeneutici a loro disposizione per attuare il precetto dei giudici di Strasburgo, nelle more di un’organica (e forse utopistica) disciplina della materia da parte del legislatore ⁽¹⁶⁾.

Si deve però evidenziare come l’introduzione dell’inedito caso di revisione, sagomato sulle violazioni dell’equità processuale, abbia subito palesato evidenti difformità rispetto alle ipotesi già disciplinate dall’art. 630 c.p.p., sfuggendo peraltro alla rigida alternativa prefigurata dall’art. 631 c.p.p., quanto agli esiti del giudizio, tra il proscioglimento e la conferma della precedente condanna ⁽¹⁷⁾.

Uno dei principali *vulnera* della materia riguardava i casi in cui la decisione della Corte europea imponesse di rideterminare esclusivamente il trattamento sanzionatorio inflitto al

⁽¹²⁾ C. eur., dir. uomo, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, in *www.echr.coe.int*; Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi, in *questa rivista*, 2007, p. 1002, annotata da TAMETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*.

⁽¹³⁾ In chiave problematica sui reali esiti del recente intervento legislativo, UBERTIS, «Truffa delle etichette» nel processo penale: la «contumacia» è diventata «assenza», in *questa rivista*, 2015, p. 931 ss.

⁽¹⁴⁾ C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *www.echr.coe.int*; Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, in *questa rivista*, 2009, p. 1457; Sez. VI, 25 maggio 2009, n. 36323, Drassich, *ivi*, 2010, p. 2608.

⁽¹⁵⁾ C. cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1535, annotata da UBERTIS, *La revisione successiva a condanna della Corte di Strasburgo*, *ivi*, p. 1542.; sull’inerzia del legislatore italiano si soffermava CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2011, p. 2 ss.

⁽¹⁶⁾ Ancora C. cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit., p. 1536.

⁽¹⁷⁾ Cfr. G. DEAN - R. FONTI, *L’esecuzione penale*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura penale*, Giappichelli, 2014, p. 903.

condannato. In tale eventualità, lo strumento della revisione appariva processualmente poco duttile mentre assai più funzionale risultava l'investitura del giudice dell'esecuzione, chiamato ai sensi degli artt. 670 e 666 c.p.p. a modificare la pena "illegale" inflitta per renderla conforme alla pronuncia della Corte europea.

Il quesito era stato avvertito negli sviluppi del celebre caso "Scoppola" ⁽¹⁸⁾ in cui la Corte europea aveva ritenuto contraria all'art. 7 CEDU (per violazione del principio di retroattività della *lex mitior*) e all'art. 6 CEDU la condanna all'ergastolo inflitta in forza di una legge di interpretazione autentica che aveva modificato *in malam partem* la sanzione conseguente alla scelta premiale del rito abbreviato e aveva, conseguentemente, influito sulla rinuncia dell'imputato alle garanzie del dibattimento.

In quell'occasione era spettato alla Corte di cassazione, adita *ex art. 625 bis c.p.p.*, il compito di sostituire nei confronti del ricorrente originario la pena dell'ergastolo con la reclusione a trent'anni, dando così diretta attuazione alla sentenza europea senza la necessità di una nuova celebrazione del processo ⁽¹⁹⁾. Le Sezioni unite erano state chiamate invece a indicare il rimedio processuale più generale che avrebbe consentito a tutti i condannati che versavano in una situazione processuale analoga a quella di Franco Scoppola (ma non avevano proposto ricorso alla Corte europea ⁽²⁰⁾), di beneficiare della sostituzione della pena dell'ergastolo, irrogata all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione. In tal modo sarebbe stato possibile modificare il giudicato con applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, della disposizione più favorevole.

Posti tuttavia dinanzi all'impossibilità di garantire una refluenza diretta del *decisum* europeo sulle posizioni "analoghe" a quelle del ricorrente, i giudici della Corte suprema italiana sollevavano questione di legittimità costituzionale della norma penale, *ex post* divenuta illegittima a seguito del *revirement* della Corte di Strasburgo.

L'applicazione retroattiva *in malam partem* della legge interpretativa, che sanciva l'applicabilità del solo ergastolo, realizzava la violazione del diritto fondamentale del condannato a vedersi applicare la legge penale più favorevole (art. 7 CEDU), tra quelle che si erano avvicinate nell'arco temporale intercorrente fra l'integrazione dell'ipotesi criminosa e la conclusione del procedimento con le forme del rito abbreviato ⁽²¹⁾.

La rimozione, a opera della Corte costituzionale, dell'art. 7, comma 1, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con modif. nella l. 19 gennaio 2001, n. 4, era apparsa dunque condizione necessaria – e ineludibile – per la rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione nei casi "gemelli" di Scoppola e, dunque, per l'esecuzione della sentenza CEDU che aveva riscontrato le violazioni degli artt. 6 e 7 della Convenzione.

⁽¹⁸⁾ C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *www.echr.coe.int.*; Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, in *questa rivista*, 2010, p. 3389.

⁽¹⁹⁾ Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola, cit., p. 3390 ss.; Sez. I, 11 gennaio 2012, n. 5134, Gelsomino, in *C.E.D. Cass.*, n. 251857.

⁽²⁰⁾ Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34233, Giannone, in *questa rivista*, 2012, p. 4015 ss., aveva distinto i casi in cui, analogamente alla vicenda "Scoppola", deve operare la regola della retroattività della *lex mitior*, da quelli invece in cui essa non trova applicazione. L'ordinanza delle Sezioni unite "Ercolano" (Sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, *ivi*, 2012, p. 3969, commentata da GAMBARDILLA), pur riconoscendo una lesione del diritto fondamentale del condannato all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole *ex art. 7 CEDU*, escludeva che il giudice dell'esecuzione potesse rimodulare la sanzione inflitta in esecuzione della censura europea.

⁽²¹⁾ Sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, cit., p. 3969.

Rispondendo appieno alla richiesta delle Sezioni unite, la Consulta, dichiarava di lì a poco l'illegittimità dell'art. 7, comma 1, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con modif. nella l. 19 gennaio 2001, n. 4⁽²²⁾.

In via definitiva, si assegnava al giudice dell'esecuzione il potere di «incidere sul giudicato» e sostituire la sanzione irrogata con quella costituzionalmente e convenzionalmente legittima di anni trenta di reclusione, prevista dall'art. 30, comma 1, lett. b), legge n. 479 del 1999, avvalendosi dei poteri contemplati negli artt. 665, 666 e 670 c.p.p.⁽²³⁾.

La ravvisata centralità della fase esecutiva discendeva da un attento giudizio di bilanciamento fra l'esigenza della salvaguardia del principio di intangibilità della *res iudicata* e la tutela dei diritti fondamentali dei condannati, fra i quali spiccava in particolar modo quello di vedersi riferita una pena convenzionalmente "legittima"⁽²⁴⁾. Il dovere del giudice italiano di interpretare e applicare il diritto interno in maniera conforme agli obblighi provenienti dalla Convenzione europea, così come letti dal "suo" giudice naturale la Corte EDU, rinveniva dunque nella fase esecutiva il luogo di elezione privilegiato per l'ottemperanza del "precepto" imposto.

In seguito, l'elisione degli effetti perduranti della violazione del principio di retroattività *in mitius* (attraverso la rideterminazione della pena originariamente comminata in una sanzione maggiormente conforme alle garanzie convenzionali o ai *dicta* della Corte costituzionale) è andata assai oltre. Invero, i poteri di rimodulazione in sede esecutiva della "pena illegittima", non integralmente eseguita, hanno superato la soglia del mero controllo di validità ed efficacia del titolo (con specifico riguardo alle declaratorie d'illegittimità costituzionale di una norma penale idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna) estendendosi sino alla verifica dell'adeguatezza del rapporto esecutivo rispetto alla situazione normativa sopravvenuta.

Nella nuova visione del "giusto giudicato" la «retroattività» delle sentenze costituzionali di accoglimento sul regime sanzionatorio penale può travolgere la fissità della pena, con l'unico limite ravvisabile nelle modifiche espressamente escluse in sede di cognizione per ragioni di merito, e ciò, indipendentemente dalla circostanza dalla sussistenza *illo tempore* di un divieto di legge.

Il giudice dell'esecuzione ridetermina dunque la pena non interamente espiata anche a fronte della dichiarazione di illegittimità costituzionale – intervenuta successivamente a una sentenza irrevocabile di condanna – di una disposizione penale diversa dalla norma incriminatrice che sia idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio⁽²⁵⁾.

In tale contesto, il baluardo del «principio di non contraddizione tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione» finisce per rivestire il valore di mera copertura "formale" del sistema,

(22) C. cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915.

(23) Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, in *questa rivista*, 2015, p. 38.

(24) Convincenti argomentazioni erano state già espresse da UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 787.

(25) Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *questa rivista*, 2015, p. 41. In dottrina GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, *ivi*, p. 65; RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *www.penalecontemporaneo.it*; VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1006. Il principio non opera però per le disposizioni processuali: Sez. un., 17 luglio 2014, n. 44895, Pinna, in *questa rivista*, 2015, p. 534, data l'autonomia dei termini di custodia cautelare di fase, la "*lex mitior*" derivante dalla reviviscenza del trattamento sanzionatorio più favorevole per le droghe leggere, quale effetto della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, non produce effetti sulle fasi esaurite.

finalizzata soprattutto a evitare di sovvertire ruoli e funzioni processuali e a preservare il valore garantistico del giudicato.

Sulla carta, è fatto divieto di assumere provvedimenti idonei a contraddire le valutazioni già espresse nel testo della decisione irrevocabile, ma, a ben vedere, sul nuovo volto dell'esecuzione penale si scorge l'effigie di una sanzione convenzionalmente e costituzionalmente legittima in ossequio al *favor libertatis*.

Attraverso queste lenti "valoriali" si è provveduto alla rilettura sinottica (e, per molti versi, "creativa") dell'art. 30 ultimo comma l. n. 87 del 1953 e dell'art. 673 c.p.p. che ha riconosciuto un'efficacia "iper-retroattiva" alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale in materia di norme incriminatrici, capace appunto di "infrangere" il giudicato di condanna ed eliminarne gli effetti sul piano giuridico ⁽²⁶⁾.

Oggi, la funzione rieducativa della pena, imposta dall'art. 27, comma 3, Cost. ⁽²⁷⁾ può frantumare la barriera del giudicato e il principio di certezza dei rapporti giuridici esauriti – posto alla base delle deroghe alla retroattività degli effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale – deve cedere dinanzi alle censure che riguardino l'intera norma incriminatrice o incidano esclusivamente sulla sanzione penale, a tutto vantaggio del richiamato *favor libertatis*.

Con questi sfondi si è posto rimedio ai quesiti della prassi giudiziaria in materia di sostanze stupefacenti, a seguito della declaratoria di incostituzionalità delle norme contenute nella legge "Fini-Giovanardi" (d.l. n. 272 del 2005, conv. con modif. dalla l. n. 49 del 2006) che avevano equiparato le sostanze "leggere" a quelle "pesanti" ⁽²⁸⁾.

Al giudice dell'esecuzione, parimenti, compete il controllo sull'erronea od omessa applicazione da parte del giudice della cognizione di una pena accessoria predeterminata per legge nella specie e nella durata, ovvero l'applicazione di una pena accessoria *extra* o *contra legem*, purché predeterminata per legge, o comunque determinabile senza alcuna discrezionalità ⁽²⁹⁾.

E la metamorfosi inarrestabile dei poteri rideterminativi *in executivis* si è protesa sino alle pene applicate con sentenza di patteggiamento, divenute anch'esse "illegali" per effetto di successive declaratorie di incostituzionalità: in tali casi le parti possono sottoporre al giudice dell'esecuzione una nuova sanzione su cui è stato raggiunto l'accordo con le modalità di cui al procedimento previsto dall'art. 188 disp. att. c.p.p. ⁽³⁰⁾, ovvero, in mancanza di accordo, può

⁽²⁶⁾ Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit., p. 44. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale*, cit., p. 83 ss., formula numerosi rilievi in ordine alla «manipolazione estensiva» degli artt. 673 c.p.p. e 30 ultimo comma l. n. 87 del 1953.

⁽²⁷⁾ Per tutti, GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 192 ss.

⁽²⁸⁾ C. cost., 25 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, p. 505 ss., con note di CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, *ivi*, 2014, p. 505 e di LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, *ivi*, p. 1903 ss.

⁽²⁹⁾ Sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240, Basile, in *questa rivista*, 2015, p. 2564, con nota di COSTANTINI, *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni unite*, *ivi*, p. 2578; v. altresì, MANCA, *Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽³⁰⁾ Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, in *questa rivista*, 2015, p. 4317, ancora una volta con riguardo a una pena divenuta illegale per effetto della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale in tema di stupefacenti, con la puntualizzazione però che la prevalenza della illegalità della pena sul giudicato sostanziale è rappresentata dal ricorso inammissibile perché tardivamente proposto.

provvedervi lo stesso giudice dell'esecuzione, fruendo dei parametri di commisurazione di cui agli artt. 132 e 133 c.p.p.

Si è altresì precisata la possibilità di revocare la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena concessa in violazione dell'art. 164, comma 4 c.p., in presenza di cause ostative⁽³¹⁾ o di dichiarare la prescrizione del reato intervenuta prima della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita in quella sede o nei motivi di ricorso⁽³²⁾.

Insomma, può affermarsi che al paradigma garantistico dell'immodificabilità teorica della *res iudicata* si sia progressivamente accostata una più ampia "recessività" della medesima. E, se in origine, quest'ipotesi era stata pensata solo a tutela di valori costituzionali⁽³³⁾ o per l'impugnazione straordinaria della revisione, che ne ha sempre espresso il valore di garanzia, oggi la "cedevolezza" del giudicato trova spazio ogniqualvolta sia necessario garantire la rispondenza della sanzione penale alle garanzie costituzionali e convenzionali⁽³⁴⁾.

Del resto, lo stesso sfondo codicistico conferma la "flessibilità" e mutabilità dell'accertamento definitivo: basti pensare alle addende del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* c.p.p. o al recente art. 625-*ter* c.p.p. (significativamente rubricato "rescissione del giudicato") per meglio inquadrare la transizione che dai consolidati paradigmi processuali del settore ha condotto sino alle "vertigini interpretative" del giudicato fluido⁽³⁵⁾. Anche i recenti interventi legislativi (di depenalizzazione e di abrogazione di alcune fattispecie penali con contestuale introduzione di illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili attuata, rispettivamente, con il d.lg. 15 gennaio 2016, n. 8 e con il d.lg. 15 gennaio 2016, n. 7⁽³⁶⁾) testimoniano l'ampliamento delle questioni devolute alla giurisdizione esecutiva.

Se a tale composito quadro si aggiunge, infine, lo "slancio europeista" dei giudici interni protesi a ottemperare al dettato dell'art. 46 CEDU anche attraverso la rimozione delle decisioni definitive contrastanti con le pronunce della Corte europea, si delinea appieno il frastagliato contesto interpretativo in cui si inserisce la sentenza Contrada.

3. LA SPECIFICITÀ DELLA VICENDA CONTRADA E LA RISPOSTA DEI GIUDICI DELLA REVISIONE

Come anticipato, nessuna delle soluzioni giurisprudenziali finalizzate all'esecuzione delle sentenze della Corte europea è assolutizzabile; al contrario, a ogni infrazione dei diritti umani può seguire una *restitutio in integrum* del ricorrente vittorioso, modulata di volta in volta sul

⁽³¹⁾ Sez. un., 23 aprile 2015, n. 37345, Longo, in *Foro it.*, 2016, II, c. 33 ss.

⁽³²⁾ In tale direzione Sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, Ricci, *retro*, n. 317.2, al contrario, il ricorso non può considerarsi inammissibile se con esso viene dedotta – anche come unico motivo – l'intervenuta prescrizione del reato maturata prima della sentenza di appello. Sui nuovi ambiti di applicazione del principio di legalità della pena in ambito esecutivo, MARANDOLA, *Ricorso (tardivo) inammissibile e (ir)reversibilità dell'illegalità della pena*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 3, p. 150 ss.

⁽³³⁾ Il giudicato è destinato a soccombere a fronte di istanze diverse e più meritevoli di tutela: a) *abolitio criminis*, *ex art. 2*, comma 2 c.p. (cui corrisponde, sul piano processuale, l'art. 673 c.p.p.); b) declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice *ex art. 30*, comma 4 l. 87/53; c) sostituzione della pena detentiva con quella esclusivamente pecuniaria, per effetto di una normativa successiva (anche) all'eventuale passaggio in giudicato della sentenza, *ex art. 2*, comma 3 c.p.

⁽³⁴⁾ ÜBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, cit., p. 791.

⁽³⁵⁾ C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014, p. 214 ss.

⁽³⁶⁾ Sulle questioni di diritto intertemporale connesse alle due novelle si sofferma CORTESI, *Esecuzione penale: questioni aperte e dubbi interpretativi*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 3, p. 128 ss.

parametro utilizzato dalla stessa Corte nella decisione di condanna o sulle peculiarità del caso concreto.

In particolare, quanto al Contrada, in un primo momento è parso addirittura fuorviante il riferimento alla “revisione europea” seguita al menzionato innesto nell’art. 630 c.p.p., in quanto la riconosciuta violazione convenzionale riguardava l’art. 7 della CEDU in relazione agli artt. 110 e 416-bis e non già l’art. 6 CEDU⁽³⁷⁾. Non apparendo necessario riaprire il processo (che la Corte EDU non ha ritenuto viziato) ci si interrogava dunque sulla possibilità di revocare la condanna a dieci anni per concorso esterno in associazione mafiosa fondata sugli artt. 110 e 416-bis c.p.⁽³⁸⁾

Si è anzitutto esclusa l’applicabilità, in via estensiva, del «ricorso straordinario per errore materiale o di fatto», disciplinato dall’art. 625-bis c.p.p.⁽³⁹⁾, in assenza dei presupposti intrinseci alla richiesta; altrettanto dubitativamente, si è profilata la possibilità di congegnare il ricorso *in executivis*, posto che Contrada aveva integralmente espiato la pena detentiva nel 2012⁽⁴⁰⁾. Secondo l’insegnamento della Cassazione, infatti, il perdurare degli effetti della condanna convenzionalmente “ingiusta” impone l’individuazione di una pena ancora in corso di espiazione e di un rapporto esecutivo non del tutto esaurito⁽⁴¹⁾; circostanze, queste ultime, apparentemente esulanti dall’*affaire* Contrada.

Da altra angolazione, guardando alla soggezione del giudice interno alla sola legge, si è giunti a negare l’effetto “obbligatorio” delle valutazioni della Corte europea: queste ultime non possono imporsi al giudice interno, trattandosi di precedenti sì autorevoli, ma privi di efficacia vincolante⁽⁴²⁾.

Nello specifico, peraltro, la Corte sovranazionale non avrebbe valutato le disposizioni interne, ma si sarebbe limitata a individuare i precedenti più significativi della Cassazione sul concorso esterno e a ricostruire la diversa cronologia degli indirizzi giurisprudenziali⁽⁴³⁾. Sotto questo profilo, l’indennizzo accordato al Contrada avrebbe già potuto rispecchiare appieno la previsione dell’art. 41 della stessa Convenzione, secondo cui, ove il diritto interno non consenta che in modo incompleto di riparare le conseguenze della violazione accertata, «la Corte accorda, quando è il caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa».

Con tutta probabilità, è stata quest’“incertezza consapevole” in ordine al rimedio realmente soddisfacente a indurre la difesa di Contrada a “innestare” la domanda di esecuzione del *decisum* europeo in una pregressa istanza di revisione, fondata sulla classica pretesa dell’emersione di nuovi elementi probatori utili a riaprire il processo. Solo incidentalmente (con una memoria successiva alla primigenia richiesta) il condannato aveva fatto richiamo alla necessità di “revocare” la condanna in conformità alle nuove indicazioni dei giudici di Strasburgo in merito

⁽³⁷⁾ Per una visione d’insieme GRASSO - GIUFFRIDA, *L’incidenza*, cit., p. 9 ss.; altresì APRATI, *Il protocollo*, cit., p. 3911; LATTANZI, *Aspetti problematici*, cit., p. 3196.

⁽³⁸⁾ Cfr. NICOSIA, *Il caso Contrada*, cit., p. 4.

⁽³⁹⁾ In tale direzione DI GIOVINE, *Antiformalismo*, cit., p. 10.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. NICOSIA, *Il caso Contrada*, cit., p. 2.

⁽⁴¹⁾ Così Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42458, Gatto, cit., p. 61; GRASSO - GIUFFRIDA, *L’incidenza*, cit., p. 34. A proposito degli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima ed ancora in atto.

⁽⁴²⁾ Si veda la posizione di FERRUA, *Giustizia nel processo e giustizia nella decisione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1206, supportata da una lettura delle decisioni della Consulta che avrebbero ridimensionato la pretesa vincolatività delle sentenze della Corte EDU (C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747; C. cost. 26 gennaio 2012, n. 15, *ivi*, 2012, p. 145; C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, *ivi*, 2015, p. 391).

⁽⁴³⁾ In questi termini, l’analisi di APRATI, *Il Protocollo*, cit., p. 3907, invita a non confondere il carattere vincolante delle decisioni rispetto all’interpretazione della CEDU, con quello dell’interpretazione del diritto interno.

alla violazione dell'art. 7 CEDU, ovvero alla "imprevedibilità" del concorso esterno in associazione mafiosa nel periodo antecedente alla sentenza Demitry.

Di conseguenza non sorprende che la risposta fornita dalla Corte di appello di Caltanissetta nel provvedimento in commento finisca per riflettere inevitabili (e speculari) disagi interpretativi.

In estrema sintesi i giudici della revisione: 1) dichiarano inammissibili le richieste istruttorie dedotte come prove nuove; 2) *bypassano* il nodo processuale relativo al rimedio appagante le richieste avanzate da Contrada; 3) infine – pur a fronte del difetto di uno specifico *petitum* sul tema – entrano nel merito delle affermazioni dei giudici di Strasburgo con riguardo al punto sostanziale della prevedibilità, o meno, da parte del Contrada della condotta di concorso *ab externo* alla fattispecie associativa mafiosa.

Il percorso mostra subito adesione all'idea secondo cui la previsione chiara e inequivoca del precetto penale può essere ben definita anche a ragione dell'apporto della giurisprudenza oltre che della legge intesa in senso formale: nella riserva di legge oltre all'atto normativo scritto (*statutory law*) rientra a pieno titolo anche la fonte giurisprudenziale (*case-law*), in quanto concorrente a delineare il diritto vivente ⁽⁴⁴⁾ purché, ovviamente, la fonte giurisprudenziale corrisponda ai requisiti di legalità fissati dall'art. 7 CEDU.

In questa maniera si accede alla nozione convenzionale di legge penale derivante dal procedimento osmotico tra la concezione del principio di legalità propria degli ordinamenti di *civil law* e quella che caratterizza i sistemi di *common law*, legata indissolubilmente al rispetto di quei requisiti di *accessibility* and *foreseeability* idonei a garantire, secondo una prospettiva di colpevolezza, le esigenze di certezza legale che presiedono all'assoggettabilità a sanzione delle condotte violative del precetto penale ⁽⁴⁵⁾.

Secondo i giudici europei, anche la fonte giurisprudenziale produttiva del precetto penale soggiace alla garanzia della irretroattività sancita nell'art. 7, soprattutto dove si tratti dell'interpretazione di una normativa non sufficientemente chiara, ovvero di un mutamento giurisprudenziale che abbia inciso, come nel caso del concorso esterno con la sentenza Demitry, sull'ambito di applicazione di una norma di legge preesistente (il c.d. *overruling in malam partem*) ⁽⁴⁶⁾.

L'interpretazione "adeguatrice", fornita sul punto dalla Corte d'appello di Caltanissetta, sottende, tuttavia, un chiaro tentativo di uscire dalle nebbie del "consolidamento giurisprudenziale" del concorso esterno del reato associativo, pervenendo a una lettura – soggettivamente orientata – della "prevedibilità" del precetto.

Per i giudici della revisione, infatti, la condanna non deve essere revocata poiché era riscontrabile la piena consapevolezza da parte del Contrada, in termini di coscienza e volontà, del disvalore penale della condotta, a prescindere dalla cristallizzazione della fattispecie di reato a opera delle Sezioni unite italiane.

In tal modo si propone una "subiettivizzazione" della legalità penale nella prospettiva individuale del singolo ricorrente che consente ai giudici della revisione di ritenere (a differenza di quanto affermato dai giudici della stessa Corte europea) perfettamente tutelato il precetto dell'art. 7 CEDU: se è vero, infatti, che solo nel 1994, la sentenza Demitry aveva risolto i contrasti in ordine alla rilevanza penale della condotta concorsuale nel reato associativo, «a

⁽⁴⁴⁾ C. eur. dir. uomo, Kafkaris c. Cipro, 12 febbraio 2008, in www.echr.coe.int.

⁽⁴⁵⁾ C. eur. dir. uomo, Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, in www.echr.coe.int.

⁽⁴⁶⁾ C. eur. dir. uomo, Contrada c. Italia, 14 aprile 2015, in www.echr.coe.int, spec. § 72.

un soggetto come Contrada, funzionario della polizia attivo negli uffici investigativi, impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale delle condotte che offrivano contributo alle organizzazioni mafiose».

La peculiare posizione del Contrada lo vedeva, cioè, destinatario di «direttive» da parte delle autorità giudiziarie che in quel periodo elaboravano addebiti modulati sul combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p.p. con significative risultanze giurisprudenziali sull'istituto⁽⁴⁷⁾. Circostanza, questa, nota alla maggior parte dell'opinione pubblica siciliana e vieppiù riferibile al patrimonio conoscitivo degli investigatori operanti a Palermo.

Detto con maggiore chiarezza: per Contrada erano ben prevedibili «l'esistenza, le connotazioni e le conseguenze del concorso esterno» alla mafia.

In tal modo, l'identificazione del precetto e la possibilità di percepire la rilevanza penale del fatto prendono le mosse dalla "qualifica" del soggetto mediante una visione personalistica, affine al giudizio di colpevolezza⁽⁴⁸⁾, con argomentazioni largamente coincidenti rispetto a quelle utilizzate nella richiesta di ricorso alla *Grande chambre* del governo italiano⁽⁴⁹⁾, respinta lo scorso settembre.

Pure in quella sede erano state messe in risalto le specifiche competenze maturate dal Contrada nel settore del contrasto alla mafia; si era più volte sottolineata la ragionevole possibilità di prevedere la punibilità della sua condotta in termini di concorso esterno in ragione dell'accessibilità della giurisprudenza sia di legittimità che di merito e della posizione particolarmente qualificata⁽⁵⁰⁾. Peraltro, secondo il governo italiano, il *prospective overruling* della nuova regola di giudizio della sentenza Demitry non avrebbe dovuto valere per il caso in decisione bensì solo per i casi futuri, in modo da assicurare l'adeguamento al mutare dei tempi e garantire i valori della certezza del diritto e della prevedibilità dei criteri di decisione applicati dai giudici.

Nell'ottica governativa era stata pure esclusa l'efficacia scusante dell'art. 5 c.p., in base alla rivisitazione offerta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988⁽⁵¹⁾: l'imprevedibilità dell'*overruling* avrebbe infatti potuto permettere di scusare solo quell'imputato che avesse fatto legittimo affidamento su un orientamento giurisprudenziale pacifico, o per lo meno ampiamente maggioritario, che escludeva la configurabilità della fattispecie criminosa oggetto di contestazione. L'irrelevanza dell'errore sul precetto trovava conferma, invece, nel dibattito giurisprudenziale italiano del periodo, legato soprattutto al «dilemma tra l'autonomia

⁽⁴⁷⁾ Il richiamo è a Sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, Altivalle, in *C.E.D. Cass.*, n. 177894, che già individuava i tratti del concorso nel contributo consapevolmente prestato al mantenimento e al consolidamento dell'associazione. Altresì, Sez. I, 4 febbraio 1988, n. 9242, Barbella, *ivi*, n. 179170, sulla condotta partecipativa.

⁽⁴⁸⁾ Per tutti, PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., p. 1065, p. 1067.

⁽⁴⁹⁾ LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *questa rivista*, 2015, p. 4611.

⁽⁵⁰⁾ Contrada dall'ottobre 1976 al gennaio 1982 diresse la Criminalpol per la Sicilia Occidentale, con compiti di coordinamento delle investigazioni di polizia giudiziaria, raccolta ed elaborazione di dati e informazioni. Dopo un breve periodo presso gli Uffici del SISDE Sicilia, ricoprì dal settembre 1982 al dicembre 1985 il ruolo di Capo di gabinetto dell'Alto Commissariato per la lotta alla mafia. Nel gennaio del 1986 fu infine trasferito a Roma per essere nominato responsabile del III Reparto Operativo del SISDE con compiti di acquisizione di informazioni su latitanti di terrorismo e criminalità organizzata.

⁽⁵¹⁾ All'applicazione dell'art. 5 c.p. (come ridefinito dalla Corte costituzionale con la sentenza 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*) si erano richiamati sia DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo* cit., p. 11, sia PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., p. 1065.

configurabilità di detta fattispecie o l'inevitabile sussunzione della condotta nella fattispecie tipica del reato associativo», mentre di certo evidente era per il funzionario del Sisde il disvalore penale della condotta ⁽⁵²⁾.

Con argomenti analoghi, il provvedimento in esame nega l'applicazione in chiave scusante dell'art. 5 c.p., che pure era stata prospettata dalla dottrina più sensibile quale correttivo all'accoglimento interno del criterio della "prevedibilità", utile in special modo a «rispondere alle nuove istanze della legalità europea», con peculiare riguardo ai casi simili a quello di Contrada che si trovassero ancora *sub iudice* ⁽⁵³⁾.

A ben vedere, l'efficacia dell'errore sul precetto non riesce in effetti a fungere da clausola capace di mediare fra l'orientamento interno (che, nel caso di dubbio sulla rilevanza penale della condotta, determina il sorgere dell'ignoranza inevitabile) e la lettura europea (che intende, invece, la prevedibilità quale conoscenza chiara e precisa dell'addebito sulla base della descrizione normativa e dell'applicazione giurisprudenziale).

Da un lato, infatti, lo spostamento della scusante soggettiva dell'errore sull'illiceità ingenerato da affidamento incolpevole non sembra prospettabile a vantaggio di un tutore dell'ordine e della legalità del calibro di Contrada, ritenuto dai giudici di merito responsabile di aver fornito «ad esponenti della Commissione provinciale di Palermo notizie riservate riguardanti indagini e operazioni di polizia» ⁽⁵⁴⁾. Dall'altro lato, la prevedibilità, intesa quale possibilità di percepire la rilevanza penale del fatto commesso ⁽⁵⁵⁾, comporta l'ulteriore aggravio per le parti in causa di fornire alla Corte elementi e circostanze idonei a influire sul suo scrutinio valutativo ⁽⁵⁶⁾.

Senza tacere, infine, delle difficoltà di attrarre l'emenda dell'errore di diritto (cui si dovrebbe porre riparo solo endoprocedimentalmente ⁽⁵⁷⁾) nell'ambito cognitivo della revisione, mezzo di impugnazione tradizionalmente riferito alla "correzione" dell'errore giudiziario basato su elementi di fatto.

Ebbene, la soluzione adottata dai giudici di Caltanissetta mette pienamente in luce tutte le aporie conseguenti alla sovrapposizione fra la garanzia "interna" della "determinatezza-tassatività" del precetto penale e la soglia della "prevedibilità" in chiave europea.

Per i giudici europei, infatti, la violazione del principio di irretroattività di una nuova interpretazione estensiva *in malam partem* sarebbe derivata proprio dalla mancata garanzia per il funzionario del Sisde della prevedibilità in termini oggettivi della fattispecie e delle sue conseguenze sanzionatorie.

Per contro, il rigetto dell'istanza di revisione capovolge totalmente tale asserto: è proprio la "qualifica soggettiva" del singolo condannato, tutore della legge, *homo eiusdem condiciones ac professiones* abilitato per ciò stesso a conoscere il precetto e a prevederne gli esiti, a renderlo penalmente responsabile.

⁽⁵²⁾ LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada*, cit., p. 4616.

⁽⁵³⁾ PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., p. 1065. La Corte di legittimità (Cass., sez. II, 6 luglio 2016, Contrada, ined.) ha dichiarato inammissibile il ricorso per errore materiale presentato dalla difesa di Contrada avverso la decisione in commento.

⁽⁵⁴⁾ Per PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 9, dall'accertamento processuale definitivo emergeva l'illiceità dell'agire e il disvalore nel prestare sostegno alla mafia. Su questi temi generali, già ID., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976, p. 529 ss.

⁽⁵⁵⁾ DE FRANCESCO, *Brevi spunti*, cit., p. 15.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno*, cit., p. 3.

⁽⁵⁷⁾ Sez. III, 10 giugno 1996, n. 2562, Galli, in *C.E.D. Cass.*, n. 206044.

4. PREVEDIBILITÀ VS. LEGALITÀ: «QUESTO È IL PROBLEMA»!

Non sorprende pertanto che, sin dalle prime letture della sentenza Contrada della CEDU, la dottrina abbia cercato di individuare precisi “controlimiti” argomentativi sia rispetto ad un’eccessiva enfaticizzazione del concetto di “prevedibilità”, sia rispetto al preteso riconoscimento del c.d. diritto giurisprudenziale quale fonte utile a delineare i comportamenti incriminabili.

Come preconizzato, infatti, l’iper-responsabilizzazione della giurisprudenza avrebbe prodotto rilevanti incertezze sul piano ermeneutico: per un verso, l’enfasi esorbitante sul “diritto consolidato” conduce alla «fioritura di (falsi) *distinguishing*», capaci di ingenerare fallacie applicative e confusioni fra i vari risvolti concreti⁽⁵⁸⁾; per il verso opposto, la mancata stabilizzazione giurisprudenziale non può, di per sé sola, valere ad «escludere la legalità di una condanna», dal momento che, a voler ritenere diversamente, si giungerebbe ad «impedire qualunque processo di concretizzazione», «in palese contraddizione con l’assunto fondamentale della legalità europea, secondo il quale alla produzione del diritto» dovrebbe appunto contribuire anche l’evolversi incessante della *law in action*⁽⁵⁹⁾. D’altronde, l’esaltazione della prevedibilità rischia di svilire oltremodo il profilo della determinatezza della fattispecie – vero e proprio «*imperativo del sistema*» interno – che impone di circoscrivere gli illeciti in sede legislativa al fine di evitare distorsioni prasseologiche⁽⁶⁰⁾. L’individuazione di chiare linee di demarcazione delle condotte rilevanti e di netti confini del “tipo criminoso” funge infatti da architrave del modello penale. Un architrave gravemente indebolito ogni qualvolta le ‘sfera di pertinenza’ delle singole incriminazioni siano delineate con scarsa chiarezza dal legislatore consentendo una dilatazione della ‘discrezionalità’ giudiziaria al servizio, spesso, di istanze repressive.

In altri termini, si rischia di compromettere il volto costituzionale del sistema penale, quale momento di garanzia di un equilibrato rapporto fra Stato e cittadini, fra autorità e libertà⁽⁶¹⁾.

Nel caso Contrada il groviglio concettuale è ingenerato proprio dalla sovrapposizione fra la “prevedibilità” in concreto della fattispecie concorsuale – affetta da un difetto “genetico” di tassatività – e la spinosa *quaestio* del passaggio alla giurisprudenza-fonte⁽⁶²⁾.

In effetti, se il principio di legalità rimane espressione centrale della dignità e della libertà dei cittadini di uno Stato di diritto, un mutamento del paradigma con assegnazione di spazi rigidi al precedente giurisprudenziale – criticato dalla stessa Consulta⁽⁶³⁾ – rischierebbe di porsi in piena frizione non solo con l’art. 101, ma anche con la sostanza del diritto di difesa e del

⁽⁵⁸⁾ DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., p. 13.

⁽⁵⁹⁾ PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., p. 1063.

⁽⁶⁰⁾ DE FRANCESCO, *Brevi spunti*, cit., p. 15; DONINI, *Il caso Contrada*, cit., p. 348 ss., spiega come la carenza di tipicità determini un diritto penale “imprevedibile”.

⁽⁶¹⁾ Un recente quadro delle diverse cause del fenomeno è offerto da FIANDACA, *Uno schizzo diagnostico con prognosi incerta (a mo’ di introduzione)*, in *Processo e legge penale nella seconda Repubblica*, Carocci, 2015, p. 11 ss. Significative riflessioni si rinvencono in LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁽⁶²⁾ Favorevole a una legalità penale improntata alle esigenze della *Rule of Law*, PINO, *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, p. 167.

⁽⁶³⁾ Si vedano le argomentazioni di C. cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3340, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., riaffermava il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, rispetto a un’impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole. Puntuali le notazioni di MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, *ivi*, p. 3464; NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemp.* – Riv. Trim., n. 3-4/2012, p. 164 ss.. Con accenti diversi, A. RUGGERI, *Penelope*

diritto al “giusto processo”⁽⁶⁴⁾. Per converso, lo *stare decisis* potrebbe addirittura “bloccare” l’evoluzione tematica di alcuni principi, vincolando a esiti dominanti che hanno il solo pregio di essere tempestivi⁽⁶⁵⁾. A rigore dunque, sin tanto che si continui a escludere il valore di legge per il «formante giurisprudenziale»⁽⁶⁶⁾, la scarsa tassatività dell’illecito (*rectius* il divieto di irretroattività di un’interpretazione giurisprudenziale sfavorevole) non potrebbe discendere dal precedente Demitry, inidoneo a integrare un vero e proprio mutamento legislativo.

Una cosa è infatti riconoscere l’indubbia opera di tassativizzazione giurisprudenziale dell’indeterminatezza degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., altra è affermare il cambiamento della nozione di legalità penale aperta agli apporti della *law in action* con un’opzione automatica a favore del valore vincolante del precedente. L’indebita equiparazione della giurisprudenza alla legge formale si tradurrebbe infatti in un’operazione pseudo-ermeneutica paradossalmente violativa proprio dell’art. 25, comma 2, Cost.

5. LE PREOCCUPAZIONI POLITICO-CRIMINALI DI SALVAGUARDIA DEL CONCORSO ESTERNO NEL REATO ASSOCIATIVO VERO LIMITE ALL’ESECUZIONE DELLA SENTENZA CEDU?

L’istituto “polisemico” del concorso “esterno” nel reato associativo è nato dalla combinazione tra la singola norma penale speciale, che incrimina la partecipazione ad un’associazione criminale (artt. 416 e 416-*bis* c.p.), e la norma penale generale sul concorso di persone nel reato, secondo cui quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita (art. 110 c. p.).

Una peculiarità originaria, questa, della quale non ha tenuto conto la Corte europea dei diritti dell’uomo nella pronuncia dello scorso anno, considerando, invece, il concorso esterno come una fattispecie autonoma («*infracction*»).

Peraltro, la giurisprudenza italiana da sempre è intenta a porre rimedio alla nebulosità descrittiva delle condotte tipiche di concorso, spingendosi ben oltre la cristallizzazione della sentenza Demitry (tanto enfatizzata dalla decisione europea).

Da questo punto di vista, la legalità del concorso esterno, nella versione strasburghese, si è limitata a una mera ricostruzione del diritto giurisprudenziale negli anni ‘80 e ‘90 e non ha espresso appieno il dibattito applicativo e l’evoluzione subiti dal tormentato istituto⁽⁶⁷⁾.

alla Consulta: *tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU*; A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in [www.consultaonline](http://www.consultaonline.it).

⁽⁶⁴⁾ In questi termini, ancora, PULITANO, *Paradossi*, cit., p. 7.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. anche le recenti prese di posizione di PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.penalecontemporaneo.it, spec. p. 9 ss. Il tema, ampissimo, è stato affrontato fra gli altri da CADOPPI, *Giudice penale giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 11; Di MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità Cedu e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, p. 91; FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 62; PADOVANI, *Ius non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, *Esi*, 2014, p. 10 ss.; TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37; VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.-Annali*, VI, Giuffrè, 2013, p. 371.

⁽⁶⁶⁾ PULITANO, *Paradossi*, cit., p. 4, p. 6, si sofferma sulla centralità della legge penale, in un contesto ispirato dalle componenti creative della interpretazione giudiziaria e dall’aspirazione di un sistema basato sull’argomentazione.

⁽⁶⁷⁾ Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia risalente già alla fine del 1800, VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003, p. 43 ss. Sul tema, pure, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo: le ipotesi delle associazioni per delinquere di tipo mafioso*, *Esi*, 2003, p. 270 ss.; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale - Raccolta di scritti*, Giappichelli, 2014, p. 100.

Com'è noto, negli sviluppi successivi alla sentenza Demitry, significativi apporti sono stati forniti dalla sentenza Carnevale (mediante l'esaltazione del criterio dell'idoneità⁽⁶⁸⁾) e dalla sentenza Mannino (attraverso la sottolineatura del contributo causale effettivo rispetto alla persistenza e all'operatività dell'associazione). Ed è proprio quest'ultima pronuncia a incarnare il massimo punto di arrivo dell'elaborazione della "fattispecie penale di matrice giurisprudenziale"⁽⁶⁹⁾.

Essa ha posto in risalto la proiezione dinamica del ruolo funzionale di componente organico e stabile di un sodalizio criminoso. Inoltre, prestando maggiore attenzione al versante processuale della verifica probatoria ed esemplificando opportunamente alcuni degli «indicatori fattuali» ha meglio definito il nucleo fondamentale della partecipazione eventuale⁽⁷⁰⁾, in base alle conoscenze criminologiche e all'esperienza prasseologica.

Ciò nonostante, nella giurisprudenza successiva al 2005, il complesso modello di imputazione causale del concorso esterno, «codificato» dalle Sezioni unite "Mannino", ha stentato (e stenta) a trovare pieno accoglimento. Al contempo, i rigorosi criteri fissati ai fini dell'accertamento, *ex post*, della valenza eziologica del contributo del concorrente, hanno ricevuto un'adesione più formale che effettiva.

Nella prassi è prevalsa difatti la tendenza a presumere o a «flessibilizzare» il rapporto causale in risposta a preoccupazioni repressive valutate come preminenti rispetto alle istanze individualgarantiste⁽⁷¹⁾.

Una conferma di ciò può trarsi nella progressiva concretizzazione dei principi generali in rapporto ai diversi «casi tipologici»⁽⁷²⁾ di concorso, con un'ampia gamma di variabili applicative riguardanti di volta in volta: la ricostruzione del nesso condizionalistico⁽⁷³⁾, la rilevanza del ruolo⁽⁷⁴⁾, la dibattuta natura permanente dell'illecito⁽⁷⁵⁾, la gradazione dell'elemento psicologico⁽⁷⁶⁾, infine, la dimostrazione probatoria del contributo rilevante⁽⁷⁷⁾.

(68) Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, c. 453, con nota di FIANDACA.

(69) Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, c. 86, con nota di FIANDACA e VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni unite*.

(70) Sugli «indicatori fattuali» e sulla natura «disposizionale» del concetto di partecipazione, cfr. VISCONTI, *La sentenza Andreotti: profili di interazione tra diritto sostanziale e accertamento probatorio*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 487 ss.; VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, a cura di Picotti - Fornasari - Viganò - Melchionda, Cedam, 2005, p. 143 ss.

(71) Cfr., sul punto, MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, in *questa rivista*, 2009, p. 1352 ss.

(72) Per tutti, FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *questa rivista* 2005, p. 1734 ss.; Id., *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, cit., p. 695.

(73) Fra le decisioni più recenti, Sez. V, 13 ottobre 2015, n. 2653, Paron, in *C.E.D. Cass.*, n. 265926.

(74) Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino, in *C.E.D. Cass.*, n. 264625 qualifica «come contributo di partecipazione quello del soggetto cui sia stato attribuito un ruolo nel sodalizio, anche se lo stesso non abbia mai avuto occasione di attivarsi, mentre, al contrario, va qualificato come contributo concorsuale "esterno" quello dell'"extraneus", sulla cui disponibilità il sodalizio non può contare, che sia stato più volte contattato per tenere determinate condotte agevolative, concordate sulla base di autonome determinazioni». Sul "ruolo" si incentra pure Sez. II, 10 dicembre 2014, n. 53675, Costantino, *ivi*, 261620.

(75) Sez. V, 5 giugno 2013, n. 35100, Maticena, in *C.E.D. Cass.*, n. 255769.

(76) Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, Dell'Utri, in *Foro it.*, 2012, II, c. 565, con nota di FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno* e di DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del giudice di legittimità*, in *questa rivista*, 2012, p. 2552.

(77) Cfr. Sez. I, 10 luglio 2015, n. 49067, Impastato, in *C.E.D. Cass.*, n. 265423, sulla necessaria dimostrazione del concreto ausilio alla realizzazione di uno o più degli scopi tipici del programma criminoso del sodalizio. Più ampie ricostruzioni casistico-giurisprudenziali sono offerte da CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 242 ss.; MENCARELLI, *Il «concorso esterno» nei reati associativi e i confini della responsabilità penale*, in *Crit. dir.*, 2014, p. 259.

Osservando con la lente d'ingrandimento la ricca casistica dei fenomeni di contiguità attiva e illecita ad associazioni criminali, appare remoto il raggiungimento di un grado soddisfacente di elaborazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi della fattispecie. Anzi (differentemente da quanto hanno ritenuto i giudici europei mettendo in risalto la decisione Demitry), la stabilizzazione della *rule of law* può dirsi un obiettivo tutt'altro che raggiunto.

Come se non bastasse, le evidenziate pecche di incostituzionalità ⁽⁷⁸⁾ derivanti dal difetto di determinatezza sfociano spesso in imputazioni processuali "criptiche", ove assai difficile è distinguere il piano della condotta o delle condotte espressive del contributo recato dal concorrente all'organizzazione criminale da quello relativo all'insieme delle circostanze fattuali destinate a fungere da correlativi riscontri probatori, con una preoccupante circolarità dei rapporti fra «fatto» e «prova» ⁽⁷⁹⁾.

Del resto, un'evidente dimostrazione del *vacuum* normativo e dell'aleatorietà delle imputazioni è riscontrabile nell'ondivaga tenuta degli esiti processuali, talora difformi nei diversi gradi del giudizio ⁽⁸⁰⁾.

La sensazione di fondo è quella di trovarsi di fronte a un vicolo interpretativo cieco nel quale, da un lato, viene invocato – vanamente – un intervento normativo sull'istituto che vada ben oltre le scarne e laconiche affermazioni sulla identità della pena cui devono soggiacere tutti i concorrenti ⁽⁸¹⁾, dall'altro, soprattutto a livello giurisprudenziale, si tende strenuamente a difendere l'utilizzo del "flessibile" paradigma concorsuale per criminalizzare le condotte di contiguità alla mafia.

Il concorso e la sua struttura "modulare" sembrano irrinunciabili per punire i "fiancheggiatori forti" dell'associazione, i professionisti, i funzionari statali, i politici, gli imprenditori legati da un vincolo funzionale in senso operativo alla struttura associativa; senza il concorso esterno non sarebbe possibile ricondurre nell'area del penalmente rilevante le condotte di sostegno attivo alle associazioni mafiose, dato che, al contempo, si mostrano insoddisfacenti le fattispecie ancillari di favoreggiamento all'associazione o di assistenza agli associati ⁽⁸²⁾.

Esigenze di questo tipo sembrano sorreggere pure la decisione in commento che appare

⁽⁷⁸⁾ BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone in un reato* (dattiloscritto), in CNR – CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale. Concorso di persone nel reato*, s.d., 4 secondo il quale «tutto il titolo del concorso di più persone in un reato è passibile di eccezione di anticostituzionalità per mancanza di precisione parziale o totale, direi di tassatività»; analogamente VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 34, si riferiva al concorso come un "presunto" mostro giuridico, lamentandone la palese contrarietà all'asse costituzionale di garanzie dell'imputato. Predittivamente PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Giuffrè, 2000, p. 323, descriveva un «autentico bestiario giuridico popolato da mostri».

⁽⁷⁹⁾ Su questi aspetti problematici si era giustamente soffermata la *Requisitoria del procuratore generale della Cassazione*, F. M. Iacoviello, nel corso del giudizio di legittimità a carico di Dell'Utri, in *Foro it.*, 2012, II, c. 365.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. FIANDACA, *Forse non in eterno*, i n. *Il foglio*, 12 marzo 2016, p. 1; FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 695 ss.; DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *questa rivista*, 2012, p. 2552; RISICATO, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 714.

⁽⁸¹⁾ INSOLERA, *Qualche risposta*, cit., p. 126.

⁽⁸²⁾ Secondo Sez. VI, 13 novembre 2013, Argenziano, n. 11898, in *C.E.D. Cass.*, n. 259442, integra il concorso esterno in associazione mafiosa la condotta di un appartenente alle forze di polizia giudiziaria che fornisce ripetutamente agli esponenti apicali di una cosca notizie in ordine ad indagini in corso, in tal modo rendendo più sicuri i piani criminali del sodalizio e favorendone l'ideazione e l'esecuzione. Tale sistematica attività non può essere ricondotta nell'alveo del delitto di favoreggiamento, che ricorre invece nell'ipotesi di episodico aiuto ad eludere le investigazioni

realmente impensierita non tanto dal paradigma della prevedibilità europea, quanto, piuttosto, dalle conseguenze di un'esecuzione *erga omnes* della pronuncia CEDU rispetto a un percorso ermeneutico così lungo e accidentato.

Sotto tale profilo, la sentenza in analisi è paradigmaticamente espressiva dell'ultima "turbolenta" stagione di interpretazione dell'istituto, nella quale si devono contestualmente collocare le "provocatorie", quanto risibili, decisioni assertive dell'inesistenza legislativa del concorso nel reato associativo, proprio sulla pretesa scia della decisione CEDU dello scorso anno ⁽⁸³⁾.

Il che dimostra come il concorso esterno in associazione mafiosa – prima ancora che riguardo alla personalizzazione dell'illecito nell'ottica della prevedibilità "europea" – ponga sostanziali problemi di determinatezza della fattispecie, nonché di chiarezza e precisione dei singoli addebiti processuali ⁽⁸⁴⁾.

Il rilancio in chiave "sovranzionale" della vicenda Contrada ha forse il merito di mettere ancora una volta in evidenza le anomalie dell'istituto ⁽⁸⁵⁾, perennemente sospeso fra disilluse richieste di individuazione legislativa dei requisiti e dei tipi di comportamento che fanno da presupposto alle condotte punibili ⁽⁸⁶⁾ e l'evidenza criminologica nascente dalla difficoltà di ricondurre la multiformità delle condotte di supporto esterno alle "mafie" entro categorie rigidamente prefissate.

6. L'ADEGUAMENTO ALLA PRONUNCIA DEL GIUDICE EUROPEO: UNA STRADA CON MOLTE "CORSIE" E CON POCHI SBOCCHI

Se la soluzione dei giudici della revisione di pervenire a un'applicazione casistica *ad excludendum* del criterio della "prevedibilità" europea vale dunque a preservare la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo, al contempo essa conduce a un'evidente compressione della portata oggettiva della garanzia convenzionale.

o sottrarsi alle ricerche in favore del singolo associato che abbia commesso un reato eventualmente compreso nel programma associativo.

⁽⁸³⁾ Ci si riferisce alla decisione di non luogo a procedere del G.u.p., Catania, 21 dicembre 2015, Ciancio, n. 1077, in *Riv. pen.*, 2015, p. 676, adottata con formula terminativa «perché il "fatto non è previsto dalla legge come reato». Una visione congiunta di quest'ultima decisione e del provvedimento in commento, al fine di dimostrare le molte ombre del concorso esterno nel reato associativo, è proposta da MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 6 ss. Da ultima, altresì, PERRONE, "Stabilizzazione" del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada, in *www.legislazionepenale.eu*, 2016, p. 12.

⁽⁸⁴⁾ Il profilo generale dei rischi di aleatorietà degli addebiti era stato ben evidenziato da D. SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Giuffrè, 1959, p. 31 ss.

⁽⁸⁵⁾ Si vedano le condivisibili notazioni di DONINI, *Il caso Contrada*, cit., p. 346 ss. Un'ampia ricostruzione delle differenti tesi si può rinvenire in INSOLERA, *Qualche risposta alle domande poste dal concorso esterno dell'associazione mafiosa*; DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*; MAIELLO, *Concorso di persone nell'associazione mafiosa: la parola passi alla legge*; VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile"*; FIANDACA, *Il concorso "esterno" fra sociologia e diritto penale*, in G. FIANDACA e C. V. ISCONTI, *Scenari di mafia, Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, 2010, p. 123 ss.

⁽⁸⁶⁾ Sempre che «la capacità del legislatore di essere all'altezza della sfida combaci con la sua volontà di cimentarsi nell'impresa»: MAIELLO, *Consulta e CEDU*, cit., p. 27. Anche GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, cit., p. 22, auspica una revisione della disciplina del concorso esterno.

Di fatto, esaurendo la tassatività nella prevedibilità *ad personam* e valorizzando il § 73 della sentenza europea, l'epilogo realizza una sorta di sostituzione rispetto ai giudici della cognizione, senza giungere a "rimuovere" la sentenza di condanna convenzionalmente illegittima «e, anzi, *tout court* illegittima, stante l'avvenuta incorporazione della Convenzione nell'ordinamento italiano ⁽⁸⁷⁾ ».

Senonché, la complessità dello scenario rende arduo immaginare la percorribilità di itinerari alternativi, idonei cioè a garantire l'effettiva attuazione del principio di diritto enunciato dalla CEDU sia con riguardo alla posizione di Contrada, condannato in via definitiva, sia per i "fratelli minori", sprovvisti di un apposito *dictum* europeo ⁽⁸⁸⁾.

Procedendo allora per ipotesi e soffermandosi esclusivamente sulla violazione dell'art. 7 CEDU, si potrebbe affermare che la revisione, rivelatasi infruttuosa per il condannato, non potrebbe essere perseguita con successo neppure dagli altri imputati in posizione simile ⁽⁸⁹⁾. Anzi, in una prospettiva restrittiva, laddove dovesse infatti rivelarsi necessaria la riapertura del processo per una complessiva rivalutazione del caso di specie, essi resterebbero del tutto sforniti di un qualunque mezzo di tutela, poiché il rimedio straordinario europeo non potrebbe estendersi a soggetti diversi. Da ciò la necessità evidente di colmare la lacuna legislativa individuando uno strumento realmente capace di tutelare il diritto fondamentale dell'individuo per violazioni dell'art. 7 CEDU, sia riguardo al caso in "senso" stretto sia riguardo ai casi analoghi.

Nel frattempo, si potrebbe spostare l'attenzione sull'incidente di esecuzione ⁽⁹⁰⁾, strumento fruibile allo stato dell'arte in relazione a problemi di tassatività- retroattività, facendo leva sulle considerazioni più sopra richiamate, dal momento che la base giuridica del reato non rispettava i criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità, ed era impossibile per il ricorrente prevedere che sarebbe stata comminata una sanzione penale ⁽⁹¹⁾.

Tale strategia potrebbe risultare processualmente coerente rispetto al ruolo "potenziato" di tutore della legalità del giudice dell'esecuzione fra le pieghe mutevoli di quel giudicato "flessibile" ⁽⁹²⁾ di ultima concezione. Si tratta qui, in effetti, di eseguire una pena conforme sia al

⁽⁸⁷⁾ Si vedano le argomentazioni sulla pronuncia in commento di VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p.4. L'autore sottolinea icasticamente l'obbligo di conformarsi alle decisioni europee: «*pacta sunt servanda*, anche quando ci costi fatica farlo».

⁽⁸⁸⁾ L'efficace espressione è di VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle sezioni unite sui «fratelli minori» di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *www.penalecontemporaneo.it*; GAMBARDILLA, *I fratelli minori di «Scoppola» davanti al giudice dell'esecuzione per la sostituzione dell'ergastolo con trent'anni di reclusione*, in *www.archiviopenale.it*.

⁽⁸⁹⁾ Secondo Sez. V, 14 maggio 2015, Birinkova, in *Giur. it.*, 2015, p. 1507, la revisione europea è ammessa solo sulla medesima vicenda oggetto del processo definito con sentenza passata in giudicato, oppure con riguardo alle "sentenze pilota" riguardanti situazioni analoghe verificatesi per disfunzioni strutturali o sistematiche all'interno del medesimo ordinamento giuridico.

⁽⁹⁰⁾ Altresi, C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *questa rivista*, 2014, p. 1392, in ordine alla violazione dell'art. 7 CEDU e dell'art. 1 Prot. n. 1. a proposito di confisca dei terreni abusivamente lottizzati e degli immobili realizzati sugli stessi, ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione.

⁽⁹¹⁾ C. eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e a c. Italia, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 1 ss., in tema di confisca *ex art.* 19 l. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi art. 44 comma 2 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

⁽⁹²⁾ GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2016, p. 3 ss.; Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 4687, Catanzaro, in *questa rivista*, 2006, p. 1342, a proposito della revoca della sospensione condizionale della pena seguente al venir meno della sentenza di condanna per *abolitio criminis*. Più di recente, Sez. un., 23 aprile 2015, n. 37345, Longo, cit., c. 33 ss.

diritto interno, sia al diritto sovranazionale nell'ottica della massima realizzazione del finalismo rieducativo ex art. 27 comma 3 Cost. e dell'attuazione del *favor rei* (93).

Pur nel diniego di una globale rivalutazione della responsabilità penale dell'imputato – compito esclusivamente riservato al giudice della cognizione – tale esito finisce per assegnare alla sede esecutiva una penetrante rivalutazione che chiamerà in causa tutti i parametri dettati dagli artt. 132 e 133 c.p. (94).

Lo strumento potrebbe anzitutto riferirsi al Contrada, a nulla valendo osservare in senso contrario che lo stesso ha terminato l'espiazione della pena nell'ottobre del 2012 e, dunque, che il rapporto esecutivo è venuto meno (95). Ove si guardi, infatti, alla portata ultrattiva della sanzione "illegittima", al di là cioè della mera esecuzione della pena detentiva, questo preteso limite cadrebbe e l'imputato conserverebbe "interesse" alla tutela esecutiva. In effetti, fra le molteplici ripercussioni della condanna Contrada permane l'impossibilità di fruire nei casi futuri della sospensione condizionale della pena sancita dall'art. 164, comma 2, n. 1) c.p., anche a seguito di un'intervenuta riabilitazione. All'uopo si potrebbe invocare un intervento *in executivis* capace di incidere sulla descritta eccezione e di garantire il beneficio. Una "dilatazione" applicativa *in bonam partem* della normativa delineata o di quella dettata in materia di riabilitazione si imporrebbe per chi abbia subito una condanna poi censurata dalla Corte Europea, qualora la pena detentiva sia stata già espia (96).

La sanzione violativa dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dovrebbe accostarsi "analogicamente" alle ipotesi prese in considerazione dall'art. 657, comma 2, c.p.p. che impone di tenere conto, nel computo della pena detentiva per il cumulo, del *quantum* espia per un reato diverso se la condanna è stata revocata, ovvero se sono stati concessi l'indulto (nei limiti dello stesso) o l'amnistia. Del resto, la condanna inflitta determina la formazione della recidiva e inibisce altresì la fruizione, nei limiti degli artt. 151, ultimo comma, e 174, ultimo comma c.p., di eventuali provvedimenti di amnistia o indulto. E analogo divieto sussisterà per la concessione, nei casi futuri, della misura della non menzione nel certificato del casellario giudiziale qualora la pena detentiva per la condanna successiva, sommata a quella precedente, superi i due anni di reclusione (art. 175 c.p. (97)). Per non parlare poi del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario, ai sensi dell'art. 643, comma 1, c.p.p., tradizionalmente riconosciuto a favore di chi sia stato prosciolto in sede di revisione, e qui conseguentemente denegato al Contrada che potrà unicamente beneficiare dell'irrisorio indennizzo di 10.000 euro sancito dalla stessa Corte EDU, a titolo di globale *restitutio in integrum*.

È evidente però che per superare tutte le restrizioni collegate alla tutela esecutiva ci si dovrebbe appellare di nuovo a un'interpretazione di tipo estensivo-creatrice dell'art. 673 c.p.p.

Alla stessa tutela "estesa" (98) potrebbero affidarsi i soggetti che versano in posizioni ana-

(93) Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit., p. 38; GRASSO - GIUFFRIDA, *L'incidenza*, cit., p. 40

(94) Sez. un., 15 settembre 2015, Marcon, n. 37107, in *C.E.D. Cass.*, n. 264858, ove si specifica che nel caso di mancato accordo o di pena concordata non congrua in sede esecutiva sulla pena patteggiata illegale competerà al giudice dell'esecuzione provvedere autonomamente alla rideterminazione della pena, ai sensi degli artt. 132 e 133 c. p. *Contra*, con riguardo alla peculiare irrogazione delle sanzioni da parte del giudice di pace, Sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera, *ivi*, n. 265109.

(95) Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit., p. 57, si riferisce a un rapporto esecutivo attuale.

(96) GRASSO - GIUFFRIDA, *L'incidenza*, cit., p. 43 ss.

(97) C. cost., 8 dicembre 2010, n. 289, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3728.

(98) Sulle ricadute applicative si sofferma TROISI, *Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 19. MARANDOLA, *Ricorso tardivo*, cit., p. 154 e VICOLI, *L'illegittimità costituzionale*

loghe a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo, con pena definitiva eseguita ma con effetti del giudicato non del tutto “perenti”, laddove venga accertata la sussistenza delle oramai note quattro condizioni previste dalla sentenza delle Sezioni unite nel caso Ercolano ⁽⁹⁹⁾.

Nelle ipotesi in cui, invece, un soggetto stia ancora eseguendo la pena detentiva per una condanna a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi prima del 1994, il rimedio dell’incidente di esecuzione potrebbe interrompere l’esecuzione della stessa e, ai sensi dell’art. 673 c.p.p., consentire di rideterminare la pena sulla base dei quattro summenzionati presupposti della sentenza Ercolano, senza neppure chiamare in causa i più ampi “poteri valutativi” indicati dalla successiva sentenza Gatto ⁽¹⁰⁰⁾.

Tali conclusioni, tuttavia, non trovano concordi coloro i quali escludono la prospettazione di un’ analogia a vantaggio dei “fratelli minori” di Contrada in mancanza di un intervento legislativo che introduca espressamente una previsione utile a rendere concretamente ammissibile l’incidente di esecuzione ai sensi dell’art. 673 c.p.p., al fine di ottenere l’eliminazione della pena irrogata in rapporto alla decisione della Corte EDU.

Lacune assiologiche del tipo di quelle riscontrate potrebbero, invero, essere colmate solo dal legislatore o dalla Corte costituzionale attraverso una sentenza additiva, che dichiari illegittima l’assenza di una previsione la cui esistenza si pone come costituzionalmente necessaria ⁽¹⁰¹⁾.

In questa seconda prospettiva, ben avrebbe fatto lo stesso Contrada a dolersi incidentalmente, già nella sede della revisione, dell’inesistenza di uno strumento processuale generale atto a porre rimedio alla interpretazione della Corte europea da cui discende, ai sensi dell’art. 7 CEDU, l’irretroattività *in malam partem* della lettura giurisprudenziale. La questione, per violazione del principio espresso ex art. 25 Cost., peraltro, potrebbe sollevarsi pure con analoghi contenuti in sede esecutiva, ove si prescelga questa come *sedes* processuale per l’ottemperanza al *dictum* dei giudici europei ⁽¹⁰²⁾.

Numerosi dubbi si profilano poi riguardo ai procedimenti in corso. Assai difficile è immaginare che il giudice del merito proceda a un’interpretazione conforme della normativa interna, e in particolare degli artt. 110 e 416-*bis* c.p.p., nel senso che la fattispecie di concorso esterno

della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1006 ss., esaltano la funzione di strumento di attuazione dei diritti fondamentali della giurisdizione esecutiva.

⁽⁹⁹⁾ Sulla scia di Sez. un., 7 maggio 2014, Ercolano, cit., p. 39, sarebbe anzitutto necessaria: 1) l’identità situazionale riferibile all’aver riportato una condanna per il fatto non sufficientemente chiaro e prevedibile del concorso esterno alla mafia relativa a fatti anteriori al 1994, ovvero sia all’affermazione delle sezioni unite con la sentenza Demitry; 2) l’esistenza di un vizio strutturale relativa alla normativa interna sostanziale (artt. 110 e 416-*bis* c.p.p.); 3) la possibilità di realizzare un’operazione meramente ricognitiva che non richiede la riapertura del processo; 4) la possibilità di procedere a un’interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna, senza dovere sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma.

⁽¹⁰⁰⁾ Le Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit., p. 57, hanno ammesso un intervento del giudice dell’esecuzione anche quando il provvedimento da adottare non sia a contenuto predeterminato e quando, dunque, debba farsi ricorso a (pur sempre limitati) poteri valutativi. In questi termini, la lettura di GRASSO - GIUFFRIDA, *L’incidenza*, cit., p. 41.

⁽¹⁰¹⁾ L’espressione, ripresa da GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, cit., p. 87, sottolinea la “cripto” interpretazione creativa con cui si è esteso l’ambito dell’art. 673 c.p.p.

⁽¹⁰²⁾ Si vedano le più ampie considerazioni svolte da CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 2 ss.

non possa mai trovare applicazione riguardo ai fatti commessi prima del cristallizzarsi dell'interpretazione giurisprudenziale in materia, risalente secondo la CEDU al 1994⁽¹⁰³⁾.

Tale scelta, pur potendo apparire convenzionalmente e costituzionalmente conforme, in quanto rispettosa del principio sancito nell'art. 25, comma 2, Cost., dovrebbe essere soppesata alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale, con cui si è voluto (in prosecuzione delle affermazioni delle note sentenze gemelle del 2007⁽¹⁰⁴⁾) ribadire il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

Secondo la Corte costituzionale «è [...] solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo⁽¹⁰⁵⁾».

In altri termini, per estendere il principio affermato nel caso *Contrada erga omnes* lo si dovrebbe iscrivere nel novero della "giurisprudenza consolidata" aggiungendo ulteriori spazi di discrezionalità al «margine di apprezzamento»⁽¹⁰⁶⁾ dei singoli giudici interni.

Orbene, la prevedibilità europea "nella versione *Contrada*" da un lato sembra costituire espressione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di articolo 7⁽¹⁰⁷⁾, dall'altro, sembra discostarsi dalle decisioni che hanno invece letto la prevedibilità, *rectius* l'interpretazione retroattiva *in malam partem*, in termini difformi, riconoscendo, a esempio, piena rilevanza penale a taluni comportamenti in materia di *insider trading* o di violenza sessuale fra coniugi⁽¹⁰⁸⁾.

Dunque, se i precedenti in materia di violazione dell'art. 7 CEDU risultassero non consolidati e fortemente orientati dalle peculiarità del caso concreto, l'unico rimedio per il giudice nazionale sarebbe quello di una formale investitura della Corte costituzionale, per la violazione dei principi di tassatività e di colpevolezza del concorso esterno nel reato associativo: fattispe-

⁽¹⁰³⁾ Secondo la Corte EDU, «applicare detti articoli a fatti anteriori significherebbe violare il principio di legalità, nella declinazione convenzionale della prevedibilità/accessibilità, in quanto – prima della sentenza *Demity* – non esisteva un orientamento consolidato in materia di concorso esterno in associazione mafiosa che consentisse ai consociati di avere adeguata contezza della rilevanza penale di simili comportamenti di contiguità».

⁽¹⁰⁴⁾ C. cost., sent. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 ss. e p. 3535 ss. A commento delle suddette sentenze cfr. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007. Un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, p. 341; MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato: un passo avanti (e uno indietro della Consulta) nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3525; P. TONINI, *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 417.

⁽¹⁰⁵⁾ C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., p. 391. Si vedano le osservazioni di MANES, *La «confisca senza condanna» al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *questa rivista*, 2015, p. 2204 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Decisamente negativa è la risposta di FERRUA, *Giusto processo e giustizia della decisione*, cit., p. 1206, secondo cui la Corte di Strasburgo non può imporre al giudice comune le sue interpretazioni.

⁽¹⁰⁷⁾ C. eur. dir. uomo, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, in *www.echr.coe.int*, ove la condanna per lo stato francese era giunta per un inaspettato e improvviso *revirement* della Corte di cassazione francese, la quale aveva finito per introdurre retroattivamente un nuovo reato; C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, cit., p. 1392; C. eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in *www.echr.coe.int*. Sul tema, GRASSO - GIUFFRIDA, *L'incidenza*, p. 43 ss.; per un quadro d'insieme, MANES, sub art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole, De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, p. 284 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ C. eur. dir. uomo, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, in *www.echr.coe.int* aveva invece escluso la violazione dell'art. 7 e riconosciuto la prevedibilità del reato di *insider trading* pure in presenza di fonti interne e dell'Unione non anodine; C. eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, *ivi*, aveva giustificato il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* con riferimento alla qualificazione penalmente rilevante di stupro degli atti sessuali tra coniugi, senza il consenso della moglie.

cie scarsamente determinata, dalle conseguenze imprevedibili, incapace di individuare un sufficiente legame psicologico tra l'autore e il fatto di reato, difficilmente riconducibile in un capo di imputazione processuale coerente.

7. SCENARI PROSSIMI E OBIETTIVI FUTURIBILI NELL'INTERPRETAZIONE DELLE SENTENZE CEDU

Giunti a questo punto, ci si rende conto di come, dietro alla prevedibilità del concorso esterno e all'individuazione dello strumento processuale più consono ad eseguire le decisioni della Corte europea, si celi il generale e diffuso stato di crisi delle categorie giuridiche interne al cospetto della proliferazione di norme e attori-fonte sovranazionali ⁽¹⁰⁹⁾. La legalità formale fondata sulla riserva di legge, la prevedibilità della decisione nella versione europea, il giudicato, assumono invero contenuti fluidi, dinamici, assai divergenti rispetto a quelli tradizionalmente riflessi nelle pagine "ingrigite" dei manuali ⁽¹¹⁰⁾.

In questo contesto, la sovraordinazione della Corte costituzionale rispetto alle norme CEDU, in quanto interposte, il rilievo del caso singolo, il consolidamento della giurisprudenza nella specifica materia costituiscono una sorta di «*fil rouge*» attraverso il quale il sistema interno cerca di arginare gli «smottamenti» prodotti dalle più significative decisioni della Corte europea ⁽¹¹¹⁾.

A ben vedere, permane immutato il problema delle modalità attuative delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo espressive di un orientamento in relazione al caso deciso e a quelli simili del medesimo ordinamento nazionale ⁽¹¹²⁾. Talvolta, il sistema di protezione dei diritti umani assegna alla stessa Corte europea l'impegno di individuare le deficienze strutturali dell'ordinamento statale indicando in motivazione o prescrivendo nel dispositivo le modifiche legislative idonee ad allineare il sistema nazionale alle norme convenzionali ⁽¹¹³⁾; più

⁽¹⁰⁹⁾ Espressivi della difficoltà di contemperare interpretazioni *in malam partem* sono i contributi di MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controllimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, di CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 2 ss., nonché di GAMBARELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost., retro*, n. 200.7.

⁽¹¹⁰⁾ Per ampie analisi dei costi-benefici dell'europeizzazione del diritto penale, DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Giuffrè, 2011, p. 211. L.A. si riferisce alle basi epistemologiche di una cultura europea che trasforma l'idea di norma, di interprete, di scienza. Su questi versanti, altresì, CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 2015, I, p. 33; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, 2011; CARTABIA, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, 2015; KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015 p. 1177 ss.; LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, 2012; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012.

⁽¹¹¹⁾ Così, lucidamente, SPANGHER, *Esclusa la revisione per violazione della Cedu*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1508.

⁽¹¹²⁾ Sin da subito UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 371 ss.; UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, profetizzò il valore generalmente vincolante delle decisioni della Corte di Strasburgo. In prospettiva difforme, però FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 4, p. 117 ss. Sui riverberi processuali si sofferma IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in questa rivista*, 2011, p. 794 ss.

⁽¹¹³⁾ Cfr. ancora UBERTIS, *La Corte di Strasburgo*, cit., p. 373. Si vedano ancora la Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 12 maggio 2004- Res. 2004, 3 e la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio del 12 maggio 2004, (Rec. 2004, 6), espressamente menzionate da C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent., 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia, cit., § 190-191.

spesso, è lo stesso valore o l'autorità di «cosa giudicata interpretata»⁽¹¹⁴⁾ del dettato convenzionale a imporre il ricorso alla migliore ermeneutica per comprendere «che cosa i principi dicano e chiedano e quali impegni ne derivino per gli interpreti»⁽¹¹⁵⁾.

Emerge proprio in tale seconda eventualità una forte differenza tra la disapplicazione della norma interna contrastante con quella sovranazionale, che presuppone il riconoscimento di una vera e propria primazia di quest'ultima rispetto alla prima, nei termini valevoli per il diritto UE, e la diretta applicazione al caso di specie della norma sovranazionale. E ciò nel caso in cui quest'ultima 'colmi' una lacuna del dato normativo interno, senza determinare la disapplicazione di alcuna disposizione interna incompatibile; operazione, quest'ultima, possibile anche con riguardo a norme comunque incorporate nel diritto interno in forza della clausola di "piena e intera esecuzione", contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica, come – in particolare – per la CEDU e i suoi protocolli addizionali⁽¹¹⁶⁾.

I principî della Carta, mediamente della CEDU e dei relativi protocolli, possono dunque esplicare effetti diretti, eventualmente previo coinvolgimento della Corte di giustizia, per chiarire la portata in rapporto alle disposizioni dell'Unione europea, di volta in volta coinvolte, anche senza un necessario passaggio innanzi alla Consulta⁽¹¹⁷⁾.

In questa direzione, talune letture hanno auspicato l'adozione del criterio della «più intensa tutela dei diritti», indipendentemente dalla fonte che li produce e rispetto a ciò che essa dispone in relazione agli stessi diritti visti «come sistema»⁽¹¹⁸⁾.

È la "dignità della persona" a fungere cioè da parametro guida e da fondamento interpretativo, imponendo anche alla Costituzione di recedere laddove un'altra Carta offra una tutela più intensa ai diritti⁽¹¹⁹⁾. Il "fuoco" normativo cui riferirsi nel descritto giudizio si rinviene nel raccordo sistematico tra gli artt. 2 e 3 della stessa Costituzione, letti sinergicamente con l'art. 117 Cost., in modo tale che il bilanciamento, proiettato in una dimensione interordinamentale, si trasformi in realtà in un bilanciamento endocostituzionale⁽¹²⁰⁾.

Mediante tali postulati teorici, la riapertura del processo necessaria per ottenere la *restitutio in integrum* (a favore di chiunque abbia subito la lesione di un diritto fondamentale nell'esercizio della giustizia penale) rappresenterebbe una sorta di attuazione della «trama strutturale dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost.», ossia delle due gambe a mezzo delle quali la

⁽¹¹⁴⁾ In tema CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3573.

⁽¹¹⁵⁾ In questi termini, PULITANO, *Paradossi della legalità*, cit., p. 4.

⁽¹¹⁶⁾ Così VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ e O. MAZZA, *Europa e diritto penale, Gli Speciali di Dir. pen. proc.*, Ipsoa, 2011, p. 18.

⁽¹¹⁷⁾ VIGANÒ, *Fonti europee*, cit., p. 20. Sugli apporti offerti dai Protocolli n. 15 e n. 16 si sofferma UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1726 ss.

⁽¹¹⁸⁾ La tesi è esposta nitidamente da A. RUGGERI, *Rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "contro limiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Id.*, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, Giappichelli, 2012, p. 67, cit., p. 71 ss.; *Id.*, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva dell'Europa unita, in Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Esi, 2010, p. 25 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Vedi ancora RUGGERI, *Rapporti tra Corti costituzionali*, cit., p. 75. Su questi temi anche G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, www.associazionedeicostituzionalisti.it; P. OTRANTO, *Note minime sulla riscrittura del rapporto libertà-autorità nel dialogo tra le Corti*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2013, p. 719.

⁽¹²⁰⁾ POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporti tra Corte costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, 2010, spec. p. 451.

dignità ha modo di portarsi avanti e farsi valere»⁽¹²¹⁾ e i principi fondamentali espressi dagli artt. 10 e 11 Cost. costituirebbero il veicolo attraverso il quale i precetti “superordinamentali” degli artt. 2 e 3 Cost. troverebbero poi effettiva attuazione.

Si tratta di prospettazioni senz’altro utili al superamento dei tradizionali rapporti gerarchici tra le fonti, in quanto escludono la delineazione di una “scala” rigida tra disposizioni o materiali normativi concernenti i diritti e ammettono un giudizio di bilanciamento in termini di *favor rei*.

In questo modo, l’interpretazione risulterebbe «circolarmente conforme» a motivo della parità giuridica delle pretese garantistiche riconosciute e contemplate dalle diverse Carte, riconducibili al novero esiziale degli artt. 2 e 3 Cost.⁽¹²²⁾

Alla luce di quanto stabiliscono l’art. 53 sia della CEDU sia della Carta di Nizza-Strasburgo e di quanto è dato desumere dalla nostra Carta costituzionale, vista appunto nel suo fare “sistema”, anche le stesse Corti europee potrebbero ugualmente fare appello al “metacriterio” suddetto, in esso rinvenendo il fondamento dell’applicazione delle Carte di cui sono garanti in ambito interno⁽¹²³⁾.

Nel nuovo livello di tutela tutte le decisioni dovrebbero essere emesse «sempre con le salvaguardie sostanziali e processuali prescritte dal sistema dei diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti, il cui effettivo ossequio è garantito dalle Corti sovranazionali dei diritti dell’uomo e da quelle costituzionali dei singoli Stati»⁽¹²⁴⁾.

Evidentemente, ove si adottassero tali prospettive ermeneutiche, potrebbero valorizzarsi le norme interne capaci di assicurare la migliore realizzazione del diritto ritenuto violato a Strasburgo con piena soddisfazione per il soggetto ricorrente e per coloro i quali versano in identiche posizioni processuali, pure in attesa di un adeguamento strutturale da parte del legislatore che ampli gli effetti della “revisione europea”⁽¹²⁵⁾ o di interventi risolutivi a opera della Consulta.

8. EPILOGHI ALTERNATIVI CON IL “SENNO DEL POI”

Come si è osservato, tuttavia, le difficoltà di eseguire il *dictum* della Corte per la ritenuta violazione dell’art. 7 CEDU continuano a affliggere gli interpreti, accrescendo il rammarico derivante dalla mancata riconducibilità “testuale” della violazione nella vicenda Contrada nel novero dell’art. 6 CEDU: la praticabilità della “revisione europea” in relazione « ad un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie» avrebbe infatti consentito di riportarsi alle violazioni strutturali del processo, foriere di riflessi oltre il singolo caso originato dalla sentenza europea.

⁽¹²¹⁾ RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la Convenzione europea dei diritti umani ... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 486.

⁽¹²²⁾ Si fa ancora riferimento alla prospettazione di A. RUGGERI, *Rapporti tra Corti costituzionali*, cit., p. 91 ss.; TIZZANO, *Principio di effettività e unitarietà*, in *Diritto comunitario e sistema nazionale: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Esi, 2010, p. 559. In prospettiva contraria, però, v. R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2015, n. 1, p. 11, rileva come la tecnica decisoria in discorso punti ad offrire una rappresentazione “irenica” dei rapporti tra le Corti (e del “dialogo” che tra di esse si svolge), mascherando in realtà i conflitti, anche particolarmente aspri, non di rado tra le stesse insorgenti.

⁽¹²³⁾ Ancora A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Id.*, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX., Giappichelli, 2016, p. 19 ss. spec. p. 43 ss.

⁽¹²⁴⁾ G. ÜBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, cit., p. 793.

⁽¹²⁵⁾ Si veda la recente Proposta di legge n. 3009, presentata il 2 aprile 2015, a firma dell’On. le Ottobre, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (in *Atti parlamentari XVII leg.*).

Eppure, nella vicenda (o in quelle analoghe future) possono evidenziarsi lesioni del concetto di equità processuale, a esempio relativamente al diritto dell'accusato a conoscere con chiarezza la «natura e i motivi dell'accusa formulata a suo carico» ex art. 6 § 3 lett. a) CEDU, ed ex art. 111 comma 3 Cost.; diritto, questo, gravemente pregiudicato dalle fattispecie penali fluide o scarsamente connotate dal legislatore (e dalla giurisprudenza).

Invero, la tassatività del disposto penale e la "prevedibilità" del medesimo devono necessariamente saldarsi con la chiara e precisa contestazione processuale dell'addebito ⁽¹²⁶⁾, attorno alla quale deve ruotare l'oggetto di prova e garantirsi la massima esplicitazione del diritto di difesa e del "giusto processo".

La stessa giurisprudenza della Corte EDU ha spesso esaltato il diritto dell'imputato a essere informato tempestivamente e dettagliatamente tanto dei fatti materiali posti a suo carico, quanto della qualificazione giuridica ad essi attribuita ⁽¹²⁷⁾, pretendendo una risposta sui punti di fatto e di diritto in cui si articolano l'accusa o la difesa.

Le ipotizzate violazioni dell'art. 6 CEDU comprometterebbero gli atti processuali alla stregua del diritto interno e imporrebbero al giudice nazionale, nell'ambito della revisione europea, l'adozione di ogni provvedimento utile a elidere gli effetti del giudicato "ingiusto" ⁽¹²⁸⁾.

Nel novero delle suddette violazioni la dottrina più sensibile ha infatti ricondotto sia le infrazioni "probatorie", sia le infrazioni "difensive": per le prime, la condanna della Corte EDU opererebbe alla stregua di regole di valutazione della prova ⁽¹²⁹⁾, per le seconde invece, laddove non si riesca a rinvenire una espressa previsione codicistica di nullità ⁽¹³⁰⁾, sarebbe comunque consentito di superare il rigido regime interno, prospettando la diretta applicazione della stessa Convenzione con conseguente disapplicazione della norma interna contrastante.

Se questa strada non risultasse unanimemente percorribile – per le note di indirizzo discendenti dalla Corte costituzionale con le richiamate sentenze del 2007 e con i successivi aggiustamenti ⁽¹³¹⁾ – si potrebbe individuare una questione di costituzionalità della norma interna (artt. 110 e 416-bis c.p. ⁽¹³²⁾), questa volta in relazione agli artt. 429 lett. c) relativo alla

⁽¹²⁶⁾ Per CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, Giuffrè, 1961, p. 26, l'imputazione ha come logico "corollario" il contraddittorio. Secondo DOMINIONI, *Imputazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, 1970, p. 832, l'imputazione «instaura il processo fissandone l'oggetto».

⁽¹²⁷⁾ C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, loc. cit.

⁽¹²⁸⁾ Questo aveva suggerito C. cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit., p. 1535 ss.

⁽¹²⁹⁾ Si allude ai casi in cui la violazione sia consistita nell'attribuire un peso determinante alle dichiarazioni non ripetibili rese fuori dal contraddittorio con la difesa: in questa specifica ipotesi, «il giudice sembrerebbe [...] vincolato soltanto a non basare il suo convincimento in modo decisivo su quegli elementi: KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2011, n. 2, p. 10.

⁽¹³⁰⁾ Una nullità per violazione del diritto di difesa, in relazione alla formulazione delle incolpazioni rispetto ai fatti storici in essa riconducibili, potrebbe infatti derivare dall'interpretazione convenzionalmente orientata degli artt. 179, 429, 536 lett. c) c.p.p..

⁽¹³¹⁾ C. cost., sent. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349, cit., p. 3475 ss. e p. 3535 ss.; C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., p. 391.

⁽¹³²⁾ Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino, cit., ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-bis c.p., sollevata per asserito contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della Convenzione EDU. Secondo la Corte non si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì della conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c. p., la cui configurabilità trova una conferma testuale nella disposizione di cui all'art. 418, comma 1, c.p. Da ultima, Sez. I, 13 maggio 2016, n. 670, Addeo, in *www.penalecontemporaneo.it*, ha rimesso alle Sezioni unite la questione della compatibilità del concorso esterno con l'associazione a delinquere semplice.

enunciazione in forma chiara e precisa del fatto ⁽¹³³⁾, all'art. 546 lett. c) relativo all'imputazione data in sentenza, con riferimento al regime delle nullità contemplate nell'art. 181 c.p.p., per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost., con gli artt. 1, 6 e 7 CEDU, quali norme interposte.

Non consentendosi cioè al giudice di disapplicare la normativa interna eventualmente contrastante, ci si dovrebbe rivolgere alla Consulta riguardo alle norme prese in considerazione, nella parte in cui impediscono «un pieno ripristino dell'equità violata ⁽¹³⁴⁾» oltre che, nello specifico, inibiscono l'attuazione del *dictum* della Corte europea.

Vi è però – come si è già osservato – una residua possibilità di valorizzare maggiormente il dettato Convenzionale che, pur essendo sprovvisto del carattere *self-executing* proprio del diritto dell'Unione Europea, potrebbe tuttavia considerarsi alla stregua di una “norma interna” in quanto recepita con legge dello Stato ⁽¹³⁵⁾.

Interpretando convenzionalmente le disposizioni in materia di nullità, senza di per ciò stesso violare il principio di tassatività delle medesime, la CEDU e la sua lettura giurisprudenziale varrebbero così a integrare il nostro ordinamento e le violazioni della Convenzione rientrerebbero tra quei «casi previsti dalla legge» di cui all'art. 177 c.p.p. ⁽¹³⁶⁾, con la conseguenza che, soltanto nelle ipotesi di contrasto insanabile tra la normativa convenzionale e quella costituzionale, dovrebbe procedersi con l'incidente di costituzionalità ⁽¹³⁷⁾.

Infine, per le posizioni di imputati ancora *sub iudice* analoghe a quelle di Contrada, un ulteriore spunto potrebbe provenire dall'applicazione diretta da parte del giudice interno della recente Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/13/UE, dedicata al «diritto all'informazione nei procedimenti penali», che impone la garanzia della piena conoscenza dell'addebito penale all'indagato.

Ci si riferisce alla regola generale, desumibile dal combinato disposto dei §§ 1 e 4 dell'art. 6 e del Considerando n. 29, secondo cui gli Stati membri devono assicurare che alle persone indagate o imputate sia fornita un'informazione «*about the criminal act they are suspected or accused of having committed*», informazione che dovrà essere fornita tempestivamente «*and in such detail as is necessary to safeguard the fairness of the proceedings and the effective exercise of the rights of the defence*». Si deve cioè garantire un tempestivo («*in due time to allow for an effective exercise of the rights of the defence*») aggiornamento dell'informazione qualora mutino gli estremi di quella già fornita, se «ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento», vale a dire se i cambiamenti siano tali da potersi ripercuotere «in modo sostanziale sulla posizione delle persone indagate o imputate».

La Direttiva propone una nozione di “*accusation*” in linea col concetto autonomo di “*charge*” elaborato dalla Corte di Strasburgo con riguardo all'art. 6 comma 1 CEDU ⁽¹³⁸⁾, con un

⁽¹³³⁾ Sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 50098, Volpe, in *C.E.D. Cass.*, n. 257910; Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2015, n. 9659, Sarno, *ivi*, n. 262500.

⁽¹³⁴⁾ In questi termini KOSTORIS, *La revisione*, cit., p. 12; analogamente GRASSO e GIUFFRIDA, *L'incidenza*, cit., p. 14.

⁽¹³⁵⁾ Si vedano le notazioni MALFATTI, *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile “revisione” del giudicato interno*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2011, n. 4, p. 11.

⁽¹³⁶⁾ Così, in particolare, IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione*, cit., p. 815; VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola*, in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 1, 2014, p. 256.

⁽¹³⁷⁾ GRASSO e GIUFFRIDA, *L'incidenza*, cit., p. 16.

⁽¹³⁸⁾ Sulla nozione di accusa da intendersi in senso autonomo, sostanziale (e non formale) in quanto notificazione ufficiale da parte dell'autorità competente del rimprovero di avere commesso un'infrazione penale: C. eur. dir. uomo, 27 marzo 1982, Adolf c. Austria, § 30; C. eur. dir. uomo, 27 febbraio 1980, Dewer c. Belgio; C. eur. dir. uomo, 8 giugno

duplice livello di informazione sull'addebito: una prima e immediata informazione sul fatto di reato, che deve essere dettagliata in modo da assicurare l'esercizio di difesa e la complessiva *fairness* processuale⁽¹³⁹⁾, e un'informazione sull'accusa, da fornire al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione in sede processuale. Tale informazione deve racchiudere la natura e qualificazione giuridica del fatto, nonché la natura della partecipazione del singolo imputato all'illecito penale.

Si è così potenziato il diritto al contraddittorio nella fase preliminare mediante un'informazione che, a seconda dell'evoluzione del procedimento, ben può raggiungere i livelli di completezza richiesti dall'art. 6 comma 3 Direttiva 2012/13/UE⁽¹⁴⁰⁾, così come recepita dal d.lg. 1° luglio 2014, n. 101.

La fonte normativa dell'Unione potrebbe essere invocata dal giudice interno, qualora si riscontrassero *deficit* informativi in termini di chiarezza e precisione della contestazione della fattispecie penale di concorso esterno, realizzando il c.d. principio di equivalenza ex art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Una regola, questa, che impone la salvaguardia dei menzionati diritti fondamentali⁽¹⁴¹⁾ non solo attraverso la configurazione che essi ricevono dalle norme "euro-unitarie", ma anche per effetto delle declinazioni fornite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel diritto internazionale e nei singoli ordinamenti statali⁽¹⁴²⁾, con una parallela valutazione in concreto dei migliori *standard* di garanzia nelle triangolazioni euro-unitarie, convenzionali, nazionali⁽¹⁴³⁾.

1976, Engel c. Paesi Bassi, § 81, tutte rinvenibili in *www.echr.coe.int*. Sul punto, UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, II ed., Cortina, 2009, p. 27.

⁽¹³⁹⁾ Per un'analisi di questo provvedimento normativo cfr. S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, 2015, p. 81 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'unione europea*, in *www.penalcontemporaneo.it*, p. 15 ss. Tale informazione, seppur dotata del necessario tecnicismo, deve comunque essere assicurata in una lingua "accessibile" all'indagato in modo da garantire l'esercizio del diritto di difesa e la *fairness* del procedimento.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti*, cit., p. 1728; RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 3 ss., si interroga correttamente sulla soccombenza di eventuali disposizioni interne (anche costituzionali), che prevedano tutele più intense, ogni qual volta venga in considerazione una materia riconducibile alle competenze dell'UE. In tema, pure, CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 46.

⁽¹⁴²⁾ Principi cui l'Unione "aderisce" in base all'art. 6, § 2, TUE. Secondo gli artt. 6 § 3, 4 § 2 TUE, nonché l'art. 53 CEDU, nessuna prescrizione convenzionale potrebbe «essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi» (come, per l'appunto, il diritto dell'Unione).

⁽¹⁴³⁾ Così CAIANELLO, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *www.penalcontemporaneo.it*, p. 19. Il principio di equivalenza, previsto dagli art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'art. 53 CEDU, impone una "triangolazione" delle modalità di tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie processuali.

