
ALFREDO GAITO – GENNARO GAETA

Note difensive (per il giudizio delle Sezioni Unite sui fratelli minori di Contrada)*

Con sentenza 24 ottobre 2019, depositata il 3 marzo 2020, le Sezioni unite hanno escluso gli effetti estensivi del diritto vivente europeo. Questo contributo riproduce il testo di alcuni argomenti difensivi prodotti in vista del giudizio di cassazione, nella prospettiva di prevenire possibili equivoci di metodo e delineare linee minime e condivisibili di ortodossia interpretativa.

Defensive Notes (for the judgment of the United Sections on the younger brothers of Contrada)

By judgment of 24 October 2019, filed on 3 March 2020, the United Sections ruled out the extensive effects of European living law. This contribution reproduces the text of some pro-learned defensive arguments in view of the judgment of cassation, with the prospect of preventing possible misunderstandings of method and de-linearizing minimum and shareable lines of interpretive orthodoxy.

1. Al Collegio è richiesto di affrontare due temi che sono legati a filo doppio con il problema dell'effettività dell'integrazione fra l'ordinamento interno e quello sovranazionale: si tratta di stabilire, anzitutto, se debba o meno essere riconosciuta portata generale al principio di irretroattività dell'interpretazione in malam partem (generalmente –ma non proprio correttamente– inteso come valenza *erga omnes* della sentenza Corte E.D.U., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia); e se, ancora, il sistema dei rimedi processuali interni sia adeguatamente attrezzato per fornire strumenti efficaci di tutela ai soggetti che si trovano nell'identica posizione sostanziale in cui versa il ricorrente vittorioso a Strasburgo (*id est* ai c.d. – e mal detti – “fratelli minori” di Contrada), laddove si ritenga di poter estendere anche a costoro i principi di diritto espressi nelle decisioni dei giudici di Strasburgo ed evitare, per l'effetto e in prevenzione, l'ampliamento del contenzioso in sede europea e l'aggravio del carico giudiziario interno (obbligando all'instaurazione di un procedimento incidentale di esecuzione e all'esaurimento di tutti gli strumenti di controllo nazionali).

Nella consapevolezza che qualunque soluzione rappresenterà, giocoforza, il nuovo stato di avanzamento dei lavori sul terreno del recepimento del diritto della Convenzione e.d.u., l'*actio finium regundorum* della complessa tematica al vaglio delle Sezioni Unite si dipana dalla preliminare verifica della idoneità della «sentenza Contrada» a fungere da statuizione che esorbita dal caso specifico per avere rintracciato un vizio strutturale dell'ordinamento fino (in posizione di logica conseguenza) alla delimitazione degli strumenti processuali di cui possono disporre i soggetti non protagonisti della lite a Strasburgo per go-

dere del medesimo livello di protezione fissato dal Collegio europeo contro la retroattività di interpretazioni giudiziali *in malam partem*.

2. Il tema della potenziale ultrattività del principio originato dall'*affair* "Contrada" dipende anzitutto dalla definizione della qualità del vincolo derivante, nell'ordinamento interno, da una decisione della Corte europea diversa dalla sentenza c.d. «pilota» allorché fissa un principio generale e astratto, che si stacca dal caso singolo.

Proemiale a tutto il resto è l'inquadramento del verdetto sovranazionale come espressione di un diritto giurisprudenziale consolidato, solo all'esito potendosi sciogliere il nodo della cogenza della decisione, vincolante nella misura in cui sia stato riconosciuto che essa rappresenta la nuova tappa di un sentiero preesistente. Salvo quanto si dirà più oltre, a proposito delle opzioni processuali percorribili in funzione attuativa del *dictum* europeo, ci si avvede che l'ordinanza di remissione, nel rilevare l'interrogativo sul significato precettivo da attribuire al principio fissato nella sentenza "Contrada" da conto del "disorientamento" di legittimità sul contenuto e sulle modalità di accertamento del vizio europeo a proposito del difetto di prevedibilità della condanna senza, tuttavia, giungere a un'ipotesiolutiva univoca appagante.

Si mette in discussione, in altri termini, se nel caso "Contrada" la Corte di Strasburgo abbia effettivamente individuato un vizio strutturale dell'ordinamento interno oppure se, per contro, debba ritenersi del tutto singolare e non verificabile altrove il difetto di legalità europea della condanna per concorso esterno subita dal menzionato ricorrente, così rimettendo in discussione, a monte, la possibilità che la decisione possa correttamente assumere una portata *erga omnes*: sul punto si evince una parziale opacità della ricostruzione operata dal provvedimento, il quale, non senza il supporto di alcune decisioni di altre Sezioni semplici, ha ipotizzato la mancanza di tutti o quasi i requisiti, richiesti dalla giurisprudenza costituzionale, affinché la decisione europea in parola possa fungere da valida premessa di una estensione applicativa automatica ai casi analoghi. Ma a ben vedere è il principio di non retroattività delle esegesi giudiziali *in malam partem*, fin quando non consolidate, ad essere in discussione sotto la crosta formale (forse fuorviante) della validità *erga omnes* delle sentenze europee.

Senza voler sminuire il problema (è il disorientamento giurisprudenziale al proposito che ha determinato la remissione alle Sezioni Unite), va segnalato che la struttura argomentativa del provvedimento della Sesta Sezione non è lineare e dimostra le maggiori incertezze descrittive proprio là dove si impe-

gna a sindacare la capacità effettiva della pronuncia “Contrada” di esprimere principi consolidati, col conseguente rischio di mal comprendere i termini esatti del concetto di prevedibilità della condanna incarnato all’art. 7 della Convenzione E.D.U.

I due aspetti sono scindibili solo dal punto di vista didattico: comprendere se la decisione della Corte di Strasburgo abbia effettivamente rilevato un vizio strutturale dell’ordinamento oppure se, a ben vedere, la censura europea sia unica nel suo genere e strettamente legata alle condizioni verificatesi nel caso concreto – dunque non spendibile altrove – è problema legato all’applicazione dei criteri di ricevibilità di un pronunciamento europeo fissati dalla Corte costituzionale a proposito di diritto giurisprudenziale consolidato.

2.1. Si tratta di un punto di frizione nel dialogo tra le Corti, dovuta alla posizione tradizionalmente restrittiva della Consulta che, accanto alle decisioni «pilota» emesse ai sensi dell’art. 61 Reg. Conv. E.D.U., non riconosceva portata vincolante ad ogni sentenza della Corte europea in quanto tale.

Nonostante la particolare nettezza della Corte di Strasburgo, secondo la quale il giudice interno deve applicare, senza distinzioni di sorta, il diritto nazionale in modo conforme alla giurisprudenza sovranazionale, che della Convenzione costituisce parte inseparabile¹, il Giudice delle leggi ha teorizzato una serie di criteri selettivi per identificare un diritto giurisprudenziale “consolidato” a Strasburgo², nel quale deve collocarsi il singolo pronunciamento europeo affinché assuma rilievo per il giudice penale.

Non ci si può esimere, in via incidentale, dall’evidenziare che il canone segnalato innalza una barriera contro il processo di recezione del diritto vivente europeo per i casi simili a quelli già accertati dal Collegio europeo, poiché legittima occasioni di valutazione e di ponderazione in capo al giudice comune difficilmente controllabili e che, ad ogni modo, dovrebbero essere escluse del giudizio di legittimità costituzionale nella misura in cui accerta il rispet-

* Si tratta del testo di un atto difensivo depositato a firma di Alfredo Gaito alla cui stesura e documentazione ha contribuito in vasta misura Gennaro Gaeta.

¹ L’affermazione è di significativa frequenza: per alcuni riferimenti, Corte E.D.U., 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia; Corte E.D.U., 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia; ma soprattutto e da ultimo Corte E.D.U., Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. ed altri c. Italia, in particolare § 244.

² Per la giurisprudenza relativa alla categoria del diritto europeo “consolidato”, si vedano Corte cost., sent. n. 49 del 26 marzo 2015; ord. n. 187 del 2015; sent. n. 36 del 13 gennaio 2016; sent. n. 102 del 8 marzo 2016; sent. n. 200 del 31 maggio 2016; sent. n. 43 del 24 gennaio 2018 e, da ultimo, sent. n. 66 del 23 gennaio 2019. Sul tema, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 2015, 2.

to dei c.d. controlimiti³: il rischio, in altri termini, è che al giudice interno venga attribuito il potere di formare autonomamente il contenuto dell'obbligo di adeguamento alla Convenzione di cui è il soggetto passivo.

Un profilo di criticità che solo apparentemente riposa sullo sfondo dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, dal momento che, per contro, si tratta di una delle concause della inefficacia del processo di recepimento del diritto vivente europeo, rilevate anche dalla *Grand Chambre* che, in aperta rottura rispetto ai principi interpretativi voluti dal Giudice delle leggi, ha ribadito 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»⁴.

Di immediata percezione il rischio che si corre: la distinzione prevista dall'ordinamento interno è capace di minare l'autorità interpretativa della Convenzione di cui è munita ogni sentenza e creare, per conseguenza, una situazione di incertezza giuridica, liberando i giudici ordinari, in via mediata, dall'obbligo di dare piena esecuzione alle sentenze europee e consentendo loro di vanificare l'applicazione del *dictum* della Corte di Strasburgo, qualora lo ritenessero non armonico con gli orientamenti giurisprudenziali già esistenti⁵.

Non è questa la sede per dar compiutamente conto del vivace dibattito dottrinale attorno alla validità e alla fondatezza del concetto di diritto consolidato,

³ Come chiarito da Corte cost., sent. n. 25 del 24 gennaio 2019, § 13 del *Considerato in diritto*, «Va infatti ribadito che, “[a] differenza della Corte E.D.U., questa Corte [...] opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante” (sentenza n. 264 del 2012); bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il “margine di apprezzamento” che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)». Per una declinazione della teoria dei controlimiti relativa alle garanzie di procedura e all'esercizio del potere punitivo, LA ROCCA, GAITO, *Il “controlimite” della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in questa *Rivista*, 2019, 3 e segg.

⁴ Corte E.D.U., Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. ed altri c. Italia, cit., § 252.

Lungo questa direttrice, sono noti i contrasti giurisprudenziali relativi agli effetti della sentenza De Tommaso c. Italia: nel riconoscere la vincolatività della decisione sovranazionale, le Sezioni Unite (v. sent. n. 40076/2017) e la Consulta (v. sent. n. 25/2019) non hanno realizzato un confronto serrato con gli indici del diritto giurisprudenziale consolidato risalenti alla nota sentenza 49 del 2015 della Corte costituzionale: per contro, la sentenza 25 del 2019 ha adoperato i criteri del bilanciamento e della maggiore estensione possibile delle tutele, a dimostrazione di una tendenza inversa. In tal modo il riferimento alla giurisprudenza “consolidata” sembra essere stato abbandonato in favore di un ritorno a orientamenti precedenti (come d'altronde aveva fatto la medesima Consulta con la sent. n. 264/2012, applicando il criterio del bilanciamento).

⁵ Cfr. Corte E.D.U., Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. ed altri c. Italia, *Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissidente del Giudice Pinto de Albuquerque*, cap. III, §§ 36-56.

foriero di uno iato tra la dimensione formale della norma contenuta nell'art. 46 Conv. E.D.U. (che assume la veste dell'obbligo) e la dimensione sostanziale (in cui la cogenza è solo virtuale, poiché il destinatario del comando dispone di uno strumento di contenimento dell'imposizione che discende dalla decisione europea) ci si avvede che, anche applicando i ben noti criteri elaborati dalla Corte costituzionale, è da confermarsi la portata vincolante della decisione *Contrada contro Italia* in quanto in linea con le coordinate del diritto vivente europeo⁶.

Non siamo di fronte, nel dettaglio, all'affermazione creativa di un nuovo principio giurisprudenziale, rispetto a quanto già esistente e verificabile consultando l'evoluzione giurisprudenziale della Corte sovranazionale, né possono essere riscontrati tra gli argomenti della decisione europea, come chiedeva di verificare in passato il Giudice delle leggi, punti di differenza rispetto ad altre pronunce della Corte di Strasburgo, dal momento che il verdetto emesso per la controversia "Contrada" si pone in linea di continuità con i contenuti già riscontrati nell'alveo dell'art. 7 Conv. E.D.U. dalle decisioni precedenti.

In via di sintesi, si noti che – in considerazione della marcata consonanza col quadro del diritto vivente europeo – già erano presenti ed ampiamente descritte le declinazioni del principio di legalità come divieto di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non erano considerati illeciti o anche, d'altra parte, come preclusione nei confronti di applicazioni della legge di tipo estensivo *in malam partem* e comunque a svantaggio dell'imputato, tra le quali rientra l'analogia⁷: risale addirittura alla fine degli anni novanta il riconoscimento della possibilità concreta di sapere, combinando la lettura della disposizione di legge e delle decisioni di legittimità pertinenti, come e quando un atto o un'omissione comporta l'attribuzione di una responsabilità penale e di una pena⁸.

Non siamo, dunque, in presenza di una decisione che ha adoperato criteri di giudizio non compatibili con le caratteristiche intrinseche dell'ordinamento interno, poiché propone un'edizione del principio di legalità perfettamente in linea con i propri stessi precedenti e, ancora, con le coordinate costituzionali cui tende il nostro diritto penale, avendo ribadito che la condanna del cittadino deve essere fondata su di una base che, anche alla luce del diritto vivente

⁶ Criteri risalenti a Corte cost., sent. 49 del 2015.

⁷ Corte E.D.U., sent. 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio; Corte E.D.U., Gr. Cam., sent. 8 luglio 1999, Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia.

⁸ Corte E.D.U., sent. 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia, § 29; Corte E.D.U., Gr. Cam., sent. 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, § 140; Corte E.D.U., Gr. Cam., sent. 17 maggio 2010, Kononov c. Lettonia, § 199; Corte E.D.U., Gr. Cam., sent. 27 gennaio 2015, Rohlena c. Repubblica Ceca, § 51-53.

interno, sia sufficientemente chiara.

Altro tema, limitrofo ma concettualmente distinto, è quello relativo alla qualità del principio europeo (espressivo di diritto consolidato) che può ricavarsi dalla «sentenza Contrada» poiché, non senza sovrapposizioni, l'ordinanza di remissione include tra gli elementi da valutare per la soluzione del primo dei due temi indicati in premessa l'analisi delle modalità dell'accertamento, in casi simili, del difetto di prevedibilità.

Si pone il problema, in altri termini, della peculiarità del *dictum* europeo, il quale, richiedendo di sondare la prevedibilità della condanna (tra le declinazioni della legalità secondo l'art. 7 Conv. E.D.U.) avrebbe implicitamente imposto anche un tipo di accertamento che diverge a seconda delle circostanze concrete, dunque non un canone che potrebbe dirsi applicabile meccanicamente in ogni caso simile.

Si tratta di ipotesi esegetica che, come in parte messo in evidenza dalla stessa ordinanza della Sesta Sezione penale (là dove contesta l'orientamento che, su tale base, ritiene non vincolante il comandamento europeo in discussione) non ha ingerenza sul nodo da sciogliere, poiché la necessità di apprezzare caso per caso le ragioni di prevedibilità è tema che eventualmente riguarda le soluzioni tecniche possibili, ossia il secondo dei problemi al vaglio di codesta Corte, non anche, in premessa, la consistenza del vincolo.

3. Una volta correttamente intesa la portata della decisione europea, è possibile affrontare il nodo centrale della sua efficacia *erga alios*.

In prima battuta preme evidenziare la contraddizione logica di un ordinamento processuale che tollera, in ipotesi, l'esistenza di condanne irrevocabili ancorate su una violazione della Convenzione già riscontrata, in un caso sovrapponibile, dalla Corte di Strasburgo: ciò significherebbe ammettere che, allo stato, è privo di tutela il soggetto non ricorrente principale dinanzi al giudice europeo nonostante abbia subito lo stesso illecito convenzionale, con conseguente esigenza, se così fosse, di invocare un intervento correttivo della Corte costituzionale in funzione di rimozione dell'ostacolo legislativo, considerando il canone per cui ad ogni errore che sia stato riscontrato nel processo di recepimento del diritto della Corte E.D.U. deve essere posto rimedio.

La lezione è nota e risale alle decisioni di legittimità sorte attorno al ricorso straordinario come strumento di adeguamento utile per adempiere ad una decisione di condanna proveniente dalla Corte europea, in epoca anteriore all'introduzione della revisione europea nel testo dell'art. 630 c.p.p.

In quella occasione si affermò, con argomenti condivisibili anche in questa

sede, che non può resistere nell'ordinamento l'errore conclamato al quale, tuttavia, non sia apprestata una soluzione di emenda, dovendo a questo punto l'indagine individuare la norma incostituzionale perché impeditiva della predisposizione di un rimedio.

3.1. Posto che l'errore deve essere espulso, non potrebbe altrettanto correttamente dirsi preclusa la strada della soluzione in ragione dell'esistenza del giudicato anche considerando che la funzione di certezza del diritto cui risponde l'irrevocabilità della decisione non è argomento abbastanza forte, sul piano costituzionale, al punto da impedire l'eliminazione del vizio europeo.

L'erosione del giudicato è possibile non solo, come già ampiamente sperimentato, per rideterminare la quantità della pena inflitta e ricondurre il solo trattamento sanzionatorio alla soglia di legittimità convenzionale richiesta da Strasburgo, ma anche, nella medesima prospettiva, per introdurre una nuova parentesi di cognizione che ponga riparo a violazioni strutturali quando lo richieda la natura dell'illecito europeo.

Non è un argomento sufficientemente solido, in altri termini, l'opposizione del giudicato al recepimento della decisione *Contrada c. Italia inter alios*, come efficacemente dimostrato nella vicenda "Ercolano", a nulla valendo la distinzione fra legalità della pena e legalità della condanna al fine di limitare solo alla prima categoria le occasioni di riforma della decisione passata in giudicato.

Nella sistemazione dei rapporti tra la perdurante esigenza di legalità della condanna e funzione del giudicato, il dovere di adeguamento europeo continua ad essere sovrastante rispetto al presidio offerto dall'irrevocabilità, trattandosi, nel caso che ci occupa, di fare nuova applicazione della dimensione offerta dalle Sezioni Unite nella «sentenza Ercolano» ed individuare lo strumento utile al raggiungimento dello scopo.

Com'è noto, l'erosione del giudicato è un'attività legittima: già le Sezioni unite nella «sentenza Gatto» hanno statuito la possibilità di dare tutela a valori e diritti superando l'irrevocabilità del verdetto, in tal modo consentendo al processo di demolizione dell'intangibilità del giudicato di ricevere una vistosa accelerazione una volta riscontrata la necessità di ricondurre alla soglia di legalità europea anche la pena del condannato in via definitiva, tutte le volte in cui vi sia una violazione delle norme della Convenzione ⁽⁹⁾.

In quella occasione le Sezioni Unite hanno ritenuto che, a fronte di violazioni

⁹ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, P.m. in proc. Gatto, in www.archiviopenale.it.

della Conv. E.D.U. di portata generale, capaci di produrre effetti esorbitanti il singolo ricorso, si condensa un dovere di intervento che incombe sulla giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale anche sacrificando - nel caso allora in esame - il valore della intangibilità del giudicato.

Queste considerazioni rendono ancor più consistente il dovere di codesto Consesso di esercitare i propri poteri nell'ottica di correggere ogni difetto di legalità sostanziale.

Un dovere che, si noti, può essere visto in chiave classicamente costituzionale - come appena descritto mutuando i termini della giurisprudenza a proposito della riforma del giudicato - o, d'altra parte, attraverso la dimensione europea, poiché v'è coincidenza tra Corti superiori nell'affermare l'esigenza di scopo di apprestare tutela ad ogni violazione del diritto della Carta europea.

Sul punto la Convenzione richiede alle Corti di legittimità uno specifico, ulteriore adempimento quando sia stato riscontrato un vizio di prevedibilità della condanna, maggiore e diverso, per specie, da quello già imposto al giudice comune.

In più occasioni, infatti, la Corte di Strasburgo, rilevando la fisiologica difformità di giudizi tra Corti territoriali, per quei sistemi a legalità formale in cui non vige il principio del precedente, ha ritenuto che tale impostazione dei rapporti comportasse un dovere di riforma in capo alla rispettiva Corte regolatrice, la quale, in via di compensazione di una relativa non prevedibilità delle decisioni di merito, deve espellere la decisione incompatibile col diritto vivente europeo.

Con una serie di decisioni circolari, da tempo la Corte europea ritiene che la non omogeneità di trattamento giuridico, in punto di qualificazione del fatto e applicazione della legge penale, anche processuale, da parte di una pluralità di giudici di merito, costituisce una violazione del diritto al processo equo previsto dall'art. 6, § 1, Conv. E.D.U., nella prospettiva di prevenire le contraddizioni cui vanno incontro, fisiologicamente, i giudici territoriali e conferire stabilità e prevedibilità alla vicenda processuale penale e al suo esito complessivo.

Da ciò discende, per quanto qui interessa, un dovere di tipo convenzionale vincolante per la Corte di legittimità.

Si spiega.

Persino laddove è la genetica del sistema legale ad introdurre un margine di imprevedibilità della vicenda giudiziaria complessiva, viene richiesto

l'esercizio di una funzione correttiva di maggiore intensità alla Corte Superiore che sia investita in ultima istanza del caso, potendo essa agevolmente verificare l'esistenza di oscillazioni di giudizio, nei precedenti gradi di merito, tali da violare il canone convenzionale e, dunque, correre ai ripari¹⁰.

Come si comprende agevolmente, peculiare è la posizione della nostra Corte di cassazione nell'ottica adottata a Strasburgo a fronte di una violazione del principio di prevedibilità, dovendo esservi vigilanza costante sul suo rispetto da parte dei giudici del merito investiti dell'affare, rilevando anche d'ufficio che la decisione assunta da costoro è irragionevole perché imprevedibile: una nuova funzione nomofilattica del sindacato di legittimità di matrice europea.

3.2. Se il giudicato non può fungere da valore assoluto, di portata tale da impedire il pieno adeguamento dell'ordinamento interno e la prevedibilità, per contro, riceve un livello di tutela talmente alto in sede europea da generare doveri suppletivi di vigilanza per ogni Corte regolatrice interna, deve riscontrarsi il totale difetto di valori costituzionali di segno contrario capaci di falsificare, in ipotesi, la tesi illustrata e dimostrare l'esigenza di impedire una riforma della statuizione terminativa del processo fino a che non interverrà una ulteriore condanna della Corte di Strasburgo *in idem*.

Anche il rilievo negativo è pregnante, accanto agli elementi positivi illustrati: in assenza della possibilità di rilevare una diversa e opposta esigenza di tutela, dunque, non v'è ragione per impedire la produzione degli effetti della decisione europea *inter alios*, poiché espressiva di un diritto consolidato e portatrice, soprattutto, di un principio generale.

3.3. Calando gli argomenti appena spesi sul terreno della prima delle due

¹⁰ Nel caso Iordan Iordanov contro Bulgaria, la Corte europea ha descritto come e perché «*il principio della certezza del diritto è implicito in tutti gli articoli della Convenzione e costituisce uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto. [...] Certo, le divergenze di giurisprudenza sono inerenti a qualsiasi sistema giudiziario basato su un insieme di giudici di merito, ciascuno avente il proprio riparto di giurisdizione. Tuttavia, il ruolo di una Corte suprema è proprio quello di affrontare queste contraddizioni (Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia [GC], n. 24846/94 e 34165/96 e 34173/96, § 59)*» (Corte E.D.U., sent. 2 luglio 2009, Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria, § 47).

Similmente, nel caso Beian c. Romania il Giudice europeo, censurando la medesima imprevedibilità di giudizio in seno alla Corte di legittimità, ha statuito che «*La pratica sviluppata all'interno della più alta autorità giudiziaria del paese è di per sé contraria al principio della certezza del diritto, un principio implicito in tutti gli articoli della Convenzione e costituisce uno degli elementi di base dello Stato di diritto [...] Invece di adempiere al proprio compito di stabilire l'interpretazione da seguire, la stessa HCCJ [High Court of Cassation and Justice, ndr] è divenuta una fonte di incertezza giuridica, minando in tal modo la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario*» (così Corte E.D.U., sent. 6 dicembre 2007, Beian c. Romania (n. 1), § 39).

questioni segnalate in apertura, occorre comprendere se vi siano ragioni di specialità in capo al verdetto «Contrada contro Italia» che possano ingerire, in ipotesi, sulla sua portata *inter alios* in quanto decisione definitiva della Corte di Strasburgo: posto che le considerazioni che investono la valenza di qualsivoglia sentenza della Corte europea militano a favore della produzione di effetti a tutto tondo nel sistema legale interno per le ragioni descritte, l'indagine dev'essere completata accertando se la consistenza della decisione nel caso «Contrada» sia tale da produrre effetti demolitori della riconosciuta efficacia plurale delle sentenze europee¹¹.

Come è noto, la Corte E.D.U. nel caso Contrada ha condannato l'Italia avendo rilevato che la fattispecie di concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa è il risultato della combinazione di due disposizioni incriminatrici – ovvero degli artt. 110 e 416-*bis* c.p. – emersa in maniera chiara e compiutamente intellegibile solo a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite «Demitry»¹², dunque in epoca posteriore rispetto al tempo dei fatti contestati all'imputato.

Secondo i giudici europei, far operare contestualmente e con riferimento ad un'unica condotta tanto la disciplina in tema di concorso di persone che la fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso rappresenta una violazione dell'art. 7, § 1 Conv. E.D.U.: in quest'ottica, la verifica del rispetto del principio di legalità in materia penale deve tenere in considerazione anche – e soprattutto, nel caso specifico del concorso esterno in associazione mafiosa – il formante giurisprudenziale, con la conseguenza che la garanzia fondamentale è violata quando una fattispecie di reato risulti invero interpretata in termini oscillanti dalla giurisprudenza, sicché il singolo non possa sapere con sufficiente determinatezza se il comportamento che intenderà assumere sia lecito o vietato, nonché quando la condanna è basata su di una previsione incriminatrice che nel suo caso è interpretata *in malam partem* rispetto all'orientamento dominante.

Si tratta di un'affermazione tutt'altro che innovativa rispetto ad un consolidato orientamento dei giudici sovranazionali, i quali più volte hanno sostenuto che in tema di legalità penale la “certezza applicativa” ha un rilievo autonomo rispetto all'accertamento della determinatezza svolto analizzando il testo della

¹¹ L'ordinanza di rimessione non scioglie il dubbio poiché, pur includendo nella sintassi del quesito solo il secondo aspetto relativo all'estensibilità specifica della sentenza «Contrada contro Italia», allo stesso tempo nella parte motiva estende le proprie incertezze anche in termini generali, circa la portata di ogni decisione della Corte E.D.U.

¹² Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Mass. Uff.*, n. 199386.

disposizione incriminatrice, così esaltando se e in quale misura la giurisprudenza abbia offerto un contributo significativo nel rendere oggettivamente prevedibile la «norma reale» che da essa scaturisce.

È davvero risaltante, in altri termini, l'enunciazione di tale significato tra quelli ricompresi nell'art. 7 Conv. E.D.U., che include quindi il diritto del singolo di poter fare legittimo affidamento sulla interpretazione che di una determinata norma sanzionatoria abbiano fornito i giudici interni fino a qual momento, senza essere sorpreso *ex post* da estensioni non prevedibili *ex ante* di quella stessa norma.

Se questo è il principio (ovvero la *ratio decidendi*) ricavabile dalla sentenza «Contrada», allora è possibile affermarne la estensibilità ai soggetti che versano in una situazione analoga anche trascurando, in ipotesi, la dimostrazione che le sentenze della Corte di Strasburgo abbiano una valenza *erga omnes*.

Lungo questo crinale, infatti, una volta enucleato il significato convenzionale ulteriore della legalità – cui la legge interna deve sottostare per ragioni di gerarchia delle fonti – all'interprete non resta che accertare se la regola europea sia o meno espressione di valori, di interessi e di principi presenti anche nel nostro sistema processuale alla luce delle indicazioni che fornisce la Carta costituzionale.

Anche a voler trascurare la problematica dell'efficacia delle pronunce di Strasburgo, in altri termini, l'esito decisivo non muta in relazione ai cittadini condannati la cui situazione processuale ricalca quella di Contrada: nel sistema processuale italiano, riguardato nell'ottica delle garanzie di legalità previste dall'art. 7 Conv. E.D.U. vige il fondamentale principio secondo cui il singolo ha diritto a conoscere in anticipo e con certezza se, sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale già maturata al momento del fatto, il suo comportamento rientra o meno in una determinata ipotesi di reato.

3.4. *Last but not least*, una precisazione sui concetti di «prevedibilità» e «accessibilità», a confutazione di quell'indirizzo giurisprudenziale – di cui dà conto l'ordinanza che ha investito le Sezioni unite – per cui l'accertamento della mancanza di questi due requisiti in capo all'illecito sanzionato introduca l'esigenza di un apprezzamento soggettivo che varia da caso a caso, dunque impossibile da prospettare in chiave generale, come si conviene ad un principio.

Per comprendere il vizio logico di questa posizione pare utile procedere per contrasto.

Seguendo un insegnamento a tutti noto, la «conoscibilità» del diritto è un

problema che si pone, tradizionalmente, da un punto di vista eminentemente soggettivo, ossia come ignoranza subbiettiva della legge da parte dell'agente al momento della rappresentazione, eccepibile in suo favore quando sia stata inevitabile in ragione di una obbiettiva oscurità del testo o di gravi contrasti interpretativi giurisprudenziali¹³.

Pur affermando che l'ignoranza scusabile è soltanto quella generalizzabile e, dunque, di tipo oggettivo, nella dimensione storica la non conoscibilità del precetto e la scarsa prevedibilità della norma penale è stata posta in stretta relazione con il requisito della colpevolezza del soggetto agente, con le condizioni di legittimità del rimprovero della sua condotta.

Nella prospettiva della Corte E.D.U., invece, è di gran lunga inferiore la componente soggettiva che si ritrova negli argomenti dei Giudici, che censurando la violazione dell'art. 7 della Convenzione considerano solo in ultima istanza le particolari qualifiche dell'agente o i dati cognitivi in suo possesso, attribuendo una funzione dirimente al dato oggettivo della scarsa chiarezza della norma penale che, a causa delle perplessità nell'interpretazione giudiziaria, mina la certezza circa la sussistenza oggettiva del reato.

In sintesi, trascurando la colpevolezza del ricorrente e le sue specifiche conoscenze, la giurisprudenza sovranazionale struttura il giudizio in termini oggettivi, sulla base cioè dell'esistenza o meno di esitazioni e/o ripensamenti del diritto vivente nella ricostruzione del significato del precetto, nel senso che la latitudine della prevedibilità accolta dalla sentenza europea «Contrada» non coinvolge solo il profilo della colpevolezza dell'accusato ma investe in maniera netta il valore della legalità formale e il principio della tipicità della fattispecie di reato.

Una diversità di posizione che esclude la validità ermeneutica dell'orientamento di legittimità che, in funzione di contenimento del *dictum* «Contrada», considera l'accertamento della prevedibilità della condanna come una cognizione di tipo soggettivo, ancorato alle condizioni empiriche in cui ha operato l'agente e, dunque, geneticamente inidoneo ad essere applicato *inter alios*.

4. La ricerca del rimedio disponibile per il recepimento della decisione Contrada in assenza dell'impugnazione europea richiede di descrivere brevemente lo stato dell'arte del diritto vivente, per comprendere quali siano gli spazi di concreto intervento – in funzione di adeguamento – utili al raggiungimento

¹³ Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

dello scopo.

Il sistema processuale dispone di istituti ad applicazione limitata per coloro che si trovino in una situazione identica a quella che ha dato luogo alla constatazione di una illegittimità “strutturale” da parte della Corte E.D.U., elaborati in occasione delle vicende “Scoppola”, “Contrada” ed “Ercolano” e a fronte dei principi indicati dal Giudice delle leggi e da codesta Corte: in virtù dell’assetto esistente tali soggetti possono attivare la revisione “europea”, se destinatari diretti della pronuncia favorevole della Corte di Strasburgo, oppure chiedere l’intervento del giudice dell’esecuzione quando l’adeguamento coinvolga il solo trattamento sanzionatorio, salvo in ogni caso il dovere del giudicante adito di sollevare questione di legittimità costituzionale, se la violazione è la conseguenza dell’applicazione di una disposizione di legge non evitabile in via esegetica.

Sul tema, riteniamo che l’interpretazione tradizionale degli spazi di manovra delle misure disponibili abbia raggiunto il proprio punto di saturazione se adattato allo scopo di elidere violazioni frequenti che richiedono una manutenzione dell’accertamento processuale in favore di soggetti terzi rispetto alla controversia a Strasburgo in cui lo Stato è parte: in tal caso, la doverosa efficacia *erga omnes* della decisione europea si scontra con la necessità di introdurre una parentesi di cognizione per espellere l’errore.

All’esito, risulterebbero del tutto privi di tutela i soggetti differenti dall’attore della lite a Strasburgo: una volta che l’illegittimità convenzionale si è cristallizzata in una statuizione irrevocabile, varrebbe il vincolo di non percorribilità dell’incidente di esecuzione per prevalenza del giudicato, trattandosi di un vizio eliminabile solo mediante la riapertura del processo; un nuovo caso di accertamento non realizzabile, in favore di costoro, con la revisione europea.

Questa sommaria descrizione dei limiti di fattibilità consente di metter mano, in funzione critica, alle ventilate impossibilità di tutela.

Ad un esame attento, ci si avvede che la prospettiva descritta, seppure centrale tra gli argomenti dell’ordinanza di remissione, non è compatibile con lo scopo di protezione richiesto dalla Convenzione e, per certi versi, è ampiamente superabile ricorrendo all’interpretazione per analogia: analizzando partitamente i casi di revisione e le potenzialità espansive dell’esecuzione, infatti, è possibile descrivere gli errori esegetici che sottostanno ai ritenuti limiti di azionabilità di ciascun rimedio, indicando al contempo come vi siano soluzioni effettivamente praticabili.

La premessa da cui muovere, in entrambi i casi, è un esatto intendimento dell’operatività del divieto di analogia nel processo penale.

Se le paratie sono più ristrette con riferimento alle questioni di diritto sostanziale laddove, pur essendovi opportuna distinzione tra esegesi estensiva ed analogia in senso proprio¹⁴, v'è pur sempre la necessità di escludere che una disposizione possa essere applicata al di là del limite logico che le è proprio, viceversa sul terreno del diritto processuale penale l'analogia - oltre che l'interpretazione estensiva - trova applicazione senza ledere alcuna garanzia costituzionale, poiché consente di attrarre la disciplina dell'atto processuale nell'orbita dei diritti fondamentali dell'accusato per renderla ad essi conforme.

5. L'ipotesi di disciplinare per analogia il caso in esame, indicando l'esegesi dell'istituto processuale che, pur essendo solo in parte coincidente con i significati propri della disciplina positiva dell'istituto, consente di raggiungere l'obiettivo di individuare uno strumento processuale adeguato allo scopo di protezione, suggerisce di far riferimento alla revisione europea come modello procedimentale di riferimento, anche per il condannato, diverso dal ricorrente vittorioso a Strasburgo, penalizzato dallo stesso difetto di prevedibilità del verdetto di responsabilità.

Ciò perché l'ipotesi di revisione introdotta con la decisione della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 133, rappresenta la strada maestra che il sistema legale interno, dopo un complesso processo di adeguamento, ha predisposto per il recepimento delle decisioni della Corte di Strasburgo, a fronte dell'indicazione specifica della *restitutio in integrum* come tipo prediletto di restaurazione della situazione precedente al verificarsi della violazione.

Senza ripercorrere l'intera disciplina dell'istituto frutto della sentenza additiva, è sufficiente condividere in questa sede la sistemazione che essa ha offerto dei rapporti tra esecuzione dell'obbligazione convenzionale e incisione del giudicato, laddove conferisce legittimità costituzionale alla posizione della Corte di Strasburgo nel ritenere «*che l'obbligo di conformarsi alle proprie sentenze definitive [...] comporti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia*

¹⁴ Distinzione attentamente descritta da PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 440 e ss.: «*L'interpretazione estensiva non è una species diversa di interpretazione. È una normalissima interpretazione valutata dal punto di vista del suo risultato. L'insieme dei casi cui la norma si applica risulta, a seguito del processo interpretativo, più ampio di quel che era sembrato a prima vista. Ma si tratta pur sempre di casi che rimangono entro l'insieme delineato dalla proposizione linguistica contenuta nella legge ... l'analogia presuppone tutto il contrario: cioè la riconosciuta inidoneità della disposizione - per via del limite logico che le è proprio - a fornire una soluzione del problema corrispondente alla visuale teleologica*».

necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo» ⁽¹⁵⁾.

È la stessa Consulta che, sulla base di tale sistemazione, legittima il meccanismo dell'interpretazione analogica per lo scopo denunciato, qualificando la revisione come «*l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato*» ⁽¹⁶⁾.

A voler essere conseguenti, dunque, se all'ordine di adeguare il sistema interno, come proveniente da Strasburgo, si riconosce una posizione di livello super-legislativo, non vi sono ostacoli per portare a compimento l'estensione esegetica della revisione europea ed includere, tra i soggetti legittimati, colui che si trova nella medesima situazione sostanziale, pur non essendo il ricorrente principale.

5.1. Certamente non si ignora lo sviluppo successivo che ha interessato, presso la medesima Corte costituzionale, il neonato istituto in parola, laddove in più occasioni è stato ribadito, in punto di definizione dei destinatari del rimedio, che esso sarebbe riservato esclusivamente a chi ha adito personalmente la Corte sovranazionale¹⁷, eppure la restrizione proposta, oltre a non sembrare condivisibile per le ragioni già esposte, non può ritenersi vincolante, in quanto la *potestas* del Consulta è limitata al rilievo della incostituzionalità attuato mediante l'introduzione della norma, non anche alla selezione di significati esclusivi e vincolanti da riconoscersi a quella stessa regola. A tale argomento sistematico, se ne affianca un altro, di tipo logico, poiché il Giudice delle leggi – come evidenziato anche con l'ordinanza di rimessione – giustifica la restrizione soggettiva sulla base del rilievo che solo nei confronti del condannato vittorioso a Strasburgo sarebbe stata riconosciuta l'esistenza dell'obbligo convenzionale di conformarsi ad una decisione della Corte E.D.U. L'argomento si colloca, a ben vedere, sul piano della retorica, piuttosto che su quello della logica, poiché presuppone come vera l'ipotesi che è di là da essere dimostrata: non si comprende perché, in altri termini, l'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione dovrebbe essere accertato, prima di spiegare effetti, da una decisione *ad hoc* del competente Collegio europeo, così postulando l'assunto

¹⁵ Corte Cost., sent. n. 113 del 2011, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Corte Cost., sent. n. 113 del 2011, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Da ultimo Corte Cost., sent. n. 123 del 2017.

- illogico e comunque contraddetto da tutta la giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze c.d. “gemelle” – che non godrebbe di effettività e concretezza l’obbligo di adeguamento, venendo ad esistenza solo e limitatamente al ricorrente che abbia ottenuto condanna dell’Italia.

Nessun vincolo, dunque, che possa legittimamente scaturire dalle successive variazioni sul tema adottate dalla Corte costituzionale, nella misura in cui essa ha insistito sull’esclusione soggettiva dei non ricorrenti a Strasburgo dal novero dei soggetti legittimati, come d’altronde dimostrato, con condivisibili risultati, anche da codesta Corte, nella misura in cui, affrontando la vicenda *Dell’Utri*, ha consentito quella naturale evoluzione d’uso con riguardo alla revisione europea *inter alios*: in quell’occasione, infatti, particolarmente ampia è stata la presa di posizione della Prima Sezione in favore di un’applicazione generalizzata del meccanismo della revisione europea e senza la limitazione soggettiva al solo ricorrente vittorioso a Strasburgo, essendo il principale canale di adeguamento dell’ordinamento interno alle pronunce definitive di condanna della Corte sovranazionale, con riferimento sia alle violazioni dell’art. 6 della Convenzione sia in rapporto a quelle di carattere sostanziale¹⁸.

5.2. In subordine, qualora si ritenesse irrinunciabile descrivere la disciplina positiva della revisione europea avendo riguardo anche alle specificazioni selettive che ha offerto, successivamente, la Consulta, s’impone l’incidente di legittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revisione del giudicato di condanna anche per colui che non abbia adito personalmente il Giudice a Strasburgo a fronte di identica violazione subita.

Se la rilevanza della questione può dirsi palese, trattandosi del nodo centrale che presuppone la decisione del ricorso nella vicenda concreta, maggiori argomenti merita la non manifesta infondatezza: non può dirsi, invero, che la questione, pur rilevante, sia chiaramente infondata perché già risolta negativamente dalle recenti decisioni di legittimità costituzionale, ciò sia per le ragioni logiche e sistematiche già descritte a proposito delle regole ermeneutiche applicabili alle norme additive e sia, in particolare, per la diversità dell’interrogativo proposto.

A ben vedere, infatti, la soluzione negativa era stata argomentata sul presupposto che l’apprezzamento da effettuare caso per caso fosse legato al tipo di

¹⁸ Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, *Dell’Utri*, in *Mass. Uff.*, n. 267861.

canone convenzionale in discussione, trattandosi -nei casi in analisi- di non equità della procedura secondo l'art. 6 Conv. E.D.U.: in questa ipotesi, si è detto, venendo in rilievo eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, il giudicato avrebbe potuto essere posto in discussione «*soltanto di fronte ad un vincolante dictum della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie*»¹⁹.

Nel caso che ci occupa, invece, siamo di fronte ad una violazione dell'art. 7 della Convenzione che, diversamente dai precedenti specifici, richiede l'eliminazione del verdetto di colpevolezza da realizzarsi mediante la dichiarazione di illegalità della pena, poiché al tempo non poteva dirsi perseguibile il concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso.

Di qui la diversa prospettiva, che rende inapplicabili le censure già argomentate all'uso della revisione per emendare vizi di procedura riconducibili all'art. 6 della Carta europea, trattandosi di una nuova categoria di illeciti convenzionali che richiedono, tuttavia, parentesi di cognizione per essere espulse.

6. Per amor dell'arte e per innato spirito... evolutivo.

Nel ventaglio di soluzioni a disposizione di codeste Sezioni unite potrebbe essere inclusa anche l'ipotesi alternativa di adeguare il sistema attraverso un'espansione della frontiera dell'esecuzione penale, seguendo le coordinate teoriche del modello processuale bifasico che recentemente ha trovato più d'una conferma negli orientamenti delle Sezioni semplici in materia di confisca a fronte del reato estinto.

Segnatamente, è dato riscontrare interessanti aperture in materia di confisca per lottizzazione abusiva, misura sanzionatoria che di frequente coinvolge anche il terzo estraneo al reato, a cui viene riconosciuta un'innovativa opzione di tutela *in executivis* per adeguare il livello di protezione della proprietà privata alla soglia individuata dalla Convenzione.

In breve. Nel riscontro dei significativi limiti procedurali ai quali va incontro il proprietario non imputato che subisca un'ablazione del patrimonio censurabile secondo l'art. 1, Prot. Agg. n. 1 alla Conv. E.D.U. si è fatto strada, di recente, un orientamento di legittimità secondo il quale il soggetto estraneo al reato urbanistico può disporre dell'incidente di esecuzione quale strumento di tutela minimale e garanzia per la propria posizione rispetto all'accertamento del reato nel processo principale, del quale egli non è parte. L'elemento scatenante è rappresentato dalla decisione europea per il caso

¹⁹ Corte cost., sent. n. 210 del 2013.

«G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia»²⁰ in cui la Corte europea ha sancito, con sicura portata *erga omnes*, il dovere in capo allo Stato membro di consentire la riforma del titolo esecutivo in favore dei soggetti diversi dai destinatari diretti del pronunciamento²¹. Per l'effetto, una volta sopravvenuto il giudicato sulla confisca, pertanto, il terzo potrà dimostrare *in executivis* la buona fede soggettiva rispetto ad eventuali profili di responsabilità penale: un accertamento che, per la consistenza dei poteri riformatori del titolo che introduce nel contesto dell'esecuzione penale, contribuisce alla crisi del principio di intangibilità del giudicato anche a fronte di una condanna dell'Italia per un caso simile, se solo si considera quanto sia consistente l'amputazione del titolo esecutivo prevista per il raggiungimento dello scopo di tutela di origine europea, come soluzione giurisprudenziale ai rilievi mossi dalla Corte di Strasburgo.

Tirando le fila di una posizione dogmatica che, contrastando il dogma del giudicato, ha già da tempo postulato il superamento di una concezione "burocratica" dell'esecuzione penale, in favore dell'adozione di una prospettiva bifasica, si profila la premessa di una trasformazione della funzione dell'esecuzione penale che potrebbe, in ipotesi, risultare funzionale alla "flessibilizzazione" del giudicato richiesta per la produzione dell'effetto estensivo

²⁰ Cfr. Corte E.D.U., sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia.

²¹ Tale sentenza ha rappresentato il presupposto per la rivisitazione, ad opera del diritto vivente interno, dei tradizionali limiti di incisione sulla *res iudicata*, nella misura in cui il verdetto europeo ha censurato il difetto di *chances* di protezione a disposizione del terzo acquirente in buona fede del bene immobile colpito dalla confisca urbanistica, stabilendo il dovere – a rilevanza convenzionale – di configurare un assetto processuale fruibile da chi sia stato colpito dalla pena patrimoniale dell'ablazione reale, pur essendo rimasto estraneo al reato presupposto della lottizzazione abusiva prevista dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

In esplicito recepimento della decisione proveniente dalla *Grand Chambre*, dunque, la Terza Sezione penale della Corte di cassazione ha ampliato i poteri d'intervento sul titolo esecutivo azionabili dal terzo non ricorrente a Strasburgo per ottenere l'estensione degli effetti favorevoli della statuizione sovranazionale, in tal modo introducendo nel sistema importanti affermazioni sulla facoltà di rivisitare il giudicato di condanna in ragione di una disfunzione sistemica rilevata dalla Corte sovranazionale. Alla stregua di questo orientamento esegetico, il trattamento sanzionatorio è aggredibile *in parte qua* per conseguire in maniera semplice e lineare lo scopo di proteggere il terzo acquirente del bene confiscato, consentendo di rappresentare, dinanzi al giudice dell'esecuzione, la legittimità dell'acquisto e il difetto di colpa nella ricostruzione della provenienza del bene, a fronte di una decisione irrevocabile di confisca e pur in assenza di un apposito ricorso alla Corte di Strasburgo che abbia denunciato la violazione dell'art. 1, Prot. agg. n. 1 alla Convenzione. V. Cass., Sez. III, 24 maggio 2017, Mantione, in *Mass. Uff.*, 270443; conf., Id., Sez. III, 22 giugno 2017, Di Rosa e altro, *ivi*, 273535, precisando che «*Lo svolgimento degli accertamenti nell'ambito del procedimento di esecuzione per verificare la sussistenza delle condizioni per la confisca non si pone in contrasto con alcun principio costituzionale o convenzionale atteso che in tale fase il giudice ha ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666 comma quinto cod. proc. pen. assicurando il contraddittorio ed il diritto di difesa, anche attraverso la nomina di un difensore di ufficio, che può essere sentito su sua richiesta*»; Id., Sez. II, 23 gennaio 2019, Alessandrini e altri, *ivi*, 275756; Id., Sez. III, 20 marzo 2019, Unicredit Leasing S.p.a., non mass.

delle sentenze europee, anche *inter alios*.

6.1. A fronte di una riconosciuta incompatibilità con il principio di legalità europea della condanna inflitta, lo strumento operativo per la rimozione dell'errore potrebbe essere rintracciato – oltre che nella revisione – anche nell'istituto della revoca della sentenza *in executivis*, con un'operazione di interpretazione estensiva per analogia dell'art. 673 c.p.p. che consenta di disciplinare il caso simile in esame.

Da un punto di vista qualitativo, si noti, l'assetto costituzionale di cui gode la Convenzione e il suo progressivo rafforzamento nella gerarchia delle fonti rende particolarmente sfuggente la distinzione tra una declaratoria di illegittimità costituzionale, da una parte, e convenzionale, dall'altra, con riferimento alla violazione del principio di legalità ad opera di una disposizione incriminatrice, soprattutto se considerata dal punto di vista del risultato della ineseguibilità della condanna passata in giudicato che, in entrambi i casi, è possibile produrre.

Nel primo caso, l'espulsione della disposizione dichiarata illegittima retroagisce fino al momento in cui si è perfezionata la produzione normativa (legislativa o giurisprudenziale, è lo stesso), rendendo priva di una base legale persistente e vincolante la relativa condanna nel frattempo emessa, con la conseguente esigenza di caducare gli effetti di un verdetto sanzionatorio per difetto assoluto di legalità della statuizione di responsabilità.

Nel secondo caso, in maniera non dissimile, la condanna difetta di una base legale (compatibile con la Convenzione, dunque) costituzionale, poiché in sede europea è stato riconosciuto che l'affermazione di colpevolezza presupponeva una "norma" incriminatrice non ancora esistente al tempo della condotta, essendo stata compiutamente definita dalla giurisprudenza di legittimità in epoca successiva, come chiarito nel caso «Contrada»: al di là delle forme, l'esito può dirsi del tutto sovrapponibile, dal momento che la condanna sovranazionale cristallizza, anche per i casi simili, l'accertamento del difetto assoluto di un precetto vincolante in relazione al *tempus commissi delicti*, essendo stato accertato che quando il soggetto agente poneva in essere la condotta vi era un'oggettiva incertezza sulla sua rilevanza penale, tale da comportare un oggettivo difetto di tipicità.

Ponendo in essere un'esegesi che equipari le ipotesi sulla base della *ratio* che persegue l'istituto previsto dall'art. 673 c.p.p., è possibile includere tra i suoi confini operativi il caso della revoca della condanna per sopravvenuta declaratoria di incompatibilità della norma incriminatrice sottostante con l'art. 7, § 1,

della Convenzione europea.

Invero sono state già affrontate in sede giurisprudenziale questioni applicative dell'istituto in parola che includessero tra i suoi confini operativi anche il possibile impiego per il caso analogo testé descritto, facendo espresso ricorso all'estensione per analogia per ricomprendere anche il caso della inapplicabilità sopravvenuta della norma incriminatrice interna correlata conseguente ad una pronuncia della Corte di Giustizia UE, quando questa abbia affermato l'incompatibilità con il diritto comunitario (oggi, dell'Unione), fornendo un apparato argomentativo del tutto compatibile con il tessuto costituzionale e che presta il fianco ad essere replicato anche per l'adeguamento delle condanne definitive al diritto della Convenzione²².

Già riscontrabili, dunque, aperture di legittimità sul tema, laddove è stato ritenuto che sarebbe manifestamente illogica una norma che prevedesse la revoca della sentenza di condanna nel caso in cui la cessazione di efficacia della disposizione incriminatrice sopravvenga per abrogazione o per dichiarazione di incostituzionalità e non anche quando sopravvenga per effetto di una pronuncia della Corte di Giustizia²³.

Lo strumento della revoca, pertanto, è da considerarsi come una soluzione praticabile – e, invero, già praticata – per l'adeguamento del sistema interno al diritto sovranazionale anche per i casi analoghi, così consentendo di parificare il soggetto non ricorrente a Strasburgo a quello che fruisce della disapplicazione di una norma interna per contrasto con il diritto dell'Unione, colmando il *gap* di tutela esistente²⁴.

²² Il riferimento specifico è al reato di vendita di supporti privi di contrassegno Siae che - a seguito della sentenza Corte Giust. UE, 8 novembre 2007, Schwibbert, ric. n. C-20/05 - si ritiene non più costituente reato.

²³ Così esemplarmente Cass., Sez. VII, 6 marzo 2008, Boujlaib, in *Mass. Uff.*, n. 239961, per cui «*In tema di esecuzione, la revoca della sentenza di condanna opera anche, in virtù di interpretazione estensiva o analogica, nel caso d'inapplicabilità sopravvenuta della norma nazionale per effetto di pronuncia della Corte di Giustizia UE che ne affermi l'incompatibilità con quella comunitaria*». L'affermazione è oramai diventata *jus receptum*: v. Cass., Sez. I, 12 aprile 2012, P.G. in proc. Khemiri, *ivi*, 252235; Id., Sez. III, 3 giugno 2014, Seck, *ivi*, 259956.

²⁴ Nella giurisprudenza di legittimità non è nuova l'affermazione nel senso che «*Le sentenze della Corte di giustizia CE, quale interprete qualificato del diritto comunitario, di cui definisce autoritativamente il significato a norma dell'art. 164 del Trattato CE, hanno efficacia vincolante, anche "ultra partes", nei procedimenti dinanzi alle autorità, giurisdizionali o amministrative, dei singoli Stati membri. (Fattispecie relativa a sentenza della Corte di giustizia che ha qualificato come "regola tecnica", da notificare alla Commissione europea, in base alle direttive 83/189/CE e 98/34/CE, l'apposizione del contrassegno Siae sui supporti non cartacei con conseguente obbligo, per i giudici nazionali, di disapplicazione, nelle fattispecie di reato di cui agli artt. 171 bis, comma primo e secondo, e 171 ter della L. n. 633 del 1941, che prevedono la mancanza del contrassegno quale elemento costitutivo, della relativa normativa ove non notificata)*» (così Cass., Sez. VII, 6 marzo 2008, Boujlaib, cit.). Conf., Cass., Sez. III, 12 febbraio 2008,

6.2. Laddove non si ritenesse giustificata la via dell'applicazione per analogia suggerita, s'impone anche sul punto l'investitura della Corte costituzionale, affinché giudichi della legittimità dell'art. 673 c.p.p. in relazione al combinato disposto dell'art. 117, co. 1, Cost. e dell'art. 46, § 1, della Conv. E.D.U. per la parte in cui non prevede al livello degli enunciati legislativi espliciti che possa essere disposta dal giudice dell'esecuzione la revoca della condanna per violazione del diritto della Convenzione, anche in favore del soggetto pur non ricorrente a Strasburgo ma che abbia subito la medesima violazione.

Non si ignorano le obiezioni già formulate dalla Consulta, quando ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p. sollevata in riferimento agli artt. 3, 13, 25, co. 2, 27, co. 3, e 117, co. 1, Cost. nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca anche il "mutamento giurisprudenziale" determinato da una decisione delle Sezioni unite in base al quale il fatto non è previsto dalla legge come reato, dovendosi ritenere mutati i presupposti di riferimento che hanno condotto alla decisione negativa: secondo il Giudice delle leggi, infatti, non era rilevabile una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. per contrasto con l'art. 7 Conv. E.D.U. considerato che la Corte di Strasburgo non ha mai riferito espressamente il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza, essendosi viceversa i Giudici europei occupati del diverso principio di irretroattività della norma sfavorevole²⁵.

Sulla base di un'attenta lettura di tale decisione, ci si avvede che più di un elemento milita a favore della non persistente validità degli argomenti spesi *illo tempore* a sostegno della manifesta infondatezza della questione che, per contro, deve ritenersi idonea alla riproposizione dell'incidente di costituzionalità, per essere mutate le premesse dalle quali muoveva la Consulta.

Il primo rilievo è strettamente normativo: il Giudice delle leggi prendeva le mosse dalla considerazione che un orientamento delle Sezioni unite potesse in ogni tempo essere disatteso da ciascun giudice, comprese le Sezioni semplici della stessa Corte di cassazione, con conseguente affermazione della tesi per cui le posizioni ermeneutiche del *plenum* di legittimità perseguono il limitato fine della "*moral suasion*" nei confronti del giudice comune, non godendo di autorità formale a causa del principio di stretta legalità che vige nell'ordinamento²⁶.

Ndiaye, non mass.

²⁵ Cfr. Corte Cost., sent. n. 230 del 2012, punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁶ In motivazione i Giudici hanno anche sostenuto che «L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma - come lo stesso ri-

Anche a voler tacer d'altro, basti ricordare che l'assunto è oggi superato dal fatto che, nel frattempo, è entrato in vigore l'art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p. ad opera della L. 23 giugno 2017, n. 103, il quale ha delineato in termini di subordinazione i rapporti ermeneutici tra Sezioni semplici e Sezioni Unite, sancendo la supremazia del principio di diritto quando emesso dal massimo consesso ed imponendo al Collegio ordinario, allo stesso tempo, di rimettere la decisione del ricorso quando ritenga di dover disattendere la posizione già assunta dal *plenum*.

Si tratta di una norma che, all'evidenza, mina alla radice la solidità dell'argomento (formalistico) speso dalla Consulta, non potendosi più sostenere, a rigore, che le interpretazioni della legge offerte dal massimo consesso della Corte regolatrice abbiano un mero carattere persuasivo e non cogente.

Non solo. Basti pensare ai principi emersi dalla decisione «Contrada c. Italia», che ha incluso il formante giurisprudenziale fra i tratti costitutivi della tipicità penale: è la stessa Corte europea, oggi, ad affermare che la posizione del diritto vivente gioca un ruolo centrale attorno ai più volte menzionati canoni della prevedibilità e dell'accessibilità, anche al di là della cogenza che il sistema legale interno riconosca ad esso: in disparte l'autorità di cui gode il diritto giurisprudenziale interno nei confronti del giudice comune, infatti, il Collegio europeo afferma che gli orientamenti delle Corti regolatrici, indipendentemente dalla possibilità di essere disattesi dal giudice territoriale, condizionano il significato della legalità prevista dall'art. 7 della Convenzione.

Si badi: siamo di fronte non ad una semplice divergenza di opinioni che si pongono sullo stesso piano, ma al contrasto con la posizione esegetica e di sistema della Corte di Strasburgo a proposito della dimensione convenzionale del principio di legalità, la quale, è bene ribadirlo, non può essere messa in discussione nel momento in cui descrive i significati della Convenzione europea.

Ne consegue che la questione di legittimità, già rilevante per essere dirimente nella scelta del rimedio disponibile in favore del condannato non ricorrente a Strasburgo, risulta anche non manifestamente infondata.

mettente riconosce – si tratta di comotati solo «tendenziali», in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto» (Corte cost., sent. n. 230 del 2012, punto 9 del Considerato in diritto).

7. Ponendo a confronto le soluzioni prospettate con la sentenza impugnata, emergono vistosi alcuni travisamenti: sul fatto, sul contenuto giurisprudenziale dell'art. 7 Conv. E.D.U. e sull'idoneità della decisione «Contrada» ad essere estesa al di fuori dei confini della lite processuale che l'ha generata.

Le illustrazioni contenute nella parte generale consentono di falsificare, partitamente, le affermazioni del provvedimento che ha rigettato l'istanza di revisione escludendo *a)* la portata generale della menzionata sentenza europea, *b)* la sua conseguente efficacia *erga alios* e *c)* la possibilità stessa che il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa possa essere realmente considerato come il frutto esclusivo di un perfezionamento giurisprudenziale.

Con senso della misura ed evitando di ripercorrere i contenuti del ricorso principale, giova evidenziare che non coglie nel segno la decisione contestata alla luce delle argomentazioni in questa sede sviluppate (in funzione di completamento e più puntuale esplicitazione delle ragioni del ricorrente), laddove censura, con una argomentazione secca, la possibilità che sia concepibile un delitto a formazione giurisprudenziale e, per conseguenza, la vincolatività della sentenza strasburghese in parola.

I due profili risultano, nel tessuto motivazionale, legati a filo doppio: è da escludersi, a parere del verdetto nisseno, che il Collegio europeo possa effettivamente vincolare l'ordinamento nella misura in cui ritiene di aver rintracciato un vizio "sistemico" accertando che il concorso esterno in associazione mafiosa sia il frutto dell'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale posteriore all'emanazione della legge positiva; in questo ordine di ragioni si contesta, in premessa, la reale pertinenza del formante giurisprudenziale nel disegno di tipicità della fattispecie complessa e si ritiene, per conseguenza, non significativa la sentenza europea in parola, poiché avrebbe mosso censure di carattere ordinamentale sulla base di un presupposto errato.

Sta di fatto che, in via preliminare, la sentenza impugnata ha contestato la matrice giurisprudenziale del delitto per cui G. ha riportato condanna sulla base di un'evidenza formale, cioè considerando che l'illecito in discussione è ancorato all'interpretazione di due disposizioni comunque preesistenti nel codice, dunque priva di significativi elementi di novità (cfr. pag. 7 sent. impugn.) rispetto all'antigiuridicità: negando che le Sezioni Unite «Demitry» abbiano dato vita ad una nuova ipotesi di reato, in sintesi, è stato postulato in sentenza che l'assunto centrale a fondamento della decisione sovranazionale in questione costituirebbe, allo stesso tempo, la principale ragione per escludere la sua efficacia *erga omnes*.

Al di là del fatto che il *plenum* intervenne sul tema nel 1994 proprio per

smentire quell'orientamento che aveva affermato la non configurabilità in via autonoma della condotta di chi offre al sodalizio mafioso un contributo senza ricadere nella dimensione propria del “partecipe” – segno che *illo tempore*, a tutto voler concedere al provvedimento impugnato, un dubbio sulla possibilità logica di poter porre in combinato disposto l'art. 110 e l'art. 416-*bis* c.p. esisteva ed era consolidato nel diritto vivente – si trascura che il vincolo di scopo che grava sullo Stato membro non consente al giudice interno di censurare la qualità del *dictum* europeo: come si è tentato di dimostrare, ragioni costituzionali impongono di dare esecuzione *tout court* alle decisioni della Corte di Strasburgo, l'unico interprete qualificato per individuare i contenuti sovranazionali del principio di legalità e, per quello che più conta, quali condotte (anche normative) dello Stato abbiano violato i relativi significati.

Il provvedimento impugnato, in sintesi, nell'apprezzare il merito della decisione «Contrada» avrebbe eventualmente potuto indicare profili di illegittimità costituzionale allo scopo di investire la Consulta e non, come invece accaduto, sindacare l'autorità delle decisioni rese a Strasburgo.

Ne consegue che non è possibile mettere in discussione, per la già illustrata posizione costituzionale di cui fruisce ogni verdetto europeo, che lo Stato italiano abbia violato l'art. 7 della Convenzione attribuendo validità retroattiva alla giurisprudenza “incriminatrice” delle Sezioni Unite del 1994, le uniche ad aver offerto un parametro oggettivo di prevedibilità della condotta di concorrente esterno e, dunque, di tipicità.

8. Oltre a trascurare l'accertamento della “accessibilità” della norma penale e il suo rapporto con la condotta di G., il provvedimento impugnato ha erroneamente ritenuto che la prevedibilità sia di tipo soggettivo, in tal modo riconducendo indebitamente un problema di legalità e di tipicità alle categorie – confortevoli, ma non pertinenti – dell'errore di diritto sulla conoscenza della legge penale e sull'illiceità della sua condotta: affermando che «*Nell'accertamento del suddetto elemento psicologico si colgono i profili di fatto che implicano la prevedibilità della sanzione da parte del ricorrente*» (pag. 7 sent. impugn.), infatti, la sentenza è caduta nel difetto prospettico già indicato *supra* (v. § 3.4) mentre, in opposta visione, un intendimento esatto della questione avrebbe dovuto condurre alla conclusione che, per essere il delitto in discussione divenuto chiaro ed oggettivamente intellegibile da chiunque solo con l'intervento risolutorio delle Sezioni Unite «Demitry», anteriormente difettava, dal punto di vista oggettivo prima (e oltre) che soggettivo, una pacifica selezione delle condotte illecite ai fini della contestazione del

concorso esterno.

Ricostruendo i fatti addebitati e la loro collocazione storica e cronologica – tenendo conto sia del capo d'imputazione che dell'accertamento svolto dal primo giudice del merito – risulta *ex actis* che le condotte sensibili del ricorrente, per quanto di interesse in questa sede, non vanno oltre il 5 febbraio 1994, dunque coinvolgendo una forbice temporale che è di gran lunga antecedente l'intervento interpretativo del *plenum* di legittimità più volte citato, pronunciato il successivo 5 ottobre di quello stesso anno e verosimilmente divenuto pienamente conoscibile in data ancora posteriore rispetto all'enunciazione del dispositivo e alla stesura delle motivazioni, considerata la sua riconosciuta funzione incriminatrice di una condotta che prima non godeva della stessa certezza quanto ad illiceità e punibilità.

Un dato empirico che, a ben vedere, non è contestato nemmeno dal provvedimento impugnato il quale, limitandosi a contestare la funzione e il ruolo della giurisprudenza al riguardo, condivide in punto di fatto la collocazione storica delle azioni di G. e la loro anteriorità, quanto a consumazione, rispetto al perfezionamento della "legge" applicabile al concorrente esterno.

9. La conseguenza sul piano dei rimedi è che l'istanza di revisione è stata con troppa fretta rigettata, mentre la Corte del merito avrebbe dovuto procedere ad una serie di ulteriori accertamenti in merito e in rito: s'impone, sotto questa piegatura, l'accoglimento del ricorso principale, a cui possa eventualmente succedere l'approfondimento che produrrà, in adempimento all'obbligazione convenzionale, la revoca del verdetto di colpevolezza che grava su G., nella ipotesi che codesta S.C. di cassazione ritenga necessari riscontri ulteriori oltre a quello agevolmente verificabile della anteriorità dei fatti ritenuti rispetto alla sentenza Demitry.

10. Per queste ragioni, si insiste per l'accoglimento del ricorso.

In via alternativa, andrebbe sollevata, in quanto rilevante e non manifestamente infondata, questione di legittimità dell'art. 630 c.p.p. (nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revisione del giudicato di condanna anche per colui che non abbia adito personalmente il Giudice a Strasburgo a fronte di identica violazione subita) e/o dell'art. 673 c.p.p. (per la parte in cui non prevede in maniera esplicita che possa essere disposta dal giudice dell'esecuzione la revoca della condanna per violazione del diritto della Convenzione, anche in favore del soggetto pur non ricorrente a Strasburgo ma che abbia subito la medesima violazione) in relazione al combinato disposto dell'art. 117, co. 1,

ARCHIVIO PENALE 2020, n. 1

Cost. e dell'art. 46, § 1, della Conv. E.D.U.