21767-19

REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

[redacted]

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte di appello di Caltanissetta ha rigettato la richiesta, proposta nell'interesse di Stefano Genco, di revisione della sentenza della Corte di Assise di Palermo del 15 febbraio 1999 (divenuta irrevocabile il 13 giugno 2000), con la quale il predetto era stato condannato per

il reato di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., commesso fino al 5 febbraio 1994, alla pena di anni quattro di reclusione.

Da quanto emerge dalle sentenze di merito, il Genco, imputato del reato di partecipazione a "Cosa nostra" sino al 5 febbraio 1994, era stato condannato per il reato di concorso esterno nella suddetta associazione, in quanto ritenuto importante personaggio esterno ad essa, avendo realizzato vari contributi apprezzabili per la sua esistenza.

1.1. Nella richiesta il condannato aveva invocato l'applicazione dell'ipotesi di revisione risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU.

In particolare, l'istante aveva basato la richiesta di revisione sulla sentenza della Corte EDU, pronunciata nel caso Contrada contro Italia del 14 aprile 2015, che aveva accertato la violazione dell'art. 7 CEDU in relazione ad un processo che aveva portato alla condanna di un imputato per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa commesso tra il 1979 e il 1988, in quanto all'epoca in cui era stato commessi i fatti tale reato «non era sufficientemente chiaro e prevedibile» per quest'ultimo, che non poteva quindi «conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità derivante dagli atti da lui compiuti».

Il richiedente aveva posto in evidenza che la Corte EDU aveva operato un'analisi della giurisprudenza interna in ordine all'elaborazione del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, pervenendo alla conclusione che solo con la sentenza delle Sezioni Unite del 5 ottobre 1994 per la prima volta erano stati superati i contrasti in ordine alla esistenza di tale reato con la definitiva ammissione della sua configurabilità giuridica nell'ordinamento giuridico nazionale.

Pertanto, aveva sostenuto che qualsiasi condanna per concorso esterno in associazione mafiosa commesso anteriormente all'ottobre 1994 risultava censurabile alla stregua dell'art. 7 CEDU, per la violazione del principio ivi sancito dell'irretroattiva della norma penale incriminatrice.

Si era sostenuto al riguardo che la indicata pronuncia della Corte EDU aveva ravvisato la mancanza di una base legale della condanna a causa del difetto di prevedibilità (o riconoscibilità) del precetto in senso obiettivo ed impersonale, quale vizio di tipo sistemico dell'ordinamento nazionale, non suscettibile quindi di valutazioni caso per caso. Opinando diversamente, lo Stato italiano sarebbe ricaduto in una nuova violazione dell'art. 7 CEDU, analoga a quella già

riscontrata nel caso Contrada, alla quale si affiancherebbero le ulteriori violazioni degli artt. 6 e 13 della stessa Convezione (l'istante si vedrebbe sottoposto illegittimamente ad un nuovo accertamento in sede di revisione sulla sua responsabilità penale non richiesto dalla Corte EDU e risulterebbe privo di rimedi effettivi per far valere il riscontrato difetto di tipo sistemico).

Nella richiesta era comunque evidenziato che nel caso in esame sussisteva anche in concreto quel "*deficit di prevedibilità degli effetti della propria condotta*" per difetto di accessibilità al precetto, dovuta all'oscurità del medesimo, idoneo ad assumere rilevanza ai sensi dell'art. 7 CEDU e ad imporre la riapertura del processo: dagli atti non era invero emerso alcun indizio da cui potesse desumersi che il condannato fosse stato in grado di "prevedere" il portato decisorio delle Sezioni Unite e apprezzare anticipatamente la natura illecita delle condotte tenute (su tale questione il richiedente aveva anche presentato nel procedimento di revisione una memoria difensiva).

Secondo l'istante, non era da ritenersi di ostacolo all'applicazione del rimedio della revisione la circostanza che la sentenza della Corte EDU alla quale conformarsi riguardasse un soggetto diverso da quello promotore del giudizio davanti alla suddetta Corte.

A tal fine erano richiamate varie pronunce della Corte costituzionale, nelle quali era stato ribadito l'obbligo del giudice nazionale di evitare «in prima battuta» le violazioni della CEDU, applicandone le disposizioni sulla base anche dei principi espressi dalla stessa Corte EDU in suoi precedenti giurisprudenziali (Corte cost. nn. 68 e 109 del 2017; n. 49 del 2015; n. 349 del 2007).

Il richiedente aveva altresì evidenziato che già la Corte di cassazione (Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861; alla quale si era allineata Sez. 1, n. 53610 del 10/04/2017, Gorgone, non mass.) aveva ritenuto applicabile il rimedio della revisione per conformarsi al *dictum* della Corte EDU sul caso Contrada in relazione a procedimenti diversi da quello oggetto del pronunciamento del giudice europeo. Non risultava invece ostativo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte in tema di revisione volto ad escludere l'estensione delle pronunce della Corte EDU a casi diversi, trattandosi di casi violazioni di tipo processuale della CEDU.

Nel caso che non fosse stata ritenuta percorribile la via della revisione europea per i limiti soggettivi ora indicati, il richiedente aveva infine prospettato di rimettere alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la legittimazione a chiedere la revisione per conformarsi ad una pronuncia della Corte EDU a colui che sia rimasto estraneo al procedimento in sede europea.

1.2. La Corte di appello riteneva la richiesta di revisione ammissibile, in quanto, come affermato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 44193 del 2016, la revisione c.d. "europea" doveva ritenersi applicabile per denunciare le violazioni della CEDU riscontrabili nei giudizi definiti con sentenza irrevocabile, non solo in tema di equo processo (come si era verificato nel caso deciso dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 113 del 2011), ma per violazioni di tipo sostanziale, come quelle dell'art. 7.

Pertanto, secondo la Corte di appello, il rimedio straordinario poteva essere utilizzato anche per rimuovere un vizio dell'accertamento sostanziale della responsabilità non assoluto, ma che comporti la necessità di un apprezzamento discrezionale con un nuovo giudizio.

Ciò premesso, la Corte riteneva tuttavia la richiesta infondata.

Rilevava che, come evidenziato anche dalla sopra citata pronuncia della Corte di cassazione n. 44193 del 2016, il solo dato della commissione del fatto prima della sentenza Delle Sezioni Unite Demitry non comportasse *ipso facto* la violazione dell'art. 7 CEDU, dovendosi comunque valutare la concreta vicenda processuale, la condizione soggettiva dell'imputato al momento del fatto, le modalità di esercizio della difesa durante il processo interno.

Secondo la Corte di appello, andava inoltre considerato che numerose sentenze della Corte di cassazione avevano affermato che la decisione sul caso Contrada non poteva spiegare effetti generali nell'ordinamento italiano e che comunque si era oramai consolidato l'orientamento che evidenziava come tale sentenza muovesse dall'erroneo presupposto (in quanto non contrastato da parte del Governo italiano) che il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa fosse di "creazione giurisprudenziale" per le condotte antecedenti al 1994. In tale prospettiva, andava escluso che la sentenza Contrada avesse fatto emergere un reale *deficit* sistemico nell'ordinamento penale nazionale.

La Corte territoriale poneva in luce altresì, relativamente alla posizione del Genco, che al predetto erano state originariamente contestate, sotto la previsione dell'art. 416-*bis* cod. pen., varie condotte di agevolazione di affari illeciti in favore di personaggi mafiosi, e che ciò che non poteva essere prevedibile in quel contesto giurisprudenziale fosse soltanto la punibilità del suo comportamento sotto la previsione delle due fattispecie alternative (art. 416-*bis* o artt. 110 e 416-*bis* cod. pen.), dalle quali peraltro non scaturiva alcun apprezzabile differenza in tema di trattamento sanzionatorio.

2. Avverso la suddetta sentenza, ha proposto ricorso per cassazione Stefano Genco, denunciando, a mezzo di difensore, i motivi di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173, disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Violazione dell'art. 630 cod. proc. pen., quale risultante dall'intervento della Corte costituzionale (sent. n. 113 del 2011), e vizio di motivazione.

La Corte di appello, pur ritenendo l'istanza ammissibile, così espressamente richiamando quanto affermato dalla Corte di cassazione Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, avrebbe finito poi per discostarsi da tale pronuncia (condivisa anche Sez. 1, n. 53610 del 10/04/2017, Gorgone, non mass.), che aveva ravvisato nella sentenza della Corte EDU, Contrada contro Italia, un profilo generalista, estensibile quindi anche a casi diversi, riguardante il contrasto giurisprudenziale sulla esistenza della fattispecie legale, indicando le condizioni per ravvisare nel caso concreto il *deficit* di prevedibilità degli effetti della condotta, allineandosi invece ad altre pronunce della stessa Corte di legittimità (Sez. 2, n. 40889 del 20/06/2017, Cariolo, Rv. 271197; Sez. 1, n. 8661 del 12/01/2018, Esti, Rv. 272797), che in alcuni *obiter* si erano espresse in senso contrario in relazione a procedimenti di natura diversa, segnatamente di esecuzione.

In tal modo, la Corte territoriale avrebbe omesso di attivare il meccanismo di revisione "europea", disapplicando automaticamente la sentenza Contrada e non verificando la sovrapponibilità della posizione dell'istante con quella del Contrada.

La Corte di appello avrebbe in realtà riesaminato la sentenza della Corte EDU, in modo eccentrico, irrituale e superfluo rispetto al tema della revisione, che doveva riguardare la resistenza della sentenza di condanna allo *jus superveniens* derivante dalla fonte europea.

Se la Corte di appello avesse ritenuto non sussistente il presupposto a monte per la revisione, avrebbe dovuto coerentemente dichiarare inammissibile la stessa istanza.

2.2. Violazione degli artt. 125 e 630 cod. proc. pen. e vizio di motivazione, con riferimento in particolare alla sentenza del 2015 della Corte EDU.

La Corte di appello avrebbe disatteso, senza una specifica confutazione, le argomentazioni espresse nell'istanza di revisione in ordine alla portata della sentenza della Corte EDU nel caso Contrada contro Italia, come riconosciuta anche dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 44193, ovvero in ordine all'esistenza nell'ordinamento italiano di un difetto sistemico di prevedibilità in senso obiettivo della fattispecie legale prima della sentenza Demitry del 1994.

La Corte di appello si sarebbe infatti affidata ad alcuni *obiter* espressi dalla Corte di legittimità, senza tuttavia fornire spiegazione dei motivi del contrasto della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada con i principi del sistema italiano.

Inoltre, una volta ravvisata la frizione tra la sentenza europea e i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, la Corte di appello avrebbe dovuto conseguentemente azionare i "contro limiti" (come affermato dalla Corte cost. nella sentenza n. 348 del 2007), investendo della questione la Corte costituzionale.

E' significativo a tal riguardo che la stessa Corte di cassazione con la sentenza Sez. 1, n. 43112 del 06/07/2017, Contrada, si è pienamente conformata *dictum* della sentenza della Corte EDU.

2.3. Violazione degli artt. 629 e 630 cod. proc. pen., art. 5 cod. pen. e vizio di motivazione.

La Corte di appello, anziché verificare, in conformità all'art. 7 CEDU, la prevedibilità in capo all'istante del precetto penale, avrebbe sbrigativamente liquidato la questione, ritenendo sufficiente constatare che il predetto era stato condannato dopo tre gradi di giudizio.

Nel caso in esame, proprio la descrizione delle condotte addebitate al ricorrente (mere frequentazioni con il cugino e contiguità con soggetti mafiosi o comunque comportamenti contestati in termini generici) escludevano la prevedibilità di una loro rilevanza penale.

Sotto altro verso, la Corte di appello, indipendentemente dalla efficacia *erga omnes* della sentenza della Corte EDU, avrebbe comunque dovuto prendere in considerazione l'effetto che nell'ordinamento interno hanno gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti ai fini dell'art. 5 cod. pen.

2.4. Vizio di motivazione con riferimento in particolare alla sentenza del 2015 della Corte EDU.

Nell'istanza di revisione era stato rappresentato che il *dictum* della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada – ovvero il principio di irretroattività della norma penale - era espressione di un diritto consolidato della giurisprudenza europea, come riconosciuto anche dalla citata sentenza della Suprema Corte n. 44193.

Inoltre, andava considerato che le pronunce della Corte EDU non devono essere applicate nel solo procedimento per il quale sono state pronunciate, avendo la Corte costituzionale più volte affermato che è obbligo del giudice nazionale applicare "in prima battuta" le norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Da ultimo, la stessa Corte EDU, nella sua massima espressione, ha affermato che le sue decisioni hanno tutte natura vincolante e autorità interpretativa, indipendentemente dal loro carattere o meno consolidato.

Tutte queste questioni non sono state esaminate dalla Corte di appello che si è limitata ad escludere la rilevanza *erga alios* della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada, senza considerare la portata dei principi in essa affermati.

2.5. Violazione degli artt. 117 Cost. e 32 CEDU e vizio di motivazione con riferimento in particolare alla sentenza del 2015 della Corte EDU.

La Corte di appello, nel disconoscere efficacia nell'ordinamento interno della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada, quanto al rilevato *deficit* sistemico dell'ordinamento penale, avrebbe di fatto violato l'art. 32 CEDU che affida in via esclusiva e vincolante per gli Stati alla Corte EDU tutte le questioni relative all'applicazione e l'interpretazione della stessa Convenzione.

Ai giudici nazionali, tenuti all'interpretazione "conforme", non sarebbe consentita infatti alcuna rivisitazione critica dei *dicta* della Corte europea, come affermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015.

2.6. Violazione degli artt. 3, 24, 97, 111 e 117 Cost. e 13, 14 CEDU e vizio di motivazione con riferimento in particolare alla sentenza del 2015 della Corte EDU.

Nella disapplicazione della sentenza Contrada, la Corte di appello sarebbe venuta meno anche all'obbligo che incombe sul giudice nazionale di evitare nuove analoghe violazioni della CEDU, indipendentemente dalla circostanza che la vittima abbia adito la Corte EDU.

3. Il ricorrente ha chiesto in conclusione che sia rimessa alle Sezioni Unite la decisione del ricorso, risultando oggetto di contrasto tre questioni di rilevanza nel caso in esame: la portata generale della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada, l'applicabilità *erga alios* della revisione europea e lo strumento azionabile da parte dei "fratelli minori" per giovarsi di sentenze della Corte EDU che accertino violazioni di diritto sostanziale.

Ha fatto presente altresì che, nel caso in cui la Suprema Corte, a sezioni unite o semplici, dovesse ritenere non percorribili la via della revisione come quella dell'incidente di esecuzione per consentire ai "fratelli minori" di giovarsi di una sentenza della Corte EDU, andrà sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen., in considerazione della gravissima discriminazione ai danni di coloro che si vedrebbero così privati di tutti i rimedi interni per ottenere la conformazione dell'ordinamento nazionale alle statuizioni della Corte EDU.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che il ricorso prospetti una serie di questioni sulle quali la giurisprudenza di questa Corte ha fornito risposte non sempre univoche, offrendo soluzioni spesso contrastanti tra loro.

Il tema principale oggetto del ricorso attiene alla questione controversa sulla portata ed estensione *erga alios* della sentenza del 2015 della Corte EDU sul caso Contrada contro Italia.

Tale tema si viene ad innestare problematicamente in quello generale degli effetti *erga alios* delle pronunce della Corte EDU che accertino un difetto strutturale dell'ordinamento penale italiano rispetto ai principi sanciti dalla CEDU e in particolare dei rimedi utilizzabili da coloro che intendono far valere un siffatto difetto che abbia attinto una sentenza di condanna oramai coperta da giudicato.

2. L'analisi giurisprudenziale deve necessariamente muovere dall'esame della sentenza europea invocata dal ricorrente.

Come è noto, con la sentenza del 14 aprile 2015, la Corte europea ha deciso il ricorso proposto da Bruno Contrada contro lo Stato Italiano e nel quale era stata dedotta la violazione dell'art. 7 CEDU in relazione alla condanna pronunciata nei suoi confronti per il reato di «concorso esterno in associazione di tipo mafioso», in quanto lo stesso sarebbe stato il «*risultato di una evoluzione della giurisprudenza successiva all'epoca dei fatti di causa*» (nella specie, commessi tra il 1979 e 1988). "*Tenuto conto delle divergenze giurisprudenziali sull'esistenza di detto reato, il ricorrente non avrebbe potuto prevedere con precisione la qualificazione giuridica dei fatti che gli erano ascritti e, di conseguenza, la pena che sanzionava le sue condotte*" (§ 32).

La Corte EDU, nell'esaminare l'evoluzione della giurisprudenza nazionale riguardante tale fattispecie di reato e pur avendo preso atto della presenza nell'ordinamento nazionale di una norma generale sul concorso di persone nel reato, ha rilevato criticamente la presenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sino al 1994 sulla "esistenza" di un simile reato, risolto solo con l'intervento della sentenza delle Sezioni Unite Demitry del 5 ottobre 1995 (corroborato da successive pronunce delle Sezioni Unite), che aveva ammesso implicitamente l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione mafiosa nell'ordinamento giuridico interno.

In punto di ricevibilità del ricorso, la Corte ha osservato che il ricorrente aveva sollevato la questione della prevedibilità della norma penale sia in appello sia con ricorso per cassazione.

Quanto al merito, la Corte di Strasburgo, dopo aver richiamato i principi consolidati in tema dei requisiti della legge penale (tra i quali quello di definire chiaramente i reati e le pene), ha verificato se al momento dei fatti esistesse "una base legale" rispondente a tali requisiti per poter pronunciare nei confronti del ricorrente una condanna e infliggergli una pena.

Il punto di partenza dell'analisi della Corte, è che non fosse "*oggetto di contestazione tra le parti*" il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisse un reato di "*origine giurisprudenziale*" (§ 66).

In tal senso peraltro deponeva, secondo la Corte, anche la stessa sentenza di primo grado, che aveva dato atto di approcci giurisprudenziali divergenti, oltre che la rassegna di giurisprudenza indicata dalle parti che dimostrava la comparsa per la prima volta solo nel 1987 in sede di legittimità di tale reato (la più risalente giurisprudenza citata dal Governo in ordine ad altre figure di reato è stata ritenuta irrilevante stante la differenza "nella sostanza" delle fattispecie) e l'esistenza di approdi esegetici contrastanti sino al 1994, quando la giurisprudenza aveva «*finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno*».

Ebbene, la Corte europea ha rilevato che i giudici di merito che avevano giudicato il ricorrente avevano richiamato a fondamento della configurabilità del reato di concorso esterno proprio le sentenze emesse dalle Sezioni tra il 1994 e il 2005, tutte successive ai fatti ascritti al ricorrente, non pronunciandosi viepiù sulla questione, pur sollevata dal ricorrente in più gradi, della prevedibilità della legge penale.

In queste circostanze, la Corte ha concluso:

- il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry;

- all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era pertanto sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo;

- il ricorrente non poteva dunque conoscere la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti;

- vi erano elementi sufficienti per concludere che vi era stata violazione dell'art. 7 della Convenzione.

Quanto alle conseguenze della constatazione, la Corte si è limitata ad accordare al ricorrente una somma a titolo di danno morale, rigettando le altre richieste riparatorie indicate dal medesimo (ricostruzione della carriera e risarcimento del relativo danno patrimoniale).

Lo stato dell'esecuzione della suddetta sentenza, divenuta definitiva il 14 settembre 2015, è rinvenibile nel sito web del Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, dove significativamente la pronuncia è classificata come "*leading case*" (ovvero uno di quei casi, che, in base alla valutazione diretta della Corte o di quella del Comitato dei Ministri in sede di esecuzione, rivelano nuovi problemi strutturali o sistemici e che richiedono l'adozione di misure generali per prevenire analoghe violazione nel futuro).

Si dà atto in particolare che la Corte di cassazione il 7 luglio 2017 ha annullato la condanna del ricorrente ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen. e che un "bilancio di azione" è stato sottoposto dal Governo italiano il 12 aprile 2018 ed è ancora in corso di valutazione.

Nel documento presentato dal Governo italiano, pubblicato sul suddetto sito, è evidenziato che il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU aveva richiesto con nota dell'8 febbraio 2018 informazioni sullo stato dell'adozione di "misure generali", posto che aveva ricevuto recentemente la comunicazione di un nuovo ricorso vertente sulla medesima questione (l'affaire Dell'Utri), che rendeva concreto il rischio di ricorsi ripetitivi.

La risposta del Governo, nel senso della non necessità di misure generali, si basa sui seguenti argomenti:

- la decisione della Corte europea sul caso Contrada non è una sentenza "pilota" nè la Corte europea ha fatto indirettamente riferimento ad un problema strutturale del sistema penale italiano e tantomeno ha chiesto l'adozione di misure da eseguire neppure individuali, oltre al pagamento del risarcimento del danno morale;

- il sistema italiano si basa sul principio costituzionale della legalità della pena e della riserva di legge, non potendo pertanto la giurisprudenza creare nuove norme incriminatrici, ma solo interpretarle secondo tradizionali principi esegetici ben determinati;

- il principio della prevedibilità della natura penale della propria condotta è riconosciuto dal sistema italiano, secondo i canoni fissati dall'art. 5 cod. pen., come interpretato dalla Corte costituzionale;

- la presentazione di un analogo ricorso non poteva essere considerato come rivelativo di un problema strutturale dell'ordinamento italiano;

- il sistema interno in generale offre comunque rimedi per coloro che si trovino in una situazione identica a quella che ha dato luogo alla constatazione della violazione da parte della Corte EDU (già sperimentati con successo in altri casi, quali quello Lorefice e Scoppola), in quanto sulla base dei principi elaborati dalla Corte costituzionale (sent. n. 201 del 2013, n. 49 del 2015, n. 57 del 2016) e dalla Corte di cassazione, in presenza di una violazione in materia

penale che riveli l'esistenza di un problema strutturale del sistema legale interno, gli interessati possono a), se l'applicazione della sentenza della Corte EDU non ha conseguenze obbligatorie o predeterminate nel sistema interno, richiedere la riapertura del processo, con il rimedio della revisione; b), se l'applicazione della sentenza CEDU non richiede la riapertura del processo, chiedere l'intervento del giudice dell'esecuzione con un "incidente di esecuzione"; in entrambi i casi, se la violazione è la conseguenza di una disposizione di legge, il giudice deve chiedere alla Corte Costituzionale di dichiarare incostituzionale questa norma ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

In conclusione, il Governo ha chiesto che la questione sia riesaminata dalla Corte EDU, posto che la sentenza sul caso Contrada era il frutto tanto di un errore di fatto - ovvero l'affermazione che il Governo non avesse contestato che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisse un reato di "*origine giurisprudenziale*" - quanto di un errore di diritto - in ordine alla mancata valutazione delle regole in materia di concorso di persone nel reato e alla adozione di una nozione di prevedibilità ampia suscettibile di vanificare le disposizioni penali.

3. La questione dell'estensione *erga alios* degli effetti della sentenza sul caso Contrada si snoda necessariamente da un lato attraverso i principi affermati dalla giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità sul tema della dell'efficacia espansiva delle sentenze della Corte EDU (ovvero della sorte dei cosiddetti "figli di un dio minore", come autorevolmente definiti dalla dottrina), e dall'altro sulla singolarità della pronuncia stessa, quanto ai *deficit* sistemici riscontrati dalla Corte di Strasburgo.

4. In ordine al primo aspetto, l'analisi non può che muovere dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, che, se pur relativa al tema degli effetti delle pronunce emesse dalla Corte EDU nei confronti del ricorrente risultato vittorioso, rappresenta il passaggio necessario per affrontare la *quaestio iuris* in esame.

Come evidenziato dalla Consulta, l'obbligo dell'Italia, come stato contraente, di conformarsi alle sentenze definitive emesse dalla Corte EDU all'esito di controversie di cui essa è parte, derivante dall'art. 46 CEDU («*le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*»), implica necessariamente la messa in discussione del giudicato formatosi nell'ambito del procedimento giudiziario nazionale attinto dalla constatata violazione della Convenzione, posto che è

condizione di ammissibilità del ricorso l'esaurimento dei rimedi interni e quindi la definizione del procedimento interno con decisione irrevocabile (art. 35 CEDU).

Con la citata pronuncia la Corte costituzionale ebbe ad occuparsi degli strumenti accordati dall'ordinamento nazionale per rendere eseguibile una condanna pronunciata dalla Corte EDU nella quale fosse stata accertata la violazione dei principi in tema di equo processo.

Strumenti che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, in assenza di alcuna indicazione convenzionale sulle modalità con cui gli Stati dovevano riparare alla violazione intervenuta, dovevano comunque essere tali da "rimuovere" le conseguenze dell'accertata violazione, sia attraverso l'adozione di misure individuali o, se del caso, generali: ovvero idonee a porre la vittima, per quanto possibile, «*in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza*» della Convenzione (in tal senso, veniva richiamata, tra le tante, Grande Camera, sent. 17/09/2009, Scoppola contro Italia, § 151). Misure individuali che laddove non già disponibili nel diritto nazionale devono essere necessariamente previste dallo Stato contraente nella legislazione interna, così da «*eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente*» (Corte EDU, Grande Camera, sent. 17/09/2009, cit., § 152).

Nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione nell'ambito di un processo penale, le istanze europee avevano identificato nella «riapertura del processo» ovvero in un nuovo processo, su istanza dell'interessato, il meccanismo più consono al raggiungimento di tale effetto restitutorio.

Si trattava in sostanza di rimediare, oltre ai limiti del giudicato (tradizionalmente insuperabile con riguardo agli errori procedurali) ad un processo non equo non necessariamente conducente ad un giudizio assolutorio (il nuovo processo ben avrebbe potuto concludersi con una nuova condanna, nei limiti del divieto della *reformatio in peius*), finalità alla quale mal si attagliavano, secondo il Giudice delle leggi, i rimedi disponibili dall'ordinamento nazionale.

In particolare, era stato ritenuto inidoneo dalla Corte costituzionale l'istituto dell'incidente di esecuzione regolato dall'art. 670 cod. proc. pen., posto che esso veniva a "congelare" il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo eliminava, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di "limbo processuale" e soprattutto, non fornendo risposta all'esigenza primaria della riapertura del processo, in condizioni che consentissero alla vittima il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione. Al pari appariva impraticabile quello della revisione così come disegnata dal codice, stante le ipotesi ivi previste (comunque tutte condizionate all'esito prefigurato di proscioglimento del

condannato), che peraltro risultava quello più assonante a consentire, attraverso la riapertura del processo, la ripresa delle attività processuali in sede di cognizione.

In tale contesto, si è collocata la pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen.

La Corte costituzionale ha ritenuto che l'istituto della revisione (astrattamente ritenuto l'unico più idoneo allo stato della normativa vigente per rimediare alla violazione riscontrata) dovesse invero consentire la riapertura del processo (funzionale sia alla rinnovazione di attività già espletate sia a quella integrale del giudizio) se ritenuta "necessaria", ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. A tal fine la necessità di un siffatto rimedio doveva essere apprezzata dal giudice nazionale sia in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata sia delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si trattava.

Dunque, secondo la Consulta, poteva esserci casi in cui la nuova celebrazione del processo non era richiesta necessariamente per l'esecuzione della sentenza europea, risultando sufficiente, per esempio, intervenire sul solo titolo esecutivo.

L'ampiezza del dispositivo della sentenza n. 113 del 2011 fa poi ritenere il rimedio forgiato dalla Corte costituzionale non limitato soltanto alla tipologia di violazioni dell'equo processo (consentire alla "vittima" di una violazione convenzionale, accertata da una sentenza definitiva della Corte EDU, la riapertura al processo, quando ciò sia "necessario", ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, per «conformarsi» a quanto stabilito nella sentenza stessa), ben potendo anche una violazione che attiene al diritto sostanziale richiedere, per essere riparata, un'ulteriore attività cognitiva del giudice.

Quel che sembra invece il tratto essenziale del nuovo strumento è che lo stesso venga azionato dai soggetti che hanno adito vittoriosamente la Corte di Strasburgo, come di recente la stessa Corte costituzionale ha ribadito (sent. n. 123 del 2017), evidenziando che nei loro confronti è stato riconosciuto l'esistenza dell'obbligo convenzionale di conformarsi ad una sentenza della Corte EDU.

5. Sulla necessità o meglio sulla automaticità della riapertura dei processi oramai definiti è ritornata la Corte costituzionale con la recente sentenza n. 93 del 2018, in cui, se pur in altra materia, ha ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la riapertura dei processi interni, finanche quelli penali, a seguito di sopravvenute sentenze della Corte EDU di

accertamento della violazione di diritti convenzionali, "non è un diritto assicurato" dalla Convenzione.

La Corte costituzionale ha fatto riferimento in particolare alla sentenza della Corte EDU (Grande Camera, 11/07/2017, Moreira Ferreira contro Portogallo) in un caso in cui la vittima di una violazione dell'art. 6 CEDU, già accertata della Corte di Strasburgo, non aveva potuto ottenere la riapertura del processo nazionale (pur se prevista dal sistema interno).

I principi affermati dalla Corte EDU nella citata sentenza e in quelle da ultimo emesse (in particolare, sent. 22/02/208, Drassich contro Italia) sul tema della esecuzione delle sue sentenze che dichiarano la constatazione di una violazione convenzionale erano i seguenti:

- le Parti contraenti con la Convenzione si sono impegnate a conformarsi alle sentenze della Corte nelle controversie alle quali sono parti;

- il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è incaricato di sorvegliarne l'esecuzione;

- la Corte non è competente a ordinare, in particolare, la riapertura di una procedura;

- sussistono peraltro "circostanze eccezionali" in cui il riesame di una causa o la riapertura dei procedimenti penali risulta essere il mezzo più efficace, se non addirittura l'unico (e ciò quando la vittima continui a soffrire conseguenze negative molto serie a causa della decisione interna, che non possono essere adeguatamente rimosse attraverso l'equa soddisfazione), per realizzare la *restitutio in integrum*, vale a dire ripristinare alla parte lesa, per quanto possibile, la situazione in cui si trovava prima della violazione della Convenzione;

- la Corte può pertanto, soprattutto in presenza di una violazione dell'art. 6 CEDU, indicare che un nuovo processo o la riapertura della procedura, su richiesta dell'interessato, costituiscono in linea di principio un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata;

- non spetta alla Corte indicare le modalità e la forma di un nuovo eventuale processo, restando lo Stato convenuto libero di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo di porre il ricorrente in una situazione il più possibile equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata inosservanza delle esigenze della Convenzione, a condizione che questi mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte e con i diritti della difesa.

6. Dalla sentenza di condanna pronunciata dalla Corte europea possono discendere, in ragione del vizio accertato, effetti destinati a riflettersi anche su soggetti che si trovino in posizione analoga al ricorrente vittorioso.

Sul tema devono essere rammentati i principi espressi dalla Corte costituzionale sulla portata delle sentenze emesse dalla Corte EDU.

Si è osservato che la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo, pur restando sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata, può assumere infatti un valore generale e di principio (sent. n. 236 del 2011).

Quale sia la effettiva portata dei principi in essa espressi resta un compito affidato alla stessa Corte europea - cui compete di pronunciare la "parola ultima" (sent. n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU, conferendo ad essa una «funzione interpretativa eminente» (sentenza n. 348 del 2007) - ma in ordine al quale i giudici nazionali non sono meri ricettori passivi, non potendo spogliarsi della funzione che loro assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost. anche per le norme della CEDU (sent. n. 49 del 2015).

Certamente, il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata (sent. n. 210 del 2013). Ma quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, deve restar fermo che «l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri» (sent. n. 349 del 2007), i quali non possono ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione (sent. n. 49 del 2015).

Invero, ben può accadere che non si sia in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011). Il che si verifica quando la pronuncia non sia espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea (sent. n. 49 del 2015).

Pertanto, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea anche sotto forma di sentenza pilota, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo.

Tra i vari indici che possono rivelare che un certo orientamento non abbia maturato un adeguato consolidamento, la Corte costituzionale annovera significativamente anche il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale (sent. n. 49 del 2015).

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi sarebbe, secondo la Corte costituzionale, alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione» ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011).

Alla suddetta nozione di «diritto consolidato» quale requisito decisivo affinché la giurisprudenza della Corte europea possa assumere rilievo ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., la Consulta ha costantemente fatto rinvio in successive pronunce (n. 187 del 2015, n. 36 del 2016, n. 102 del 2016, n. 200 del 2016, n. 43 del 2018, n. 66 del 2019).

La Corte costituzionale (sent. n. 49 del 2015) ha evidenziato, proprio confrontandosi con una sentenza della Corte EDU sul tema del principio di legalità, che, nel progressivo adeguamento alla CEDU, non esiste alcun automatismo, stante, nell'ordinamento nazionale, il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», in quanto, oltre alla parametro di illegittimità costituzionale della norma interna che deve rinvenirsi in pronunce della Corte EDU costituenti un «approdo giurisprudenziale stabile» o un «diritto consolidato», va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa - o comunque non necessariamente convergente - rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU. Bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro.

7. La portata della sentenza n. 49 del 2015 va peraltro correlata alla successiva sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 28/06/2018, G.I.E.M. ed altri contro Italia, che, richiamando espressamente i principi interpretativi indicati dalla pronunzia costituzionale, ha inteso decisamente affermare che "*le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate*".

In senso apertamente e fortemente critica alla sentenza n. 49 del 2015, è poi da registrate la opinione del Giudice Pinto de Albuquerque, allegata alla sentenza della Corte EDU, che ha sottolineato la rilevanza del principio in essa espressa dell'«autorità interpretativa» di «tutte» le sentenze della Corte stessa e quindi l'erroneo fondamento teorico enunciato dalla sentenza costituzionale (la nozione di diritto consolidato quale unico diritto vincolante), soprattutto là dove si debbano apprezzare e disposizioni inderogabili quali l'art. 7 CEDU.

Secondo il Giudice Pinto, la nozione di «diritto non consolidato» si presterebbe viepiù a creare una situazione di pericolosa incertezza giuridica, alla luce dei non condivisibili e vaghi criteri esegetici indicati dalla Consulta per la sua individuazione, con l'effetto di conferire all'interprete un'ampia discrezionalità e di "*liberare i giudici ordinari dall'obbligo imposto dalla Convenzione di dare piena esecuzione alle sentenze della Corte*, potendo "*annullare l'applicazione delle sentenze della Corte quando ritengono che esse non costituiscano un «diritto consolidato»*".

In particolare, il criterio secondo cui la Corte europea non sia stata in grado di valutare le "particolarità dell'ordinamento giuridico nazionale" e quindi abbia in definitiva applicato erroneamente un principio giuridico, significherebbe, secondo tale opinione, ammettere che la Corte non sia a conoscenza delle informazioni sul diritto nazionale fornite da entrambe le parti, dai terzi intervenienti e dalla propria divisione interna di ricerca, oppure che abbia ricevuto informazioni inesatte da parte di tutti i soggetti sopra menzionati.

8. L'occasione per verificare l'impatto e l'efficacia espansiva, potenzialmente applicabile *erga omnes*, della pronuncia della Corte EDU a fronte della riscontrata violazione "pacifica" di principi consolidati della CEDU, si è verificata con la sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 2013.

La sentenza contiene importanti affermazioni sul tema correlato della "rivisitabilità" del giudicato di condanna per effetto di una violazione sistemica rilevata dalla Corte EDU.

La Corte costituzionale nella specie era stata chiamata a pronunciarsi in relazione ad un caso in cui la persona, già definitivamente condannata, intendeva far valere, in sede di esecuzione, la medesima violazione già constatata in altro procedimento e nei confronti di altra persona dalla Corte EDU in relazione all'art. 7 della Convenzione (segnatamente, Grande Camera, sent. 17/09/2009, Scoppola contro Italia, in relazione alla violazione dei principi di non retroattività delle leggi penali più severe e di applicazione retroattiva delle leggi più favorevoli al reo in tema di sanzioni penali).

4

Si trattava nella specie di una sentenza della Corte EDU che aveva riscontrato una violazione da parte dello Stato italiano di tipo sistemico dell'ordinamento interno, pur non costituendo formalmente una sentenza "pilota", ovvero quella sentenza emessa dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 61 del Regolamento interno della Corte EDU (come modificato dal 31 marzo 2011) nelle ipotesi in cui i fatti all'origine del ricorso rivelino l'esistenza nello Stato interessato di un problema strutturale o sistemico o di altra simile disfunzione che possa dar luogo ad altri analoghi ricorsi. In tal caso, è la stessa Corte EDU ad indicare, come prevede la citata disposizione, il tipo di misure riparatorie da adottare a livello interno per rimuovere in via generale il problema riscontrato.

Al di fuori di tale particolare procedura, che viene di prassi adottata in presenza di un significativo numero ripetitivo di ricorsi riguardanti la medesima violazione, la limitazione dell'applicazione del *dictum* della Corte EDU alle sole vittime "accertate" nei contenziosi a Strasburgo comporterebbe la necessità per colui che intenda avvalersene di esperire un apposito ricorso davanti alla Corte e ottenere un'ulteriore condanna dello Stato interessato.

In particolare, il giudice rimettente (le Sezioni Unite di questa Corte, ord. n. 34472 del 19/04/2012, Ercolano, Rv. 252933-4) aveva evidenziato che di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza accertate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non potevano essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi certamente recessivo, allorché risulti compromesso un diritto fondamentale della persona (nella specie la libertà personale).

Nella specie, la sentenza nel caso Scoppola evocata dal giudice rimettente, pur non avendo i connotati formali di una vera e propria sentenza "pilota", aveva tuttavia nella sostanza constatato l'esistenza di un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla CEDU dell'ordinamento giuridico italiano, enunciando una "regola di giudizio di portata generale", astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata.

Secondo le Sezioni Unite, la risoluzione del singolo caso oggetto del contenzioso a Strasburgo e quindi la puntuale sua esecuzione da parte dello Stato italiano lasciava quindi ancora gli effetti perduranti della violazione, che andavano rimossi - pur "a costo di porre in crisi il dogma del giudicato" - anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si

trovavano in una "situazione identica" a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo.

La Corte costituzionale, pur rilevando che la sentenza della Corte EDU richiamata dal giudice rimettente non conteneva alcun riferimento a misure generali da adottare a livello nazionale per darvi esecuzione, ha evidenziato che non era comunque necessario per stabilire la portata generale o meno di una sentenza della Corte EDU che la stessa contenesse misure generali, incombendo in ogni caso sullo Stato convenuto l'obbligo, in base all'art. 46, par. 1, CEDU, di adoperarsi affinché gli effetti lesivi riscontrati fossero eliminati.

Ne era riprova, secondo la Consulta, il fatto che il Governo italiano, nel comunicare all'organo deputato a sorvegliare l'esecuzione della sentenza della Corte EDU in questione, avesse indicato anche le misure applicabili in situazioni simili a quelle del ricorrente.

Riconosciuta quindi la portata generale della pronuncia in esame della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale ha indicato le soluzioni per la rimozione dall'ordinamento giuridico degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla norma in conflitto con il precetto convenzionale.

Riprendendo un'osservazione avanzata dal giudice rimettente, la Corte ha stabilito che l'obbligo di adeguamento derivante dalla portata generale della pronuncia della Corte EDU spettava al solo legislatore, chiamato a rimuovere la patente frizione rilevata dalla Corte europea tra l'ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e pertanto ad eliminare gli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili.

Nel caso invero in cui il legislatore resti inerte, secondo la Corte costituzionale, veniva in considerazione la "radicale" differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si erano rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si erano avvalsi di tale facoltà.

Per questi ultimi, la vicenda processuale, ormai definita con la formazione del giudicato, non è suscettibile di essere risolta attraverso il rimedio convenzionale *ex* art. 46 cit., in quanto l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, in linea di principio non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato.

Per il Giudice delle leggi, le deroghe al limite del giudicato non andavano quindi ricercate nel sistema riparatorio convenzionale, posto che l'art. 46 cit. non le prevede in via generale e nella specie neppure le esigeva la pronunciata condanna da parte della Corte EDU.

Non avendo il giudice nazionale il potere di mettere direttamente in discussione le norme applicate in sede di cognizione in assenza di un "fatto nuovo" sopravvenuto al giudicato, la situazione poteva trovare soluzione soltanto attraverso l'obbligo di adeguamento espresso dall'art. 117 Cost. alla sentenza della Corte EDU, sollevando, secondo lo schema indicato dalle sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2009, la questione di legittimità costituzionale della norma convenzionalmente illegittima, che veniva ad impedire di definire la vicenda processuale oramai coperta da giudicato.

Peraltro, perché l'effetto della sentenza costituzionale sia idoneo a superare la irrevocabilità del giudicato, la norma dichiarata incostituzionale doveva comunque rientrare in quella prevista dall'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953 («Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali»), alla quale pertanto veniva conferita autonoma rilevanza rispetto all'art. 673 cod. proc. pen.

Sul punto, il giudice rimettente aveva rilevato che l'art. 30 cit. faceva riferimento non solo alle fattispecie incriminatrici, ma anche alle norme sanzionatorie. Interpretazione questa condivisa dalla Corte costituzionale in punto di rilevanza della questione.

Secondo la Corte costituzionale, spetta invero al giudice comune il compito di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma penale e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili.

Nel caso in esame, la questione sollevata era rilevante posto che veniva in applicazione una decisione della Corte europea destinata ad incidere in materia sostanziale.

La soluzione del rimedio di costituzionalità era percorribile sempre che la questione sia "*relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva*".

Venivano pertanto in considerazione quelle violazioni attinenti al diritto sostanziale che di norma discendono da vizi strutturali in maniera pressoché identica anche in casi diversi da quelli per i quali è intervenuta la pronuncia della Corte europea.

Diversamente, in presenza di *errores in procedendo* - che richiedevano valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, da compiersi caso per caso - il giudicato interno non poteva essere posto in discussione, essendo necessario a tal fine un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla

"medesima fattispecie" (eseguibile attraverso la riapertura del processo e mediante lo strumento della revisione *ex* art. 630 cod. proc. pen., come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 Corte cost.).

In tali casi, nel bilanciamento di confliggenti interessi veniva pertanto a prevalere il principio di intangibilità della *res iudicata*, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti, che trovava riconoscimento, secondo la Corte costituzionale, anche nella CEDU.

In definitiva, la Consulta, aderendo alla prospettazione proveniente dalle stesse Sezioni Unite rimettenti, ha stabilito due principi rilevanti.

In primis, ha rilevato la portata generale degli obblighi di adeguamento nascenti dalla pronuncia della Corte europea, quando, indipendentemente dalle misure generali effettivamente richieste allo Stato italiano soccombente, sia stata accertata una violazione di diritto sostanziale destinata a riverberarsi in situazioni analoghe.

In secondo luogo, ha stabilito che, in presenza di situazioni coperte oramai dal giudicato, mentre il soggetto vittorioso a Strasburgo può contare sulla necessaria (e doverosa) applicazione da parte del giudice nazionale del *dictum* della Corte europea (attraverso, se necessario, i rimedi sia dell'incidente di esecuzione sia della c.d. revisione "europea"), per tutti gli altri soggetti che si trovano ad aver subito la medesima violazione, l'adeguamento alla sentenza europea, in assenza di congegni processuali predisposti dall'ordinamento interno, può essere realizzato soltanto (non essendo possibile la via dell'interpretazione "conforme" per rimuovere la norma in conflitto) attraverso l'incidente di costituzionalità e sempre che la loro situazione sia risolvibile a "rime obbligate" (dovendo diversamente la tutela del condannato passare necessariamente attraverso l'esperimento di un ricorso alla Corte di Strasburgo).

Si verterebbe in sostanza di un caso non dissimile da quello in cui vi sia stata condanna in forza di una legge penale dichiarata *ex post*, nella sua parte precettiva o sanzionatoria, illegittima o comunque inapplicabile, perché in contrasto con norme di rango superiore alla legge penale medesima.

Di qui la competenza, indicata dalla Corte costituzionale, a risolverlo del giudice dell'esecuzione.

La Corte costituzionale, non smentendo quanto già dalla stessa affermato in merito alle condizioni soggettive per adire il rimedio della revisione "europea", ha ribadito i limiti propri del giudice dell'esecuzione che non può contraddire le valutazioni del giudice della cognizione.

Va segnalato che in dottrina sono state avanzate autorevoli osservazioni critiche alla sentenza ora esaminata, tanto per la creazione di un "doppio binario" di tutela per le vittime di violazioni strutturali della CEDU (soluzione che

finisce per incentivare il ricorso alla Corte EDU e quindi l'esposizione del nostro Stato ad ulteriori condanne) quanto per l'esclusione della rilevanza dell'incostituzionalità di norme nazionali che, pur non implicando una immediata rilevanza sulla sentenza di condanna (necessitando la riapertura del processo), ne abbiamo condizionato l'esito, determinando la lesione di diritti fondamentali.

Si è anche sostenuto in senso difforme che la Corte costituzionale avrebbe voluto lasciare aperta la possibilità che, in presenza di violazioni di carattere sostanziale, là dove sia necessaria una riapertura del processo (la scelta sul rimedio esecutivo sarebbe giustificata solo perché il meccanismo della revisione europea non era "adeguato al caso di specie", nel quale una riapertura del processo non appariva necessaria, risultando anzi sufficiente un mero intervento sul titolo esecutivo), anche i soggetti diversi dal ricorrente possano avvalersi dello strumento della revisione "europea" per ottenere l'adeguamento della propria condanna alle sentenze definitive del giudice di Strasburgo.

9. Il tema è stato ripreso dalle Sezioni Unite, chiamate a decidere il ricorso Ercolano, all'esito della declaratoria di incostituzionalità (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano).

Il Supremo Consesso ha ribadito il passaggio argomentativo della Corte costituzionale, secondo cui vi è una radicale differenza tra chi, a fronte di un giudicato interno di condanna ritenuto convenzionalmente illegittimo, propone tempestivamente ricorso alla Corte di Strasburgo con esito positivo e chi, invece, non si avvale di tale facoltà, con l'effetto che il *decisum* nazionale non è più suscettibile del rimedio giurisdizionale previsto dal sistema convenzionale europeo.

Le Sezioni Unite, pur condividendo l'assunto che in questo secondo caso viene in gioco il tema della vulnerabilità del giudicato, la cui portata valoriale, per le insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, è presidiata costituzionalmente e non è neppure estranea alla CEDU (la stessa Corte di Strasburgo aveva ravvisato nel giudicato un limite all'espansione della legge penale più favorevole, conclusione avallata anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 236 del 2011 in materia di prescrizione), hanno affermato che argomenti di innegabile solidità si opponevano all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima.

L'istanza di legalità della pena – si è affermato - è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", non potendosi tollerare che uno Stato

democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

A ciò hanno aggiunto che «*la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, comma primo, Cost.*», imponendosi pertanto «*un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo*».

Il giudicato doveva quindi essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona: «*la preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà*».

In questo caso andava emendata dallo "stigma dell'ingiustizia" una tale situazione, rimuovendo eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, «*anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo*».

Le direttrici del meccanismo di aggressione del giudicato, attivabile con l'incidente di esecuzione, quando venga in considerazione la specie o la misura della pena, sono state così fissate: a) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale; c) la possibilità d'interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria d'incostituzionalità della medesima normativa; d) l'accoglimento della questione sollevata deve essere l'effetto di una operazione "sostanzialmente ricognitiva" e non deve richiedere la riapertura del processo.

Le Sezioni Unite hanno ribadito altresì l'affermazione condivisa dalla Corte costituzionale, secondo cui doveva ritenersi diverso il caso di una pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all'esito di un giudizio ritenuto dalla

Corte EDU non equo, ai sensi dell'art. 6 CEDU: in questa ipotesi, l'apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non poteva che essere compiuto caso per caso, con l'effetto che il giudicato interno poteva essere posto in discussione «*soltanto di fronte a un vincolante* dictum *della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie*» e attraverso lo strumento della revisione *ex* art. 630 cod. proc. pen. (come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 Corte cost.), che comportava la riapertura del processo.

Va osservato che voci della dottrina non hanno condiviso l'ultimo dei parametri indicati dalle Sezioni Unite (la non necessità della riapertura del processo): la rimozione della violazione commessa dallo Stato potrebbe comportare per il giudice interno l'esercizio di margini di discrezionalità, con l'effetto di privare i "fratelli minori" di un rimedio adeguato e aprire per loro la sola via del ricorso a Strasburgo (purché vengano rispettati i termini previsti dalla Convenzione).

10. La questione del diverso impatto sul giudicato derivante dalla tipologia di vizio riscontrato dalla Corte europea nella normativa nazionale involge quello strettamente connesso agli effetti derivanti dalla pronuncia di incostituzionalità (stante la pressoché necessaria subordinazione della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma nomale non più conforme al sistema convenzionale per aggredire il giudicato, secondo quanto detto in precedenza).

Le Sezioni unite hanno a tal riguardo rilevato che gli effetti della pronuncia di incostituzionalità sono i medesimi, indipendentemente dal parametro costituzionale violato (sia esso l'art. 117 Cost. o altri)(Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260697).

Veniva in particolare in rilievo la questione della portata dell'art. 30, comma 4 della legge n. 87 del 1953 ("«*Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali*»), che, sulla base di una tradizionale giurisprudenza, si riferiva alle sole norme incriminatrici, secondo un fenomeno paragonabile *all'abolitio criminis*, sicché rilevava solo l'incostituzionalità della norma incriminatrice che poteva travolgere *tout court* il giudicato condannatorio.

Secondo le Sezioni Unite, premessa la differenza tra gli effetti della declaratoria di incostituzionalità e quelli dello *ius superveniens* (la dichiarazione d'illegittimità costituzionale inficia invero fin dall'origine la disposizione impugnata), non sussiste alcun limite letterale nel testo dell'art. 30 cit. che escluda dal suo ambito la dichiarazione d'illegittimità di una norma sostanziale che abbia avuto comunque incidenza sul trattamento sanzionatorio.

Le Sezioni Unite hanno richiamato "*la netta e limpida affermazione*" dello stesso Massimo Consesso (Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Ercolano, Rv. 258651), chiamato a dare attuazione alla pronuncia di incostituzionalità contenuta nella sentenza n. 210 del 2017: «*la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, e 25, comma secondo, Cost.) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, primo comma, Cost.*». Con la conseguenza che la conformità della pena a legalità «*in fase esecutiva deve ritenersi costantemente sub iudice [...] non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale*».

Nel bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, secondo la sentenza Ercolano, andava data prevalenza a quest'ultimo, giacché «*il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso un principio di rango sovraordinato - sotto il profilo della gerarchia delle fonti - rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato*».

Sicché nella materia penale la retroattività della declaratoria di illegittimità costituzionale veniva ad assumere una portata maggiore rispetto ad altri settori, grazie all'art. 30, comma 4 cit.

Secondo la sentenza Gatto, l'aspetto decisivo, che veniva a segnare invece il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata, era costituito dalla "non reversibilità degli effetti," giacché l'art. 30 legge n. 87 del 1953 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili, ossia quelli che non possono essere rimossi, perché già "consumati", come nel caso di condannato che abbia già scontato la pena.

L'esecuzione della pena, infatti, implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi.

Le Sezioni Unite Gatto hanno a chiare lettere affermato quindi che il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità del giudicato, sicché devono essere rimossi gli effetti "ancora perduranti" della violazione conseguente all'applicazione di tale norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile, spettando al giudice dell'esecuzione il compito di rimuovere tale illegittimità, nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione, della quale non può contraddire le valutazioni espresse.

Si trattava nella specie, di intervento del giudice dell'esecuzione, che se non predeterminato per legge (come avvenuto per la fattispecie esaminata dalla sentenza Ercolano), era, secondo le Sezioni Unite, comunque "guidato" quanto alla sua attuazione, dovendosi riconoscere alla giurisdizione esecutiva ampi margini di manovra, inclusivi di certi poteri valutativi (restando in ogni caso preclusa ogni valutazione sulla sussistenza o meno della responsabilità del condannato, di competenza esclusiva del giudice della cognizione).

In conclusione, secondo le Sezioni Unite, la rilevanza del giudicato costituzionale sul giudicato condannatorio presuppone che vi siano effetti pregiudizievoli "ancora reversibili" eliminabili attraverso l'intervento del giudice dell'esecuzione che resti comunque confinato nei limiti propri dell'incidente di esecuzione (ovvero sempre che, secondo il tradizionale orientamento recepito da Sezioni Unite n. 6240 del 2015, Basile, l'intervento non venga ad emendare "l'errore valutativo" del giudice della cognizione, rimediabile solo con gli ordinari mezzi di impugnazione).

La "flessibilizzazione" del giudicato emergente dagli interventi delle Sezioni Unite là dove non venga in considerazione l'incostituzionalità della norma incriminatrice, ma di altra norma sostanziale, presenta dunque una duplice dimensione del giudicato penale: una dimensione relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio; ed una differente dimensione relativa alla determinazione della pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile *in bonam partem* alle sollecitazioni *ab extra* rispetto alla *res iudicata*, essendo espressione di un interesse collettivo, quello della certezza dei rapporti giuridici esauriti, suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di uguaglianza, che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici (Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon).

11. In definitiva può concludersi evidenziando che, ai cosiddetti "fratelli minori" del ricorrente vittorioso, la giurisprudenza costituzionale e delle Sezioni Unite ha finora riconosciuto attraverso l'incidente di esecuzione di far valere quelle violazioni di diritto sostanziale che non richiedano (come di norma) la riapertura del processo, ovvero valutazioni incompatibili con i poteri dell'esecuzione.

Resterebbe quindi privo di tutela allo stato colui che intenda giovarsi della sentenza europea, non avendo adito la Corte di Strasburgo, là dove l'applicazione del *dictum* richieda una rivalutazione del caso, come nel caso sia necessario rivalutare il giudizio di colpevolezza o vengano in considerazioni violazioni di tipo processuale.

Invero, la revisione "europea", che risulterebbe idonea astrattamente a rimediare a siffatti vizi, risulterebbe confinata alle sole doverose esigenze esecutive necessitate da una pronuncia di condanna della Corte EDU, in base agli obblighi specifici esecutivi nascenti dall'art. 46 CEDU.

12. Prima di esaminare la questione dell'estensione dell'efficacia *erga alios* della sentenza della Corte EDU nel caso Contrada, appare opportuno esporre gli approdi della giurisprudenza di legittimità delle sezioni semplici in relazione ad altre violazioni di tipo strutturale riscontrate nei confronti dell'Italia dalla Corte di Strasburgo.

Va segnalato un orientamento che, in presenza di violazioni processuali accertate dalla Corte EDU di tipo strutturale ritiene inapplicabile il rimedio della revisione "europea" a soggetti terzi, pur con declinazioni diverse a seconda che si tratti di sentenza "pilota" o meno.

In presenza di una sentenza "pilota" emessa nei confronti dello Stato italiano, secondo Sez. 6, n. 46067 del 23/09/2014, Scandurra, Rv. 261690, la Corte non sembra escludere in radice il ricorso alla revisione laddove vengano in considerazione questioni sostanziali, risultando in ogni caso possibile far ricorso alla procedura tracciata dalle Sezioni Unite Ercolano, secondo cui "le decisioni della Corte EDU, che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto - non correlata in via esclusiva al caso esaminato - della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronunzia della predetta Corte internazionale", sempre che si tratti di identiche situazioni di natura non processuale.

La questione è stata ripresa in tema di revisione "europea" da Sez. 6, n. 21635 del 02/03/2017, Barbieri, Rv. 269945, nella quale la Corte ha rimarcato che solo le sentenze «pilota» assumono espressamente valore anche oltre il

5

singolo caso valutato, con l'effetto che l'obbligo di conformazione da esse derivante assume corrispondentemente carattere generale. Di conseguenza ad esse può essere esteso lo strumento disegnato dalla sentenza n. 113 del 2011 per dare ingresso all'esecuzione necessitata dalla pronuncia europea, indipendentemente dall'essere l'istante il soggetto effettivamente vittorioso dinanzi alla Corte di Strasburgo.

Secondo tale impostazione costituisce quindi presupposto essenziale per accedere alla revisione "europea" che si lamenti il carattere generale della violazione accertata, in quanto desumibile dal *dictum* della Corte di Strasburgo, e che ricorra una situazione corrispondente e sussista la "necessità" (imposta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011) di conformazione alle sentenze definitive in controversie di cui lo Stato sia parte.

In senso espressamente contrario a tale apertura si rinvengono altre pronunce della Corte.

Si trattava in ogni caso di accertate violazioni dell'equo processo (art. 6 CEDU).

In relazione in particolare alla sentenza nel caso Lorefice contro Italia del 29 giugno 2017, che aveva accertato l'iniquità convenzionale del processo, condannando lo Stato italiano, perché il ricorrente era stato condannato in secondo grado con una diversa valutazione delle prove dichiarative, ma senza rinnovazione sul punto dell'istruzione dibattimentale, la Suprema Corte (Sez. 1, n. 56163 del 23/10/2018, Bruno, Rv. 274557) ha ritenuto essenziale, ai fini del procedimento di revisione "europea" che la sentenza della Corte EDU da applicare sia stata emessa "nella stessa vicenda", risultando pertanto irrilevante la sua natura di sentenza "pilota" o meno, in quanto l'obbligo di riapertura del processo discendente dall'art. 46 CEDU attiene "*alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*".

La sentenza "pilota", ha osservato la Corte, produce invece un obbligo per gli Stati parte di porre mano alle modifiche necessarie a rimuovere il difetto strutturale evidenziato dalla Corte EDU, ma ciò realizza una modalità di esecuzione diversa ed estranea al tema della revisione del giudicato.

Va segnalata su questa scia l'ampia disamina della questione sviluppata da altra pronuncia (Sez. 2, n. 40889 del 20/06/2017, Cariolo, Rv. 271198), nella quale la Corte Suprema, chiamata a stabilire la applicabilità del rimedio della revisione "europea" in favore di un condannato che lamentava la medesima violazione procedurale accertata dalla Corte EDU nel caso Drassich contro Italia, ha ribadito la funzione eminentemente "esecutiva" della suddetta forma di revisione rispetto alla sentenza europea in favore della "vittima" della violazione accertata, come tale non estensibile in via interpretativa ad incidere su analoghe

situazioni processuali oramai definite, indipendentemente dalla natura pilota o meno della pronuncia stessa.

La Corte ha precisato che il contenimento della revisione negli stretti limiti tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011 si giustificava con la difesa delle situazioni processuali esaurite, ovvero del "giudicato", ancora oggi presidio ineludibile della certezza del diritto, che riceve attuale ed incondizionata protezione sia dalla giurisprudenza delle Corti interne, che da quella di Strasburgo.

In tal senso, sul fronte interno, la Corte ha richiamato i principi affermati dalle Sezioni Unite in tema di intervento demolitivo del giudice costituzionale che – sempre che non si traduca in una "abolitio" della fattispecie criminosa – ha efficacia *erga omnes* e forza invalidante sulle situazioni pregresse suscettibili di essere ancora rimosse o modificate e quindi non "esaurite" come quelle determinate dalla formazione del giudicato (Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007, Lista, Rv. 236535).

Sul fronte europeo, venivano in considerazione le affermazioni espresse dal Corte EDU in tema di impermeabilità del giudicato ai mutamenti quandanche più favorevoli del trattamento sanzionatorio penale (Grande Camera, 17/09/2009, caso Scoppola contro Italia, §§ 108 e 109).

La Corte ha evidenziato che il "diritto" convenzionale, ovvero le norme della Convenzione nella dimensione emergente dall'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, non ha alcuna efficacia "diretta", nel senso che non consente la disapplicazione della norma interna incompatibile ma, nei processi in corso (e solo in quelli) genera dei precisi obblighi in capo al giudice che procede e segnatamente: a) quello di effettuare l'interpretazione conforme alla Convenzione nei termini chiariti dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, ovvero nei casi in cui si riconosca stabilità alla giurisprudenza della Corte EDU rilevante nel caso concreto; b) quello di sollevare la questione di costituzionalità nei casi in cui la conformazione alle indicazioni convenzionali implichi una torsione della norma non praticabile in via interpretativa, sicchè si profila necessaria la valutazione da parte della Corte costituzionale della compatibilità della norma interna con il diritto convenzionale (di rango sovra legislativo) (Corte cost. n. 348 e 349 del 2007 e da ultimo Corte cost. n. 49 del 2015).

Pertanto, le sentenze della Corte EDU non avrebbero alcuna idoneità generale di incidere sulle situazioni "esaurite", ovvero sugli accertamenti di responsabilità effettuati all'esito di una progressione processuale conclusa, sempre che non si risolvano in un caso di *abolitio criminis*, ovvero in uno dei casi in cui l'incisione del giudicato è prevista dall'ordinamento (art. 673 cod. proc.

pen), ovvero in violazioni sostanziali del trattamento sanzionatorio, ancora passibili di eliminazione in quanto *sub iudice* (come ritenuto dalle Sezioni Unite con la sentenza Ercolano).

In definitiva al rimedio indicato dalla sentenza costituzionale n. 113 del 2011, secondo la sentenza Cariolo, non può farsi ricorso: «a) per la riapertura del processo in casi asseritamente "analoghi" e relativi a situazioni processuali esaurite; b) per la correzione di violazione in relazione alla quale non sia necessario ripetere l'accertamento processuale, ma sia possibile emendare il difetto rilevato nel caso di specie dalla Corte europea attraverso un intervento del giudice dell'esecuzione; c) per dare attuazione a c.d. sentenze pilota che non incidano su rapporti in corso, tra i quali andava annoverato il rapporto tra Stato e condannato durante l'esecuzione della pena.

Gli argomenti della sentenza Cariolo sono stati ripresi anche da altre pronunce con riferimento alla possibilità di ricorrere alla revisione europea invocata per far valere una violazione convenzionale procedurale, accertata *erga alios* a Strasburgo (Sez. 1, n. 30704 del 20/12/2017, dep. 2018, Tuccio, non mass.; Sez. 1, n. 16900 del 11/10/2017, dep. 2018, Florio, non mass.; Di dato 2019....). Nella sentenza Florio la Suprema Corte ha ribadito che la nuova ipotesi di revisione, introdotta a seguito dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011, presuppone come "condizione ineliminabile" che sia intervenuta una sentenza definitiva della Corte EDU sulla "medesima vicenda" oggetto del processo alla quale sia necessario conformarsi.

In definitiva, in questo secondo orientamento, la Suprema Corte sembra distinguere le violazioni di carattere sostanziale, che possono avere un effettivo carattere di sistematicità all'interno dell'ordinamento, risolvibili di principio in sede esecutiva dalle violazioni di carattere processuale, il cui accertamento non può che dipendere, nel giudizio davanti alla Corte europea, dalle specificità della situazione concreta del ricorrente, con la conseguente necessaria riapertura del processo, sicché esso appare di per sé insuscettibile di estensione a soggetti che, pur lamentando una violazione dello stesso tipo, non abbiano personalmente adito il giudice di Strasburgo.

13. Sul tema specifico della estensibilità del *dictum* della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada si fronteggiano due diverse soluzioni esegetiche all'interno della giurisprudenza di legittimità.

13.1. Va premesso quale sia stato l'esito giudiziario della vicenda Contrada.

Dopo la condanna della Corte EDU, il ricorrente vittorioso aveva tentato senza esito di ottenere l'esecuzione della decisione europea, attivando il rimedio della revisione "europea", per poi proporre, quale ultima *chance*, l'incidente di

esecuzione, sul quale si è pronunciata la Corte di cassazione (Sez. 1, n. 43112 del 06/07/2017, Contrada, Rv. 273906).

La Corte ha rilevato che l'esecuzione della sentenza europea non lasciava margini di discrezionalità al giudice nazionale, che era tenuto, per la forza obbligante dell'art. 46 CEDU, a conformarsi alla pronuncia ed eliminare, ove possibile, le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata.

Nella specie, si era in presenza, secondo la Corte, di una violazione sostanziale, riconducibile all'art. 7 CEDU, essendo stata censurata la piattaforma legale sulla base della quale era intervenuta la sentenza di condanna, ritenuta generica, imprecisa ovvero indeterminata nelle sue connotazioni di conoscibilità e prevedibilità.

Violazione rimediabile con l'incidente di esecuzione, considerati tanto la tipologia del vizio riscontrato (si era in presenza di un "errore di diritto" che non necessitava per la rimozione di alcuna rinnovazione del giudizio) quanto anche l'infruttuoso esperimento da parte del ricorrente dello strumento della revisione (avendo la Corte rilevato che si era in presenza viepiù dell'"ultima sede" nella quale era possibile affrontare la questione dell'obbligo di conformazione dell'ordinamento interno alla decisione emessa dalla Corte EDU).

Nel caso di specie, secondo la Corte, non vi era alcuno spazio per revocare il giudicato di condanna presupposto, la cui eliminazione non era richiesta, né direttamente né indirettamente, dalla Corte EDU, risultando sufficienti gli interventi adottabili ai sensi degli artt. 666 e 670 cod. proc. pen., con la declaratoria che la sentenza di condanna non era suscettibile di ulteriore esecuzione (avendo il ricorrente in ogni caso interamente scontato la pena) e non era produttiva di ulteriori effetti penali.

13.2. La prima pronuncia sulla questione dell'estensione *erga alios* della sentenza europea sul caso Contrada si rinviene in Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861, precedente a quella ora esaminata emessa sulla vicenda Contrada.

La Corte era chiamata pronunciarsi sul diniego della revoca della sentenza di condanna definitiva (il 25 marzo 2013) pronunciata nei confronti di un imputato per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa commesso sino al 1992, revoca invocata dal condannato sulla prospettata possibilità di applicare, *ex* art. 46 CEDU, la sentenza della Corte EDU sul caso Contrada, vertendosi in situazione assolutamente identica a quella del ricorrente vittorioso dinnanzi al giudice europeo.

I giudici di merito avevano dichiarato la domanda inammissibile sulla base dei seguenti argomenti:

a) i due giudizi definitivi hanno evidenti analogie sotto il profilo temporale, dal momento che le condotte ritenute punibili a titolo di concorso esterno nei distinti giudizi sono «terminate» prima della pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte relativa al caso Demitry dell'ottobre 1994 ;

b) l'articolo 673 cod. proc. pen. non prevede, tuttavia, la possibilità di revocare una decisione definitiva lì dove venga in rilievo una analogia con posizione processuale relativa ad un diverso giudizio interno nel cui ambito sia stata riconosciuta esistente una violazione della CEDU. Tale possibilità è prevista dal testo della norma nei soli casi di abrogazione o declaratoria di illegittimità della norma incriminatrice e la norma non può essere interpretata in modo estensivo o analogico;

c) non può ipotizzarsi, peraltro, la rilevanza di una ipotetica questione di legittimità costituzionale, nè in riferimento alle norme incriminatrici applicate (articoli 110 e 416-*bis* cod. pen.), nè in riferimento allo stesso art. 673 cod. proc. pen. (a venire in rilievo era esclusivamente una frazione temporale pregressa della applicazione delle norme incriminatrici; comunque non poteva non poteva attribuirsi alla decisione Contrada contro Italia la natura di sentenza "pilota", tale da determinare la cogente necessità di risolvere un denunziato problema di carattere strutturale dell'ordinamento interno; la Corte EDU non aveva indicato i rimedi generali per rimuovere *erga alios* la violazione; la valutazione della Corte EDU restava essenzialmente confinata nel caso concreto, quanto alla mancata valutazione del profilo della prevedibilità della legge penale da parte dei giudici di merito; la pronuncia non poteva essere espressione di un diritto consolidato della Corte EDU).

Ciò premesso, la Corte ha ampiamente esaminato, ricostruendo la normativa e la giurisprudenza formatasi sul tema, le caratteristiche e i limiti della giurisdizione esecutiva, pur a seguito degli interventi segnati ad ampliare i casi idonei a travolgere il giudicato, facendo applicazione di una nozione di norma sostanziale ricavabile dall'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, là dove si tratti di adeguarsi ad una sentenza della Corte EDU.

Secondo la Corte, i principi applicabili in tema di esecuzione *erga alios* di una sentenza della Corte europea di condanna dello Stato italiano, desumibili dal sistema, erano i seguenti:

a) se il giudicato CEDU evidenzi un problema strutturale dell'ordinamento interno, derivante dall'applicazione di una norma di legge, il tema assume rilievo anche nei casi diversi da quello deciso dalla CEDU, purchè identici, in virtù di quanto previsto dall'art. 46 CEDU. Il che può discendere o direttamente dal *dictum* della decisione europea (si tratti o meno di sentenza "pilota", dato che l'applicazione dell'art. 61 del Regolamento deriva dalla necessità di congelare la

trattazione di ricorsi seriali o di prevenire il flusso di tali ricorsi e non può dirsi dunque indispensabile), o da una interpretazione del contenuto della sentenza che evidenzi - pur nel silenzio della Corte EDU, interpretabile però come indizio di assenza del rilievo generale - con "assoluta chiarezza" la natura generale della violazione del diritto riconosciuto dalla Convenzione europea;

b) l'esecuzione della sentenza emessa nei confronti dello Stato italiano ed invocata da soggetti diversi dal destinatario diretto della pronunzia favorevole, lì dove la causa della violazione sia riconducibile all'avvenuta applicazione di una norma di legge, richiede comunque l'attivazione preliminare dell'incidente di legittimità costituzionale della norma in questione per violazione potenziale dell'art. 117 Cost.;

c) lì dove sia intervenuta pronunzia nel senso della illegittimità costituzionale, la modifica del giudicato andrà realizzata tramite l'apertura di un procedimento di revisione "europea" se il tema posto in sede sovranazionale rende necessaria la riapertura del giudizio di cognizione; in alternativa va utilizzato lo strumento dell'incidente di esecuzione ove l'intervento richiesto risulti predeterminato da altre norme giuridiche applicabili al caso (come nel caso venga in considerazione non l'*an* ma il *quantum* della sanzione).

Secondo la Corte, era stata la stessa Corte Costituzionale, con la decisione del 2013, ad affermare la priorità logica dello strumento della revisione, per come ampliato dalla decisione n. 113 del 2011, cui, tuttavia - nel caso specifico dell'Ercolano – risultava non percorribile essenzialmente per esigenze di semplificazione procedurale «*non essendo necessaria una riapertura del processo di cognizione... in quanto ... occorre più semplicemente incidere sul titolo esecutivo, in modo da sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CEDU e già precisamente determinata nella misura dalla legge*».

Del resto, secondo la Corte, dalla decisione n. 113 del 2011, emessa dal Giudice delle leggi, non emergeva alcuna valida ragione per ritenere l'intervento additivo - operato in rapporto all'art. 630 del codice di rito - come limitato ai casi di accertata violazione dell'articolo 6 della Convenzione (con assoluta esclusione dell'art. 7), esprimendosi la Corte Costituzionale in termini assolutamente generali e facendo riferimento solo in chiave esemplificativa (ed in rapporto al caso scrutinato) alle necessarie eliminazioni dei vizi procedurali riscontrati.

Pertanto, ha concluso la Corte, lì dove la decisione emessa dalla CEDU sul tema dell'art. 7 implichi non già un vizio assoluto della affermazione di responsabilità (per assenza di norme incriminatrici al momento del fatto) quanto piuttosto un vizio di prevedibilità della sanzione (ferma restando la responsabilità penale) o comunque lasci aperte più soluzioni possibili del caso, lo strumento di adattamento andava individuato nella revisione, che rappresentava il

«principale» canale di adeguamento dell'ordinamento interno ai contenuti delle decisioni emesse dalla CEDU, lì dove siano in gioco effetti di «sentenze», sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6 CEDU) che in rapporto a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art. 7 CEDU, cui non seguano conseguenze obbligate o predeterminate da altre norme applicabili al caso oggetto di previo giudizio.

Nel caso in esame, venivano in considerazione le possibili ricadute della decisione della Corte CEDU sul fronte del principio di colpevolezza inteso come effettiva conoscenza del precetto al momento dei fatti, che andavano apprezzate, rielaborando criticamente la giurisprudenza interna (quanto alla rilevanza della condizione soggettiva di ignoranza inevitabile in caso di contrastanti orientamenti giurisprudenziali sulla interpretazione ed applicazione del precetto penale), solo con la riapertura del procedimento.

Si trattava invero di modifica da apportare al giudicato non a "rime obbligate", non potendosi ritenere che la decisione europea avesse travolto, rendendole *in toto* ineseguibili, ogni condanna definitiva in tema di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti antecedenti al 1994.

Secondo la Corte, la praticabilità dello strumento dell'incidente di esecuzione discendeva dal fatto che la situazione del ricorrente non poteva dirsi esattamente speculare a quella del Contrada (se non per il dato temporale della condotta commessa prima del 1994), dovendosi valutare la sua "concreta" vicenda processuale, al fine di stabilire se fosse stato sussistente o meno nell'imputato quel *deficit* soggettivo di prevedibilità degli effetti della condotta rilevante ai fini della colpevolezza.

Nella valutazione di tale *deficit*, secondo la Corte, in assenza di un vincolante giudicato europeo sul caso, il giudice nazionale, sulla base delle indicazioni contenute nella sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, poteva stabilire con autonomia esegetica la portata del "precedente", rappresentato dalla sentenza emessa nel caso Contrada.

Ebbene, la Corte ha osservato che la suddetta decisione avesse un contenuto "misto": da un lato la Corte EDU aveva valorizzato le circostanze concrete del caso, analizzando la condotta processuale tenuta dal ricorrente e la prospettazione del tema sin dall'inizio del giudizio interno, con ipotesi di qualificazione alternativa della condotta, e in tal senso si ponevano le sue valutazioni finali sempre espresse in termini individuali, dall'altro, aveva offerto, nello stigmatizzare la vicenda interpretativa delle norme di legge applicate nell'ordinamento interno (il contrasto di opinioni composto ad ottobre 1994), dei principi estensibili a soggetti diversi.

Tali principi, tra l'altro, non avevano contenuto innovativo, ma risultavano il frutto di una radicata interpretazione dell'art. 7 CEDU, volta a valorizzare nel principio di legalità della legge penale, la prevedibilità della responsabilità e della sanzione, ancorandola al "diritto interno", non limitato alla sola legge.

La sentenza, secondo la Corte, appariva peraltro tesa a riconoscere l'esistenza della violazione dell'art. 7 CEDU non già sul crinale della scarsa prevedibilità della rilevanza penale del fatto di per sè considerato (art. 7, par. 1, primo periodo) quanto sul tema della sua esatta qualificazione giuridica (art. 7, par. 1, secondo periodo), influente sulla misura della pena (il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti).

Quindi l'unico profilo "generalista" emergente dalla sentenza europea era collegabile non già all'alternativa fatto lecito/fatto illecito (atteso che la condotta materiale di agevolazione costante al sodalizio mafioso o a suoi singoli esponenti, oggetto di giudizio, era inquadrabile astrattamente in più fattispecie di parte speciale) quanto all'aspettativa dell'imputato - nel caso concreto - di ricevere un trattamento sanzionatorio più mite, nella misura in cui la qualificazione "prevedibile", nonchè sollecitata in via subordinata dal Contrada, era quella del favoreggiamento personale.

D'altra parte, la Corte europea, nell'esaminare gli approdi della giurisprudenza sulla fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa sin alla decisione delle Sezioni Unite del 1994, ha escluso che la questione controversa si sia posta in termini di mera alternativa "liceizzante" della condotta del concorrente esterno, risultando piuttosto l'evoluzione di una elaborazione interpretativa volta a sottrarre la categoria agevolatrice dalla fattispecie partecipativa.

L'incertezza stigmatizzata dalla Corte EDU nel caso Contrada verteva piuttosto sulla esatta qualificazione giuridica del fatto, che veniva a riflettersi sul *quantum* della pena.

Il limitato 'contenuto generale' di tale decisione, fermo restando il dato temporale della condanna (ante '94), era quindi ricollegabile a due condizioni ulteriori: a) le ricadute negative del conflitto interpretativo sulla persona dell'accusato siano ad un esame *ex post* percepibili attraverso l'esame della condotta processuale tenuta da costui, data l'ineliminabile componente soggettiva del giudizio di imprevedibilità; b) sia stata, in tal senso, almeno sollecitata dalla parte una diversa qualificazione giuridica del fatto, posto che il deficit di prevedibilità - nel caso Contrada - riguarda essenzialmente la sanzione.

Ciò posto, la Corte, esaminando la posizione del ricorrente nel caso posto alla sua attenzione, ha rilevato che la questione non avrebbe potuto ipoteticamente fondare una questione ammissibile dinanzi alla Corte EDU.

Dal contegno processuale non era emerso alcun *deficit* in punto di prevedibilità in concreto delle conseguenze della condotta contestata, in quanto questi – a differenza di Contrada (che aveva coltivato sin dall'inizio del processo a suo carico una precisa ipotesi alternativa di qualificazione giuridica del fatto, a lui più favorevole e concretamente percorribile, in termini di favoreggiamento personale) – non aveva sollevato durante il processo di cognizione il tema del difetto di prevedibilità dell'inquadramento giuridico o quello della retroattività della interpretazione giurisprudenziale, avendo più volte invocato proprio l'applicazione dei principi espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte nella decisione del 1994, ritenuti funzionali alla propria strategia difensiva.

Tale atteggiamento processuale era indicativo della consapevolezza delle «reali» questioni che avevano attraversato la giurisprudenza sul tema del concorso esterno, dato il livello dei «consulenti illuminati» cui il ricorrente si era, evidentemente, rivolto sin da epoca risalente, che avevano agevolato la comprensione - al momento del fatto - in tale soggetto, della ragione dei contrasti interpretativi.

Né poteva in ogni caso prospettarsi un *deficit* di prevedibilità sulla qualificazione giuridica, posto che l'alternativa si poneva per il ricorrente tra due reati (concorso esterno o partecipazione) puniti con la medesima pena.

In definitiva, tirando le somme, la Suprema Corte ha enunciato una serie di principi di sistema che possono essere così sintetizzati:

- la pronuncia della Corte EDU, se ha una portata "chiaramente" generale, come tale estensibile a più soggetti nelle medesime situazioni, e riguardi una violazione di diritto sostanziale, è applicabile *erga alios*;

- il rimedio in via principale per modificare (o meglio superare) il giudicato penale è la revisione "europea", salvo che la violazione sia rimediabile nell'ambito dei poteri concessi al giudice dell'esecuzione (quindi nei casi di *abolitio criminis* o di intervento sul trattamento sanzionatorio);

- se il *deficit* strutturale dipende da una norma di legge, sarà necessario attivare l'incidente di costituzionalità.

Quanto alla sentenza nel caso Contrada, ha affermato:

- l'unico principio generale estensibile al di là del caso concreto è quello del *deficit* strutturale rinvenuto nel sistema italiano sulla prevedibilità della sanzione per la condotta di natura agevolativa, a causa dell'incertezza interpretativa sino al 1994 sulla qualificazione giuridica di tale fatto nel reato di concorso esterno in associazione mafiosa;

- gli effetti di tale *deficit* devono essere valutati in termini non assoluti (travolgendo *tout court* il giudicato di condanna), ma soggettivi, attraverso degli indicatori – quali in particolare la condotta processuale, che rivelino se in concreto la pena fosse prevedibile;

- il rimedio per conformarsi al *dictum* della Corte EDU è la riapertura del processo, non essendo compatibile il tipo di accertamento richiesto con l'incidente di esecuzione.

Si tratta di affermazioni volte a contenere l'effettiva portata della decisione europea, secondo una lettura differente da quella fornita in seguito dalla Corte per la soluzione – quandanche doverosa ma non obbligata quanto alle modalità - della vicenda nazionale del Contrada.

13.3. Si è posta sulla scia di tale sentenza anche un'altra decisione della Corte (Sez. 1, n. 53610 del 10/04/2017, Gorgone, non mass.), richiamata dal ricorrente, relativa ad un caso in cui il condannato aveva chiesto la revoca della sentenza di condanna *ex* art. 673 cod. proc. pen., invocando la decisione europea Contrada.

La Corte ha ribadito i passaggi fondamentali della sentenza Dell'Utri ed in particolare la delimitazione della portata generale della decisione sovranazionale sul caso Contrada e la necessaria valutazione in concreto della posizione del ricorrente (anche in tal caso non sovrapponibile a quella accertata dalla Corte EDU).

13.4. Si è sviluppato successivamente un diverso orientamento, sempre in tema di casi di incidenti di esecuzione finalizzati ad ottenere la revoca, sulla base dei principi enunciati dalla Corte EDU nel caso Contrada, di sentenze definitive di condanna per l'ipotesi delittuosa di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., commessa prima del 1994.

In particolare, con Sez. 1, n. 8661 del 12/01/2018, Esti, Rv. 272797, la Corte, pur muovendo la sua analisi dalle sentenze Dell'Utri e Contrada, si è limitata in ordine alla prima a ribadire i principi in tema di strumento deputato ad adeguare l'ordinamento interno ad una decisione definitiva della Corte EDU e in ordine alla seconda a richiamare "*i principi affermati da questa Corte a conclusione del procedimento di esecuzione attivato da Bruno Contrada*".

Da queste premesse, la Corte ha ritenuto che fosse pregiudiziale affrontare la questione della "esportabilità" delle conclusioni formulate dalla Corte EDU nel caso Contrada ad altri procedimenti riguardanti soggetti non coinvolti da tale pronuncia, pervenendo, rispetto alla sentenza Dell'Utri (con la quale sul punto non si confronta), a differenti conclusioni.

Si sostiene nella sentenza Esti che gli obblighi di conformazione nascenti dall'art. 46 CEDU riguardano invero lo «*specifico caso coinvolto dalla pronuncia*

in esame e a differenza dei casi analoghi [...]», che «*impone al giudice nazionale, limitatamente al caso di cui si controverte, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, i cui effetti si estendono sia allo Stato sia alle altre parti coinvolte dalla decisione che tale violazione ha censurato*».

Non erano infatti esportabili i principi affermati dalla Corte EDU nel caso Contrada contro Italia, sul piano della configurazione del concorso esterno in associazione mafiosa, al di fuori degli obblighi di conformazione imposti dall'art. 46 CEDU, il cui nucleo centrale era costituito dalla ritenuta - ed "incontroversa" tra le parti - natura "giurisprudenziale" della fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa.

In buona sostanza, secondo la Corte, posto che nel sistema italiano non poteva trovare ingresso (né lo era stato per il passato) una fattispecie penale di origine giurisprudenziale, come già affermato dalla stessa sentenza n. 43112, Contrada, cit., non vi erano principi generali da applicare al di fuori del singolo caso concreto, la cui decisione era stata condizionata in definitiva da un presupposto erroneo.

A medesime conclusioni sono pervenute altre sentenze, con motivazione del tutto adesiva alle argomentazioni della sentenza Esti (Sez. 1, n. 36505 del 12/06/2018, Corso, non mass., Sez. 1, n. 36509 del 12/06/2018, Marfia, Rv. 273615, Sez. 1, n. 37 del 04/12/2018, dep. 2019, Grassia, non mass.; Sez. 1, n. 15574 del 19/02/2019, Papa, non mass.).

Alla sentenza Esti ha aderito anche in motivazione la sentenza Sez. 5, n. 55894 del 03/10/2018, P, Rv. 274170, in tema di misure di prevenzione, escludendo che i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU Contrada, in ordine alla natura di fattispecie di creazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa, possano essere estesi a casi diversi, «*in quanto, fermi restando gli obblighi di conformazione imposti dall'art. 46 CEDU, che operano limitatamente al caso di cui si controverte, il sistema penale nazionale è ispirato al modello della legalità formale in cui non solo non è ammissibile alcun reato di "origine giurisprudenziale", ma la punibilità delle condotte illecite trova il suo fondamento nei principi di legalità e tassatività*».

13.5. In questo filone, va segnalata anche Sez. 1, n. 13856 del 27/02/2019, Genco, non mass., depositata successivamente alla trattazione del presente ricorso, che riguarda la richiesta formulata dal Genco al giudice dell'esecuzione di revoca del giudicato di condanna.

La Corte, aderendo al principio enunciato dalla sentenza Esti sulla non estensibilità della decisione della Corte EDU sul caso Contrada, ha rilevato, rigettando il ricorso del Genco, che tale sentenza ha preso le mosse da una

"premessa radicalmente errata" in ordine alla natura di "origine giurisprudenziale" della fattispecie delittuosa.

14. L'esame dello stato della giurisprudenza consente di rilevare, come annunciato in premessa, una serie di questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità.

14.1. La prima questione pregiudiziale è quella della "esportabilità" dei principi contenuti nella sentenza della Corte EDU sul caso Contrada.

La questione ruota sulla esatta individuazione dei principi in essa contenuti, che come si è visto presenta divergenti letture offerte dalla Suprema Corte.

Si tratta pertanto di stabilire se, al di là del caso esaminato (la Corte europea è invero "il giudice del caso concreto"), nella struttura della sentenza siano rinvenibili principi generali di diritto, che ne abbiamo costituito la *ratio decidendi*, potenzialmente estensibili ed applicabili *erga omnes*.

Per l'orientamento inaugurato dalla sentenza Esti, la Corte EDU avrebbe stigmatizzato (sulla base peraltro di un'erronea prospettazione), ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, la tipologia della "fonte" del precetto penale (e quindi della sanzione); mentre per quello fatto proprio dalla sentenza Dell'Utri, il *vulnus* dell'art. 7 riscontrato dalla Corte EDU riguarderebbe piuttosto la "qualità" della base legale.

14.2. Il Collegio ritiene che entrambe le soluzioni esegetiche offerte dalla Suprema Corte presentino delle criticità.

Relativamente al filone inaugurato dalla sentenza Esti, va osservato che, al di là della poco felice espressione utilizzata dalla Corte EDU per definire la fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa, la sentenza sul caso Contrada rivela nel percorso argomentativo di aver ben inteso che la fonte del precetto avesse la sua base legale nel codice penale, avendo ritenuto piuttosto di "creazione" giurisprudenziale il risultato della combinazione, in precedenza inedita, di due disposizioni incriminatrici nella specie rilevanti.

Ebbene, la sentenza Esti sembra non considerare che, nell'interpretazione dell'art. 7, par. 1, CEDU (nel testo inglese: "*No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed*"), la nozione di "law" (o "*droit*", nel testo francese), quale fonte del precetto penale e della relativa sanzione, è costantemente riferita dalla Corte EDU tanto al diritto di produzione legislativa quanto a quello di derivazione giurisprudenziale, inteso come "diritto vivente", risolvendosi la garanzia del principio del *nullum crimen* piuttosto nella

qualità della fonte, che deve pur sempre rispondere ai criteri di accessibilità e prevedibilità.

La Corte EDU, invero, ha ritenuto violato l'art. 7 cit. anche in relazione ad una norma scritta, astrattamente idonea a giustificare l'addebito, in assenza di una giurisprudenza uniforme nazionale (sent. 6/10/2011, Soros contro Francia), ovvero in presenza di "imprevedibili" mutamenti interpretativi in *malam partem* di una norma in ordine alla configurabilità di un reato (Corte EDU, sent. 10/10/2006, Pessino contro Francia; 22/09/1995, S.W. contro Regno Unito).

Pertanto, anche la legge più indeterminata, potrebbe da sola essere compatibile con il principio di legalità europea se l'incertezza della sua formulazione sia compensata da una giurisprudenza applicativa uniforme; così come viene a porsi in contrasto con il principio di legalità quella legge che, per quanto formulata in maniera chiara e precisa, sia caratterizzata da un'interpretazione giurisprudenziale non uniforme. Quindi, il peso della "certezza applicativa" sembra prevalere nella giurisprudenza della Corte EDU sul valore della determinatezza testuale.

In definitiva, la Corte EDU, lungi dal censurare il ruolo interpretativo della giurisprudenza in materia penale, assegna alla stessa un rilievo determinante nel rendere "prevedibile" e quindi compatibile all'art. 7 CEDU un testo di legge (in tal senso, Corte EDU, sent. 22/09/1995, S.W. contro Regno Unito).

Riprendendo un autorevole commento dottrinario all'art. 7 CEDU, può sostenersi che la garanzia ulteriore riconosciuta dall'art. 7 CEDU rispetto all'art. 25 Cost., risiede nel fatto che di fronte a qualsiasi norma di legge in vigore, magari già passata indenne al vaglio della Corte costituzionale sotto il profilo della sua precisione, l'individuo potrà fare, al momento della decisione se agire o non agire, legittimo affidamento sulla interpretazione che di quella norma abbiano fornito i giudici interni, avendo – così – un preciso diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella stessa norma non prevedibili *ex ante*. E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che queste estensioni interpretative siano compatibili con il dato letterale della norma incriminatrice, e che possano avere dietro di sé ottimi argomenti sul piano storico, teleologico, sistematico: ciò che conta, dal punto di vista della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, è soltanto se l'individuo potesse "ragionevolmente" prevedere tale estensione, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza – giuste o sbagliate che fossero – nello stato in cui si trovava al momento della commissione del fatto.

Si tratta di principi che questa Corte ha avuto modo di riaffermare ed applicare, come dimostra la pronuncia delle Sezioni Unite n. 18288 del 12/01/2010, Beschi, Rv. 246651, inglobando nel concetto di legalità sia il diritto

di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo. Tale visione sostanziale del principio di legalità, secondo le Sezioni Unite, deve confrontarsi con le particolari condizioni qualitative, quali l'accessibilità della norma penale e la ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze, secondo quanto indicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In sostanza, «*Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente 'creativa' della interpretazione, la quale, senza varcare la 'linea di rottura' col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima*»

Questi principi sono stati richiamati dalla Corte Suprema in tema di prevedibilità di un'interpretazione del giudice di legittimità in *malam partem* di una norma incriminatrice (tra le tante, Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406). Secondo la Corte, l'art. 7 CEDU - così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale solo quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876).

Secondo la Suprema Corte, la Corte EDU non impedisce alla giurisprudenza nazionale di mutare il próprio orientamento nell'interpretazione di una norma legislativa, anche in materia penale. Si richiede, tuttavia, che tale mutamento sia ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma affinché lo Stato non incorra in una violazione dell'art. 7 in relazione alla materia penale. Per cui la ragionevole prevedibilità di una interpretazione giurisprudenziale rappresenta il discrimine fra condotte che possono essere punite anche in ragione di una interpretazione che si è affermata in epoca successiva al loro compimento e condotte che debbono andare, invece, esenti da pena.

14.3. Il nucleo centrale dei rilievi sollevati dalla Corte EDU nel caso Contrada sembra essere stato piuttosto correttamente colto dalla sentenza Dell'Utri, là dove ha rilevato che era stata censurata la scarsa prevedibilità della norma penale, a causa della incertezza interpretativa esistente all'epoca.

Va rilevato piuttosto che il ragionamento seguito dalla sentenza Dell'Utri, pur muovendo da tale condivisibile impostazione, si è poi sviluppato per dimostrare la inadeguatezza dei rimedi offerti nella fase esecutiva per

conformarsi *erga alios* alla sentenza europea, in quanto la situazione del ricorrente non poteva ritenersi "identica" a quella del condannato vittorioso a Strasburgo.

Proseguendo su tale crinale, la Corte ha finito per offrire una lettura in chiave prettamente interna del *dictum* della Corte EDU, ancorando la ragionevole prevedibilità della rilevanza penale di un fatto ad un profilo eminentemente soggettivo, anziché alla qualità della norma da valutarsi oggettivamente.

Lettura che non sembra tuttavia trasparire dal percorso argomentativo della Corte EDU, che si è limitata a rilevare un dubbio oggettivo, che veniva a minare la certezza del diritto, sull'esistenza del reato.

La Corte EDU invero ha evidenziato che la sentenza di condanna pronunciata nei confronti del Contrada si era basata su una giurisprudenza consolidatasi in *malam partem* successivamente ai fatti ascritti e che questi all'epoca della loro commissione non erano (in termini generali e non soggettivi) sufficientemente chiari e prevedibili e che il ricorrente non poteva quindi conoscere la pena ad essi correlata; e che "viepiù" nessun accertamento, pur invocato dal ricorrente, sulla prevedibilità di tale indirizzo esegetico era stato compiuto dai giudici nazionali.

Come risulta dal par. 47 della sentenza, la Corte EDU ha significativamente precisato che, non versandosi in un caso di violazione del diritto ad un equo processo, non spettava alla sua competenza stabilire se nel momento della commissione del fatti la suddetta interpretazione giurisprudenziale fosse accessibile e prevedibile dal ricorrente.

Pertanto, la Corte EDU non ha valutato la prevedibilità ponendosi nella prospettiva della colpevolezza del ricorrente al quale muovere un rimprovero personale (attese anche le sue specifiche qualità e conoscenze professionali) ma ha ritenuto dirimente ed assorbente esaminare la certezza del diritto penale, quindi in senso oggettivo.

Come osservato largamente dalla dottrina, la nozione di prevedibilità convenzionale accolta dalla sentenza europea Contrada non sarebbe più solo un problema di colpevolezza, ma verrebbe ad avvicinarsi a una idea di legalità formale (la tipicità), seppur indipendente dalla riserva di legge.

La sentenza Contrada della Corte EDU si risolverebbe pertanto in un giudizio di insufficiente determinatezza/tipicità della norma prima del 1994, ancorato ad un parametro oggettivo (e formale).

I giudici di Strasburgo, partendo dall'assunto che il concorso esterno in associazione mafiosa sia una *infracion d'origin jurisprdentielle*, fanno infatti leva sull'esistenza di un contrasto tra le sezioni semplici della Cassazione per giungere *tout court* alla conclusione che la condanna per concorso esterno fosse imprevedibile per il ricorrente.

Si tratta di una nozione quindi di prevedibilità in senso oggettivo, che non trova peraltro essa stessa pacifiche applicazioni nella giurisprudenza della Corte EDU, essendosi valorizzato come indice a volte i fisiologici mutamenti socio-culturali, tali da giustificare la comune contezza della illiceità della condotta (i cosiddetti reati "naturali", Corte EDU, sent. 22/11/1995 S.W. contro Regno Unito), e altre volte la tipologia dei destinatari della norma, che rende il dubbio sulla liceità della condotta fonte di un dovere di astensione dall'azione o quantomeno di grande prudenza (Corte EDU, sent. 01/09/2016, X e Y contro Francia).

Riprendendo una attenta osservazione della dottrina, la Corte EDU avrebbe quindi nel caso Contrada "irrigidito" i criteri generalmente utilizzati per valutare la prevedibilità dell'esito giudiziario, non considerando viepiù, secondo il criterio oggettivo sopra indicato, che il disvalore delle condotte agevolatrici dei fenomeni mafiosi era entrata a far parte del "mutamento sociale" del senso comune sin dagli anni '80 e che erano già esistenti pronunce della Suprema Corte che ammettevano la configurabilità del concorso eventuale dell'estraneo nelle figure di reato plurisoggettive (e che era quindi all'epoca dei fatti pacifica la funzione di norma incriminatrice dell'art. 110 cod. pen.) e anche in quella mafiosa (e che quindi doveva esserci almeno un prevedibile dubbio nell'agente sulla illeceità della propria condotta).

Quanto al valore di "precedente" della sentenza Contrada, va segnalato che la Guida all'interpretazione dell'art. 7 CEDU, predisposta dalla stessa Corte EDU e pubblicata sul suo sito ufficiale, indica nella definizione del concetto di prevedibilità anche il caso Contrada, quale tipologia di imprevedibilità derivante da uno sviluppo di una "giurisprudenza consolidata" dopo la commissione del reato (§ 40).

In questa direzione "oggettiva" pare essersi mossa la Suprema Corte là dove ha applicato a "rime obbligate" la sentenza europea allo stesso Contrada, ritenendo *tranchant* (e quindi rimediabile in sede esecutiva) l'errore di diritto riscontrato dalla Corte di Strasburgo, che non richiedeva per essere rimosso di una verifica specifica e concreta - attraverso il "*reopening*" del processo - della prevedibilità della fattispecie penale (se era obbligata l'esecuzione della sentenza non era certo scontata la modalità di conformazione).

14.4. La soluzione accolta dalla sentenza Dell'Utri rappresenta peraltro un'opzione che ha cercato di offrire una ragionevole soluzione "intermedia" rispetto ai più estremi scenari esegetici prospettabili.

La Suprema Corte, facendo leva sui criteri interpretativi indicati dalla Corte costituzionale, ha inteso "adattare" in chiave soggettiva, per salvaguardare la

stabilità del giudicato penale (valore non estraneo alla CEDU), i principi espressi dalla sentenza Contrada in tema di ragionevole prevedibilità della norma penale.

Occorre chiedersi (non essendo allo stato ancora disponibile lo strumento di "dialogo" istituzionale tra le Corti fornito dal Protocollo n. 16) se la sentenza sul caso Contrada lasci al giudice nazionale un margine di apprezzamento per valutare come applicare *erga alios* la nozione di prevedibilità della legge penale in presenza di contrasti giurisprudenziali, legittimando il ricorso a soluzioni individuali, caso per caso, senza quindi aggredire le reali cause del *deficit* riscontrato, bensì facendo uso dei test di prevedibilità modellati su un giudizio di prevedibilità/colpevolezza, e quindi personale, secondo i criteri della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale.

In tale sentenza la Corte costituzionale ha invero affermato che la tassatività del precetto e quindi la prevedibilità del comando che da esso promana è la garanzia del principio di colpevolezza: "*a nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non e in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto*".

Il principio di colpevolezza impone infatti all'ordinamento nel suo complesso – e segnatamente ai giudici – di astenersi dal punire un soggetto che abbia ignorato il contenuto del precetto penale, in presenza di non risolti contrasti giurisprudenziali – anche in seno alla Suprema Corte – sulla sua esatta portata.

Si tratta di una nozione di prevedibilità non estranea alla giurisprudenza della Corte europea, che di recente ha affermato che l'art. 7 CEDU, pur non menzionando espressamente il legame morale tra l'autore del reato e la condotta, lo presuppone in quanto sarebbe incoerente "*da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» mentre essa non era in condizione di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non poteva assolutamente essere imputato a colui o colei che ne era vittima*" (Grande Camera, 28/06/2018, G.I.E.M. S.R.L. e altri contro Italia, § 116).

In tale prospettiva, va tuttavia osservato che non appare dirimente per la posizione del presente ricorrente la componente soggettiva del giudizio di prevedibilità rintracciata dalla sentenza Dell'Utri nel mero comportamento processuale, dovendo la prevedibilità essere vagliata al momento della condotta, e non essenzialmente al momento del processo. Quest'ultima sembra rilevare nella misura in cui viene a condizionare la ricevibilità del ricorso a Strasburgo da parte di chi intenda dolersi della violazione, dovendo dimostrare di aver esaurito i rimedi interni, sempre che gli stessi si dimostrino effettivi in pratica e non con

ogni evidenza votati all'insuccesso (nel senso che una tale questione, se pur proposta, non avrebbe trovato all'epoca alcuna considerazione).

Sotto altro verso, la prevedibilità, secondo i principi della Corte EDU, va commisurata non solo alla generica illiceità della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale e quindi alle conseguenze sanzionatorie della norma penale, risolvendosi in definitiva nell'imprevedibilità della decisione giudiziale di condanna. In tal senso, appare condivisibile quanto sul punto affermato dalla sentenza Dell'Utri.

Va tuttavia osservato che l'opzione esegetica indicata dalla sentenza Dell'Utri, per quanto costituisca una equilibrata soluzione, offre peraltro il fianco ad una critica in ordine al tipo di valutazione da compiersi caso per caso.

Invero, la Suprema Corte ha trasformato il *vulnus* sistemico rilevato dalla Corte EDU in un vizio del singolo processo, avente ad oggetto un difetto della valutazione dei giudici che sono pervenuti alla condanna per reati di concorso esterno commessi in quella determinata fascia temporale, senza verificare la "rimproverabilità" soggettiva e quindi la colpevolezza dell'imputato a fronte di una situazione di incertezza interpretativa.

Verifica questa che risulta oramai non più ripetibile a favore dei terzi estranei al giudizio di Strasburgo in presenza del giudicato di condanna.

14.5. Si prospetta quindi una terza opzione interpretativa, più vicina al *dictum* della Corte EDU, secondo cui la sentenza sul caso Contrada ha inteso censurare *tout court* la qualità della base legale della norma incriminatrice e della pena.

Accedendo a tale interpretazione, ai cosiddetti "fratelli minori" di Contrada, sempre che si ritenga non necessario investire della questione la Corte costituzionale, si dovrebbe estendere il principio, secondo cui la fattispecie di concorso esterno delineata dagli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen. non potrebbe più trovare applicazione per i fatti commessi prima del cristallizzarsi dell'interpretazione consolidata delle Sezioni Unite in materia, risalente al 1994.

Le ricadute della impostazione assunta dalla Corte EDU nel caso Contrada appaiono molto rilevanti, in quanto si prestano ad essere "esportate" ogni qualvolta sia presente un contrasto giurisprudenziale, poi risolto dalle Sezioni Unite (quale espressione del "diritto vivente"), dovendosi pertanto ritenere ragionevolmente imprevedibile qualunque condanna per fatti commessi prima del "consolidamento" della giurisprudenza sfavorevole al reo.

E ciò indipendentemente dalla obiettiva oscurità o equivocità del precetto derivante dalla contrastante interpretazione giurisprudenziale che giustifichi la mancata rimproverabilità all'agente (Sez. 3, n. 5244 del 23/04/1996, Gatto, Rv. 205109).

In definitiva la garanzia di accessibilità del precedente "sfavorevole" è riconosciuto dalla Corte EDU al solo precedente di legittimità a Sezioni Unite.

La questione è in ogni caso rilevante nel caso in esame, perché accedendo a all'impostazione oggettiva della prevedibilità accolta dalla Corte EDU la posizione del Genco appare sostanzialmente del tutto identica a quella del Contrada.

15. Dalla diversa ampiezza della portata della sentenza della Corte EDU sul caso Contrada discendono implicazioni non irrilevanti anche in ordine alla tipologia di rimedio utilizzabile per conformarsi ad essa.

Infatti, aderendo all'orientamento "intermedio" accolto dalla sentenza Dell'Utri, resterebbe aperta la questione della esperibilità della revisione "europea" al di fuori dei casi direttamente esaminati dal giudice europeo, risultando l'opzione seguita dalla suddetta pronunzia anch'essa controversa e problematica, come si è esposto in precedenza.

La sentenza Dell'Utri ha ritenuto che l'obbligo di introdurre strumenti di "riapertura" o di "riesame" delle sentenze definitive interne sia applicabile a tutti i casi in cui possa risultare necessario, nel caso concreto, il superamento del giudicato, per adeguarsi ad una violazione sostanziale accertata dalla Corte EDU, anche al di fuori dell'esecuzione specifica richiesta dalla sentenza europea.

16. In conclusione, tirando le fila del discorso, la sentenza impugnata, pur ritenendo ammissibile il rimedio della revisione "europea", ha aderito all'impostazione inaugurata dalla sentenza Esti, escludendo che la sentenza europea emessa sul caso Contrada avesse effettivamente rilevato un *deficit* sistemico e ritenendo sufficiente che nel caso in esame l'incertezza finisse per dissolversi nell'alternativa non tra lecito o illecito bensì tra due reati puniti egualmente.

Soluzione questa ultima evidentemente non appagante posto che all'epoca dei fatti, secondo la Corte EDU, non era prevedibile lo sviluppo della giurisprudenza sulla stessa configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione mafiosa quale fatto illecito. Pertanto, l'alternativa prevedibile, aderendo all'impostazione della sentenza Contrada, era tra il reato di partecipazione all'associazione mafiosa o condotte punite meno severamente o, difettando anche queste, condotte non illecite.

Quindi, l'esame del ricorso rende necessario risolvere i rilevati contrasti di giurisprudenza.

Considerata la delicatezza della materia e i riflessi delle opzioni interpretative sugli obblighi di conformazione alle decisioni della Corte EDU, da ultimo ribaditi dalla stessa Corte nella sua più alta espressione, il Collegio ritiene

di rimettere il ricorso alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., affinché stabiliscano se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile.

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso il 22/03/2019.

Il Consigliere estensore
Ersilia Calvanese

Il Presidente
Stefano Mogini

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Oggi, 17 MAG 2019

IL CANCELLIERE

IL CANCELLIERE
Lorena Fragomeni

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE