

I "FRATELLI MINORI" DI BRUNO CONTRADA DAVANTI ALLA CORTE DI CASSAZIONE

Considerazioni su [Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016](#)
([dep. 18 ottobre 2016](#)), n. 44193, Pres. Mazzei, Rel. Magi, Ric. Dell'Utri

di Silvia Bernardi

Abstract. *Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione affronta la complessa questione relativa alle concrete ricadute applicative nel nostro ordinamento della sentenza Contrada c. Italia, negando a Marcello Dell'Utri la possibilità di avvalersi dei principi di diritto da essa espressi per ottenere la revoca ex art. 673 c.p.p. della propria condanna. In questo modo, i giudici di legittimità interpretano restrittivamente la portata precettiva della sentenza europea in relazione ai c.d. "fratelli minori" del ricorrente vittorioso, e cioè a coloro che, pur non avendo essi stessi proposto ricorso a Strasburgo, assumono di aver subito la medesima violazione riscontrata dalla Corte europea. La vicenda qui all'esame sollecita ancora una volta gli interpreti a interrogarsi su quali siano i meccanismi processuali più idonei ad assicurare il rispetto dell'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU, gravante sullo Stato in forza dell'art. 46 CEDU; più in radice, però, invita a riflettere circa la reale necessità di un'estensione erga omnes della ratio decidendi della sentenza Contrada, anche alla luce di una sua lettura nel più ampio contesto della giurisprudenza di Strasburgo in materia di legalità penale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'antefatto: l'ordinanza della Corte d'appello di Palermo del 18 novembre 2015. — 3. La Cassazione *Dell'Utri* del 18 ottobre 2016. — 3.1. Le premesse in diritto: le possibili vie processuali di adeguamento al giudicato europeo di nuovo al vaglio dei giudici di legittimità e i limiti entro i quali può operare il rimedio dell'incidente di esecuzione a tale scopo. — 3.2. L'applicazione dei criteri *Ercolano* al caso di specie. — 4. Spunti per una valutazione critica della pronuncia: in generale, sui rimedi processuali per eseguire gli obblighi discendenti dalle pronunce di Strasburgo. — 5. (Segue): sull'identità o diversità della situazione dell'attuale ricorrente rispetto a quella di Bruno Contrada. — 6. (Segue): sui limiti dell'obbligo, a carico dei giudici italiani, di estendere *erga omnes* il "giudicato europeo". — 7. (Segue): la "prevedibilità della condanna penale" nella giurisprudenza di Strasburgo: una nozione ancora in corso di consolidamento? — 8. La problematica eredità della sentenza *Contrada* per l'ordinamento italiano. — 9. Conclusioni.

1. Premessa.

È trascorso più di un anno da quel 14 aprile 2015 in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo, su ricorso di Bruno Contrada, ha riconosciuto l'illegittimità della condanna da questi subita a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa per contrasto con l'art. 7 CEDU, constatando che detto reato non appariva "sufficientemente chiaro e prevedibile" al tempo cui risalivano le condotte incriminate.

Da allora, numerose voci in dottrina hanno concentrato la propria attenzione su quella nota e controversa sentenza, a proposito della quale già si è detto e scritto moltissimo, sulle pagine di *questa Rivista* e non solo¹.

Quali debbano essere le conseguenze applicative dell'*affaire Contrada* nel nostro ordinamento, tuttavia, è questione ancora aperta. Sembra infatti che la giustizia italiana fatichi a capire come dare attuazione alla volontà espressa dai giudici europei; e, anzi, la nostra giurisprudenza si è mostrata finora molto restia ad accogliere le istanze provenienti dallo stesso Bruno Contrada, la cui battaglia per ottenere l'esecuzione della sentenza che lo vede vincitore a Strasburgo non ha per il momento portato frutto alcuno².

¹ Cfr. in particolare O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2015, p. 17; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. Responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 346 ss.; A. ESPOSITO, [Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario](#), in *questa Rivista*, 2 ottobre 2015; S.E. GIORDANO, *Il concorso esterno al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. Pen. (web)*, n. 2, maggio-agosto 2015; M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4611 ss.; G. LEO, [Concorso esterno nei reati associativi, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2017"](#), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2017; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2015, p. 1019 ss.; A. MANNA, [La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?](#), in *questa Rivista*, 4 ottobre 2016; G. MARINO, [La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?](#), in *questa Rivista*, 3 luglio 2015; S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni Caveat dal caso Contrada*, in www.la legislazione penale.eu, 7 gennaio 2016; F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1066 ss.; D. PULITANÒ, [Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge](#), in *questa Rivista*, 13 luglio 2015.

² La domanda di revisione del processo ex art. 630 c.p.p. proposta dai legali di Contrada è stata infatti rigettata da C. appello Caltanissetta, Sez. I, sent. del 18 novembre 2015 (dep. 17 marzo 2016), n. 924, in *Cass. pen.*, n. 9/2016, p. 3423 ss., con commento di P. MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze Cedu e del concorso esterno nel reato associativo*, *ibidem*, p. 3432 ss. (la quale, peraltro, non è stata impugnata in Cassazione): cfr. altresì F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2016 e G. MARINO, [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU](#), in *questa Rivista*, 6 maggio 2016. Fallito è anche il tentativo di ottenere una riforma della sentenza di condanna in sede di ricorso straordinario per cassazione ex art. 625 bis c.p.p., che la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il 6 luglio 2016. L'ultima via tentata dai legali di Contrada è stata quella dell'incidente esecutivo, attraverso una richiesta di revoca ex art. 673 c.p.p. presentata lo scorso luglio, a sua volta dichiarata inammissibile dalla Corte d'appello di Palermo, con ordinanza emessa in data 11 ottobre 2016 e attualmente sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità.

In aggiunta a ciò, una seconda questione cui siamo con urgenza chiamati a rispondere è se e in quale misura il nostro Stato sia altresì tenuto a conformarsi al principio di diritto espresso dalla decisione in esame nei confronti di *soggetti diversi* dal ricorrente, i quali si trovino nelle *medesime condizioni sostanziali* di quest'ultimo: ossia tutti coloro che, condannati per concorso esterno in associazione di tipo mafioso per fatti commessi anteriormente alla pronuncia delle Sezioni Unite *Demitry* del 1994, potrebbero lamentare a loro volta l'illegittimità della propria condanna, considerata dalla Corte europea stessa lesiva dell'art. 7 CEDU.

Proprio quest'ultimo è il terreno su cui si muove la sentenza in epigrafe. La Suprema Corte, nel denegare a Marcello Dell'Utri una tutela in via esecutiva contro la condanna da lui considerata "illegittima" (egli sta infatti scontando in carcere una condanna a sette anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa, inflitta per *condotte commesse tra il 1974 e il 1992*), cerca in realtà di stabilire regole — per la verità, particolarmente *restrittive* — valide nei confronti di tutti i potenziali "fratelli minori" di Contrada.

In effetti, per quanto la Cassazione prenda assai sul serio i giudici di Strasburgo, evitando di rifugiarsi dietro l'improduttivo argomento della negazione della natura giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa in cui si erano rifugiate le primissime pronunce interne conseguenti alla sentenza europea³, essa non solo si schiera apertamente contro l'utilizzabilità dell'incidente d'esecuzione ai fini dell'adeguamento dell'ordinamento italiano al *decisum* della sentenza *Contrada*, ma si impegna altresì in un articolato *distinguishing* per differenziare la posizione sostanziale e processuale di Dell'Utri da quella del ricorrente vittorioso.

L'analisi di questa pronuncia rappresenta allora un'ottima occasione per approfondire la riflessione in ordine a due nodi fondamentali: da un lato, quali siano gli *strumenti processuali* più adatti a dare esecuzione alla sentenza *Contrada c. Italia* nel nostro ordinamento, tanto nei confronti dello stesso Bruno Contrada, quanto dei suoi eventuali "fratelli minori"; dall'altro, *chi* possa legittimamente ricorrere a detti rimedi per avvalersi del principio di diritto espresso dalla pronuncia europea, alla luce del complesso degli obblighi di natura convenzionale e costituzionale che oggi gravitano sullo Stato italiano.

2. L'antefatto: l'ordinanza della Corte d'appello di Palermo del 18 novembre 2015.

Con ordinanza emessa il 18 novembre 2015⁴, la Corte d'appello di Palermo in qualità di giudice dell'esecuzione aveva dichiarato *inammissibile* l'istanza con la quale la difesa di Dell'Utri chiedeva la revoca della sentenza di condanna (divenuta

³ Così, giustamente, C. VISCONTI, [Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di Dell'Utri](#), in *questa Rivista*, 18 ottobre 2016.

⁴ C. appello Palermo, ordinanza del 18 novembre 2015 (dep. 23 novembre 2015), n. 639.

definitiva l'anno precedente) che lo aveva riconosciuto colpevole del reato di concorso esterno in associazione mafiosa.

Detta richiesta si fondava proprio sull'accertamento compiuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Contrada c. Italia*, nella quale si riconosceva che la figura del concorso esterno in associazione mafiosa era il frutto di una "evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demitry*" e che, di conseguenza, all'epoca cui risalivano i fatti ascritti al ricorrente esso non era "sufficientemente chiaro e prevedibile". Secondo i legali di Dell'Utri, la condanna subita dal proprio assistito rientrava senza dubbio "nel perimetro applicativo delle statuizioni di principio" contenute nella sentenza europea richiamata, il che faceva di lui un "fratello minore di Contrada", cioè "un soggetto che si trova nella stessa identica situazione già esaminata e decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo".

Anche Dell'Utri, infatti, era stato condannato a titolo di concorso esterno nell'associazione di cui all'art. 416-bis c.p. in relazione a *condotte antecedenti al 1994*: e, in particolare, per avere, tra il 1974 e il 1992, apportato un consapevole e volontario contributo causale al rafforzamento o almeno alla conservazione dell'associazione mafiosa denominata "Cosa Nostra" svolgendo una *continuativa attività d'intermediazione* tra questa e l'allora imprenditore Silvio Berlusconi, dalla quale il sodalizio criminale aveva ricavato un significativo arricchimento economico⁵.

Per questo motivo, si sosteneva nell'istanza depositata, anche nei suoi confronti lo Stato italiano doveva adempiere l'obbligo, statuito dall'art. 46 § 1 CEDU, di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea", obbligo che imponeva altresì l'adozione di tutte le "misure di carattere generale necessarie a rimuovere le cause *strutturali* della violazione riscontrata".

Secondo la tesi difensiva, sebbene la Corte di Strasburgo non avesse espressamente evidenziato l'esistenza di un "difetto sistemico" dell'ordinamento italiano, la sentenza *Contrada* costituiva comunque una sentenza "di principio", o "quasi pilota", i cui effetti, dunque, avrebbero dovuto riguardare — in base ai principi statuiti dalla Sezione Unite *Ercolano* — tutti i soggetti che si trovassero nella medesima situazione sostanziale del ricorrente. Al giudice dell'esecuzione, pertanto, si richiedeva di compiere una "mera operazione ricognitiva" della violazione dell'art. 7 CEDU, ossia di prendere atto dell'"illegalità della condanna" subita da Dell'Utri e di revocare immediatamente la sentenza emessa nei suoi confronti.

A giudizio della Corte d'appello palermitana, che pur ammette l'esistenza di "una evidente analogia sul piano temporale" tra la vicenda di Contrada e quella di

⁵ Nello specifico, nel procedimento penale a carico di Dell'Utri si è accertato che questi avrebbe anzitutto favorito la stipula di un "patto di protezione" tra Silvio Berlusconi e il sodalizio mafioso, per poi curarne l'esecuzione nel tempo, gestendo i contatti tra l'imprenditore milanese e Cosa Nostra e altresì occupandosi di consegnare all'associazione criminale le somme periodicamente corrisposte da Berlusconi quale "prezzo" della protezione ricevuta: per una compiuta trattazione della vicenda giudiziale in esame si rimanda a A. BELL, [La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell'Utri](#), in *questa Rivista*, 13 luglio 2014.

Dell'Utri, all'accoglimento di una richiesta siffatta si oppone tuttavia la *manca*za di una *previsione normativa* atta a consentire al giudice dell'esecuzione di revocare la condanna in presenza di una sentenza della Corte europea pronunciata non nei confronti del richiedente, bensì di un soggetto diverso e nell'ambito di un'altra procedura; tale ipotesi, infatti, non potrebbe in alcun modo essere ricompresa nei casi di "abrogazione" o "dichiarazione dell'illegittimità costituzionale" della norma incriminatrice, gli unici espressamente contemplati dall'art. 673 c.p.p.

Nemmeno sarebbe prospettabile, sostiene la Corte territoriale, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non consente di revocare la sentenza di condanna passata in giudicato in presenza di una violazione *identica* a quella già accertata dalla Corte di Strasburgo (questione che i giudici palermitani stessi ritengono di dover esaminare *ex officio*)⁷. Una simile questione, infatti, potrebbe trovare fondamento, con riferimento alla posizione di soggetti diversi dal ricorrente vittorioso a Strasburgo, solamente nelle ipotesi in cui si tratti di dare esecuzione nell'ordinamento italiano a una "*sentenza pilota*" in senso tecnico, ovvero a una pronuncia che costituisca espressione della *giurisprudenza consolidata* della Corte europea, come affermato dalla Corte costituzionale stessa nella sentenza n. 49 del 14 gennaio 2015⁸.

La sentenza *Contrada*, invece, non costituisce certamente — a giudizio della Corte palermitana — una "*sentenza pilota*"; essa, invero, non rileva espressamente l'esistenza di un "*problema sistematico o di carattere strutturale*" all'interno del nostro ordinamento, in quanto la violazione riscontrata attiene non a un contrasto tra le norme di diritto interno e la Convenzione, bensì solo al fatto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sia stato il risultato di una "*evoluzione giurisprudenziale*" successiva ai fatti di causa.

Oltre a ciò, osservano i giudici palermitani, detta pronuncia non contiene alcun riferimento alla necessità per lo Stato italiano di adottare "*misure a carattere generale*",

⁶ La Corte d'appello palermitana riconosce infatti una possibile analogia con quanto avvenuto a proposito dell'art. 630 c.p.p. con la sentenza della Corte costituzionale n. 113/2011: se in quella situazione si era accertata l'illegittimità costituzionale della disciplina della revisione nei casi in cui la *riapertura del processo* fosse necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea ai sensi dell'art. 46 § 1 CEDU, in questa potrebbe invece prospettarsi la contrarietà a Costituzione dell'art. 673 c.p.p. (per contrasto con l'art. 117 Cost., in combinazione con gli artt. 7 e 46 CEDU) nella parte in cui non ammette la revoca della sentenza di condanna qualora la riapertura del processo *non* appaia necessaria.

⁷ Un'ulteriore questione di costituzionalità vagliata dalla Corte d'appello palermitana, sollevata dal Procuratore generale della Repubblica, riguarda invece la legittimità costituzionale nientemeno che della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, in relazione agli artt. 3, 25 e 117 Cost. — correlato agli artt. 7 e 46 CEDU. Detta questione viene ritenuta manifestamente infondata: il giudice di Strasburgo, invero, non ha affatto riconosciuto un contrasto di tali norme con la Convenzione, ma ha soltanto affermato l'imprevedibilità di una loro applicazione a fatti commessi anteriormente al 1994. Una declaratoria di illegittimità costituzionale potrebbe dunque avvenire solo in modo "*sostanzialmente e temporalmente limitato*", il che, osserva la Corte territoriale, non è possibile.

⁸ Cfr. Corte cost., sentenza del 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015), n. 49, § 7 (diritto), in cui si legge che "*è (...) solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*".

mentre il fatto che gli stessi giudici di Strasburgo abbiano ripetutamente evidenziato come il ricorrente avesse sollevato la doglianza relativa all'inosservanza dei principi di irretroattività e prevedibilità della legge penale dinanzi a tutti i gradi del giudizio interno costituirebbe un indizio della loro volontà di limitare l'accertamento al solo specifico caso oggetto della loro attenzione.

D'altra parte, la decisione emessa dai giudici di Strasburgo nel caso *Contrada* non costituirebbe nemmeno per la Corte europea "diritto consolidato" nel senso indicato dalla nota sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, e come tale necessariamente vincolante per lo Stato italiano, trattandosi di pronuncia sostanzialmente *innovativa* ed essendo stata emessa da una Sezione semplice della Corte europea senza ricevere l'avallo nel merito della Grande Camera, non essendo stata accolta la relativa richiesta di rinvio proposta dal Governo italiano ex art. 43 CEDU.

Non trovandosi in presenza né di una sentenza pilota, né di una giurisprudenza europea consolidata, la Corte d'appello di Palermo conclude dunque nel senso dell'*irrelevanza* della questione di costituzionalità relativa all'art. 673 c.p.p., dichiarando l'incidente d'esecuzione *inammissibile*.

La vicenda Dell'Utri torna così, ancora una volta, sui banchi della Suprema Corte.

3. La Cassazione Dell'Utri del 18 ottobre 2016.

Avverso l'ordinanza appena esaminata Marcello Dell'Utri ricorre per cassazione, ribadendo l'esigenza di adottare una "interpretazione convenzionalmente conforme" dell'art. 673 c.p.p.

L'incidente d'esecuzione, si sostiene nei motivi di ricorso, costituirebbe infatti – sulla base dei principi enunciati tanto dalla giurisprudenza di legittimità (sentenza delle SS.UU. *Ercolano* del 24 ottobre 2013), quanto da quella costituzionale (sentenza Corte cost. n. 210 del 2013) – "l'unico rimedio esperibile" per dare attuazione, ai sensi dell'art. 46 CEDU, ai contenuti di una decisione della Corte europea che abbia accertato una violazione "strutturale" dell'ordinamento interno, quale si ritiene sia la violazione riscontrata dalla sentenza *Contrada*.

In via alternativa, peraltro, la difesa del ricorrente propone questione di legittimità costituzionale degli artt. 673 e 670 del codice di rito, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento agli artt. 5, 7, 13 e 46 CEDU, nella parte in cui essi non consentirebbero di provvedere alla revoca, o quanto meno alla dichiarazione di ineseguibilità, del titolo esecutivo pur in presenza di una sentenza della Corte di Strasburgo avente a oggetto una violazione del principio di legalità di carattere *oggettivo* (trattandosi di un difetto di prevedibilità ancorato al *deficit* di tassatività della disciplina legale del concorso esterno, alimentato dalle oscillazioni giurisprudenziali intervenute fino al 1994), ancorché pronunciata nei confronti di un soggetto diverso e nell'ambito di un'altra procedura.

La Suprema Corte rigetta tuttavia il ricorso, reputandolo *infondato*.

3.1. *Le premesse in diritto: le possibili vie processuali di adeguamento al giudicato europeo di nuovo al vaglio dei giudici di legittimità e i limiti entro i quali può operare il rimedio dell'incidente di esecuzione a tale scopo.*

Nell'affrontare il merito delle doglianze del ricorrente, il giudice di legittimità muove dall'analisi in via generale di due fondamentali "temi di fondo", strettamente correlati alla soluzione delle questioni prospettate. I due nodi da sciogliere in via preliminare riguardano infatti lo stesso *ambito del giudizio esecutivo*, da un lato, e le possibili *forme di attuazione degli obblighi statali derivanti dall'art. 46 CEDU*, dall'altro.

Con riguardo al primo profilo, la Suprema Corte pone particolare cura nel ricordare che la giurisdizione esecutiva non rappresenta un rimedio impugnatorio, utilizzabile per correggere eventuali errori verificatisi nel procedimento di cognizione, bensì costituisce il luogo di attuazione della sentenza irrevocabile. Di conseguenza, in tale procedimento *non può esservi spazio per l'uso di poteri discrezionali* da parte del giudice esecutivo, le cui competenze risultano predeterminate dal legislatore, in un sistema tendenzialmente improntato alla *regola della tassatività*. È pertanto da rigettare in maniera radicale "una lettura 'generalizzante' del giudizio esecutivo come luogo *flessibile* in cui scaricare ogni questione correlata alla esistenza di 'vizi o violazioni' in tesi verificatesi in cognizione, posto che il valore del giudicato (e della sua tendenziale intangibilità) resta integro nella sua dimensione di strumento di certezza e stabilità delle relazioni giuridiche e sociali"⁹.

Vero è che – e si passa così al secondo profilo – lo strumento dell'incidente esecutivo è stato in passato utilizzato, *in momenti storici caratterizzati dall'impossibilità di accedere all'impugnazione straordinaria della revisione*, per consentire l'adeguamento dell'ordinamento interno a un c.d. "giudicato europeo" proveniente dalla Corte di Strasburgo, che di per sé è destinato a confrontarsi con sentenze divenute irrevocabili, data la necessità del previo esperimento di tutti i rimedi interni ai fini del ricorso individuale. Il riferimento è, in particolare, alla sentenza della Cassazione *Dorigo* del dicembre 2006¹⁰, nella quale la Suprema Corte si è servita proprio del procedimento esecutivo (e in specie della dichiarazione di ineseguibilità ai sensi dell'art. 670 c.p.p.) per rimuovere le conseguenze della violazione accertata in sede europea¹¹ e garantire così un'effettiva *restitutio in integrum* al ricorrente.

Questo però non autorizza, afferma ora la Suprema Corte, a ritenere tale via ancora percorribile dopo che la Corte costituzionale stessa, con la sentenza n. 113 del 2011, ha introdotto nell'ordinamento un *diverso caso di revisione*, specificamente finalizzato a consentire l'ottemperanza al giudicato europeo attraverso la riapertura del procedimento interno; e lo stesso discorso vale anche per lo strumento del ricorso

⁹ Cfr. p. 21 della sentenza in commento.

¹⁰ Cass. pen., Sez. I, sentenza del 1 dicembre 2006 (dep. 25 gennaio 2007), n. 2800, *Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441 ss.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 16 novembre 2000, *Dorigo c. Italia*, ric. n. 46520/99.

straordinario in cassazione ex art. 625-bis c.p.p., utilizzato nei casi *Drassich*¹² e *Scoppola*¹³, ma ormai da ritenersi inadeguato a perseguire tali finalità.

Sebbene poi nella vicenda relativa ai “fratelli minori” di Scoppola tanto la Corte costituzionale quanto le Sezioni Unite avessero manifestato un’*espressa preferenza verso il rimedio esecutivo*, ritenendo non necessaria una riapertura del procedimento nel caso di specie, i giudici di cassazione reputano ora che da tale scelta non possa desumersi l’esistenza di un “principio generale” in favore dell’intervento in via esecutiva: il ricorso a tale strada, infatti, era stato in quel caso *conseguenza diretta dell’applicazione* al caso di specie *dell’art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953*, posto che la declaratoria di incostituzionalità della norma da cui derivava il contrasto con i principi convenzionali rappresentava un “indefettibile momento intermedio” tra la decisione emessa dalla Corte europea e l’applicazione *post-giudicato* dei principi in essa espressi nei confronti di soggetti “ulteriori” rispetto al ricorrente¹⁴.

Del resto, mentre nel caso *Scoppola* al giudice esecutivo si richiedeva, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, un intervento “a rime obbligate”, ossia una rideterminazione del trattamento sanzionatorio nella misura predeterminata dal legislatore e dalla Corte europea (trent’anni di reclusione), lo stesso non potrebbe dirsi in relazione al tipo di violazione accertata dai giudici di Strasburgo nel caso *Contrada*: infatti “è del tutto evidente” — si legge nella sentenza in commento — “che 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 un vizio di prevedibilità della sanzione* (ferma restando la responsabilità penale) o comunque lasci aperte più soluzioni possibili del caso, lo strumento di adattamento va individuato nella revisione” [corsivi nostri]¹⁵.

Viene così affermata con forza la *priorità logica dello strumento della revisione “europea”*, che è e resta il principale canale di adeguamento dell’ordinamento interno

¹² Cass. pen., Sez. VI, sentenza del 12 novembre 2008 (dep. 11 dicembre 2008), n. 45807, *Drassich*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457 ss.

¹³ Cass. pen., Sez. V, sentenza dell’11 febbraio 2010 (dep. 28 aprile 2010), n. 16507, *Scoppola*.

¹⁴ Si ricorderà che, dopo che, nella sentenza *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009, la Corte europea ha accertato che l’Italia aveva violato l’art. 7 CEDU per aver condannato il ricorrente alla pena dell’ergastolo e non — sulla base della disciplina in materia di rito abbreviato più favorevole, vigente in un periodo intermedio — a quella più lieve di trent’anni di reclusione, il nostro ordinamento si è ritrovato a dover far fronte alle domande di tutela provenienti da una serie di soggetti che, a loro volta condannati all’ergastolo benché avessero richiesto l’applicazione del rito abbreviato nel periodo di tempo in cui vigeva la disciplina più favorevole, chiedevano una rideterminazione della propria pena. La vicenda (che ha visto l’intervento tanto della Corte costituzionale, con la sent. n. 210 del 3 luglio 2013, quanto delle Sezioni Unite della Cassazione, con la sent. del 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, *Ercolano*) è stata ampiamente raccontata sulle pagine di *questa Rivista*: si rimanda, per tutti, a F. VIGANÒ, E. LAMARQUE, [Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola](#), in *questa Rivista.*, 31 marzo 2014 (pubblicata anche su *Giur. ita.*, n. 2/2014) e F. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola \(Cass., Sez. Un. Pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, ric. Ercolano\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2014, p. 250 ss.

¹⁵ Cfr. p. 27 della sentenza in commento.

alle decisioni della Corte di Strasburgo in tutti i casi in cui — sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6 CEDU), sia in rapporto a violazioni di carattere sostanziale — l'intervento di modifica non sia predeterminato nei suoi contenuti, ma richieda un esercizio più o meno ampio di discrezionalità da parte del giudice.

A un simile esito, peraltro, non sarebbe d'ostacolo l'*alterità soggettiva* del promotore della revisione rispetto al ricorrente vittorioso a Strasburgo: a giudizio della Suprema Corte, infatti, i c.d. "fratelli minori" sarebbero senz'altro legittimati a servirsi del peculiare strumento introdotto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113/2011, semplicemente in ragione della *portata generale della violazione accertata* e della *sostanziale identità del caso* (salve, ovviamente, le valutazioni di merito del giudice della revisione).

Il rimedio esecutivo resterebbe invece esperibile, quale strumento per adeguare il diritto interno al "giudicato europeo", soltanto nelle residuali ipotesi già identificate dalle Sezioni Unite in *Ercolano*: (a) la pronuncia europea di cui si richiede l'applicazione deve avere *effettiva e obiettiva portata generale*, pur non dovendo necessariamente costituire "sentenza pilota"; (b) deve sussistere una completa *identità* delle situazioni in comparazione; non deve essere necessaria alcuna declaratoria di illegittimità costituzionale¹⁶; (c) l'intervento sul giudicato non deve presentare *alcun contenuto discrezionale*, risolvendosi nella mera applicazione di un diverso e già identificato precetto.

3.2. L'applicazione dei criteri Ercolano al caso di specie.

La Cassazione passa così a vagliare se, alla luce dei criteri ora enunciati, il ricorrente possa avvalersi del rimedio esecutivo per ottenere la revoca della propria condanna.

Quanto al criterio *sub (a)*, la Suprema Corte marca anzitutto il proprio dissenso dalla ricostruzione dei giudici territoriali, i quali avevano negato che la pronuncia europea esprimesse una "giurisprudenza consolidata" ai sensi della sentenza n.

¹⁶ La Cassazione distingue infatti nettamente la situazione in cui l'esecuzione di una sentenza definitiva della Corte EDU richieda una *declaratoria di illegittimità costituzionale* di norme interne da quella in cui tale passaggio non è necessario: nel primo caso, come riconosciuto da Corte cost. n. 210/2013, il giudice dell'esecuzione ha l'*obbligo* di rimettere la questione alla Consulta (non potendo egli stesso procedere alla disapplicazione delle norme contrarie a Costituzione/Convenzione) e, in caso di pronuncia nel senso dell'incostituzionalità della legge interna, potrà conseguentemente esercitare *tutti i poteri necessari* ai sensi dell'art. 30 comma 4 della l. n. 87/1953 (ancorché di carattere innovativo/valutativo, come nel caso della rideterminazione del trattamento sanzionatorio) a rimediare all'avvenuta irrogazione della "pena illegittima". Nel caso in cui invece non sussistano profili di contrarietà delle norme di diritto interno con la Costituzione (in quanto è possibile una *interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata*), il giudice dell'esecuzione potrà estendere i principi di diritto sanciti dalla Corte di Strasburgo nei confronti di un soggetto diverso dal ricorrente, agendo *direttamente* sul titolo esecutivo, solo alle più rigorose condizioni sopra elencate (tra cui la necessità che la modifica del giudicato richiesta sia interamente "a rime obbligate").

49/2015 della Corte costituzionale¹⁷: è infatti chiaramente rintracciabile, a giudizio della Cassazione, una *precisa continuità* tra *Contrada* e la precedente giurisprudenza europea in materia di art. 7 CEDU, che ha sempre preso in considerazione, nel valutare la prevedibilità per il ricorrente tanto della responsabilità penale, quanto della pena irrogabile in concreto, anche gli *orientamenti giurisprudenziali interni* tesi a concretizzare il contenuto delle disposizioni di leggi vigenti (si citano in proposito, a titolo esemplificativo, le sentenze *S.W. c. Regno Unito*, *Pessino c. Francia*, *Del Rio Prada c. Spagna*¹⁸).

Pertanto, a giudizio della Cassazione la sentenza *Contrada* non appare “innovativa” rispetto alla consolidata giurisprudenza della Corte europea, e dovrà necessariamente essere presa in considerazione dai giudici nazionali anche in casi diversi da quelli oggetto di scrutinio a Strasburgo, enunciando principi di carattere generale in materia di principio di legalità penale.

Tuttavia, l’incidente d’esecuzione non può comunque costituire la sede idonea per ridiscutere la legittimità convenzionale della sentenza di condanna definitiva pronunciata a carico di Marcello Dell’Utri, in quanto l’accertamento contenuto nella sentenza *Contrada*, avendo a oggetto non l’an della responsabilità penale, quanto piuttosto un *vizio di prevedibilità della sanzione*, non imporrebbe una modifica del giudicato “a rime obbligate” (né nei confronti del ricorrente Bruno Contrada, né, a maggior ragione, nei confronti dei suoi “fratelli minori”): mancherebbe dunque in radice, nel caso di specie, il requisito *sub (c)*, in base al quale l’intervento richiesto al giudice dell’esecuzione non deve presentare *alcun contenuto discrezionale*.

Ma soprattutto, affermano i giudici di legittimità, non è integrato nel caso in esame il requisito *sub (b)*, dal momento che *non vi sarebbe* qui alcuna *identità di posizione tra Dell’Utri e Contrada*.

Quest’ultima affermazione viene giustificata sulla base di due argomenti concorrenti.

Anzitutto, il fatto che entrambi i soggetti in questione siano stati condannati in via definitiva per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi anteriormente al 1994 “non può ritenersi assorbente, posto che, al fine di ritenere sussistente o meno un *deficit* di prevedibilità degli effetti della propria condotta, se da un lato rilevano gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti (...), dall’altro rileva la *concreta vicenda processuale*, la *condizione soggettiva dell’imputato* al momento del fatto, le *modalità di esercizio del diritto di difesa* della persona accusata durante il giudizio interno”¹⁹ [corsivi nostri].

Guardando al contegno tenuto da Dell’Utri nei giudizi interni, invero, non emergerebbe, *in concreto*, alcun indizio di un *deficit* di prevedibilità da parte dello stesso imputato delle possibili conseguenze penali della propria condotta. A differenza di

¹⁷ Cfr. p. 32 della sentenza in commento.

¹⁸ Rispettivamente: Corte eur. dir. uomo, sentenze del 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92; del 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02; del 21 ottobre 2013 (Grande Camera), *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

¹⁹ Cfr. p. 31 della sentenza in commento.

Contrada, Dell'Utri aveva infatti affrontato il procedimento penale a suo carico — imperniato su una contestazione aperta, spinta inizialmente fino alla fine degli anni Novanta²⁰ — senza mai sollevare la questione del difetto di prevedibilità dell'inquadramento giuridico per i fatti commessi anteriormente al 1994, né il tema dell'irretroattività dell'interpretazione giudiziale fornita dalle Sezioni Unite in materia di concorso esterno in associazione mafiosa; lo stesso Dell'Utri, anzi, aveva più volte invocato in proprio favore quei medesimi principi statuiti dalle Sezioni Unite *Demistry*, ritenuti funzionali alla propria strategia difensiva.

In secondo luogo, assume per la Suprema Corte rilievo determinante il fatto che Contrada — e non Dell'Utri — avesse coltivato fin dall'inizio del processo a suo carico (in via subordinata rispetto alla richiesta di assoluzione) una *precisa ipotesi alternativa di qualificazione giuridica del fatto*, in specie in termini di *favoreggiamento personale*²¹. E anzi, secondo la Corte starebbe proprio in tale prospettazione la radice della doglianza portata da Contrada alla Corte di Strasburgo e da essa riconosciuta fondata, poiché l'accertata violazione dell'art. 7 CEDU riguardava in quell'occasione non il versante della scarsa prevedibilità della rilevanza penale del fatto, quanto piuttosto la prevedibilità della sua esatta qualificazione giuridica, e dunque, in sintesi, della pena concretamente irrogabile (art. 7 CEDU, § 1, secondo periodo).

In questo quadro, secondo la Cassazione sarebbe scorretto leggere nella sentenza *Contrada c. Italia* una valutazione generale di illegittimità convenzionale di qualsiasi affermazione di responsabilità a titolo di concorso esterno in 416-bis per fatti antecedenti il 1994: il "profilo generalista" della sentenza andrebbe invece collegato, in concreto, non all'alternativa fatto lecito-fatto illecito, attesa la possibilità di ricondurre la condotta materiale di agevolazione di un sodalizio mafioso astrattamente a più fattispecie di parte speciale; bensì all'*aspettativa dell'imputato di ricevere nel caso concreto un trattamento sanzionatorio più mite* (quello applicabile al reato di favoreggiamento personale, per l'appunto).

Di conseguenza, secondo il ragionamento della Corte di legittimità, per attribuire a un soggetto la qualifica di "fratello minore" di Bruno Contrada non è sufficiente il "dato temporale" della condanna, ma è altresì necessario che: a) l'analisi *ex post* della condotta processuale dell'imputato permetta di percepire un concreto deficit di prevedibilità, in capo allo specifico imputato, cagionato dal contrasto interpretativo esistente, "data l'ineliminabile componente soggettiva del giudizio di imprevedibilità" [corsivi nostri]; e che b) sia stata almeno sollecitata dall'imputato nel

²⁰ La condotta di agevolazione del sodalizio mafioso "Cosa Nostra" (mediante lo svolgimento di una continuativa attività di intermediazione tra questa e l'allora imprenditore Silvio Berlusconi) contestata a Dell'Utri riguardava, infatti, un arco temporale inizialmente compreso tra il 1974 e il 1998; dopo la condanna in primo grado a nove anni di reclusione, la pena fu però rideterminata in anni sette in appello, a seguito della piena assoluzione dell'imputato con riferimento alle condotte contestate nel periodo successivo al 1992. Si rimanda, ancora una volta, al compiuto resoconto della vicenda svolto da A. BELL, [La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell'Utri](#), cit.

²¹ Ipotesi delittuosa che, peraltro, al tempo della vicenda giudiziaria a carico di Contrada risultava già prescritta, come sottolineato dalla stessa Corte d'appello di Palermo, nella sentenza che il 4 maggio 2001 assolveva Bruno Contrada per insussistenza dei fatti (successivamente annullata in Cassazione).

proprio processo una diversa qualificazione giuridica del fatto, posto che il *deficit* di prevedibilità può riguardare solo la sanzione concretamente applicabile, ferma la sicura prevedibilità della rilevanza penale della condotta.

Tali ulteriori condizioni, si legge nella sentenza in esame, non sono presenti nel caso di Dell'Utri, il cui atteggiamento nel processo è sempre apparso invece indicativo della *piena consapevolezza delle "reali" questioni che hanno attraversato la giurisprudenza in materia di concorso esterno*, atteso che il ricorso da parte sua a "consulenti illuminati" gli aveva evidentemente permesso di comprendere le vere ragioni dei contrasti interpretativi esistenti sul tema.

A giudizio della Suprema Corte, infatti, vi sono diverse ragioni per sostenere che una condanna a titolo di concorso eventuale in associazione mafiosa fosse, al tempo cui risalgono le condotte di Marcello Dell'Utri, *prevedibile*. L'istituto del concorso "esterno", invero, è stato riconosciuto in giurisprudenza fin da alcune decisioni della seconda metà dell'Ottocento²², essendo poi stato applicato sia in materia di associazione per delinquere semplice²³, sia, soprattutto, nel settore dell'associazionismo politico²⁴; il tema dell'applicabilità della previsione di parte generale di cui all'art. 110 c.p. ai reati associativi, dunque, costituiva una "premessa di sistema" ampiamente conoscibile negli anni Settanta con un minimo di "diligenza informativa".

Oltre a ciò, la Corte rileva che i contrasti interpretativi sorti dalla seconda metà degli anni Ottanta con specifico riferimento al concorso eventuale nel reato di associazione mafiosa possono essere valorizzati solo in combinazione con la corrispondente elaborazione della nozione di *partecipazione punibile*: e ciò in quanto le sentenze che affermavano la "non configurabilità" di quella specifica fattispecie criminosa in ogni caso non giungevano a un esito "liceizzante" della condotta oggetto di giudizio, ma al contrario la consideravano *tout court* attratta all'interno della "categoria tipica" della partecipazione associativa²⁵.

²² La Suprema Corte fa riferimento alle sentenze della C. appello di Palermo, 17 giugno 1875, Ciaccio e altri; e 1 luglio 1875, Russo, in *il Circolo giuridico*, vol. VI, 1876, 47 e 54, entrambe ripubblicate in *Indice pen.*, 2000, 421 ss.

²³ Cfr. Cass. pen., sentenza del 28 aprile 1952, Barbieri.

²⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 1968 (dep. 27 maggio 1969), Muther e altri, in materia di cospirazione politica mediante la costituzione di un'associazione. Per una più compiuta analisi delle vicende storiche del concorso esterno nei reati associativi ci si può certamente rifare all'accurato studio di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

²⁵ Così è, in particolare, per Cass. Sez. I, sentenza del 19 gennaio 1987 (dep. 14 luglio 1987), n. 8092, Cillari, in *Cass. pen.*, 1989, p. 34 ss. (con nota di L. DE LIGUORI, *Concorso eventuale e reati associativi*, *ibidem*, p. 36 ss.), per la quale "la cosiddetta partecipazione esterna (...) si risolve, in realtà, nel fatto tipico della partecipazione punibile, la quale deve ritenersi integrata da ogni contributo apprezzabile effettivamente apportato alla vita dell'ente ed in vista del perseguimento dei suoi scopi, mediante una fattiva e consapevole condivisione della logica di intimidazione e di dipendenza personale propria del gruppo e nella consapevolezza del nesso causale del contributo stesso". Espressione del medesimo orientamento sono anche Cass. pen., Sez. I, sentenza del 21 marzo 1989, Agostani, in C.E.D. Cass., n. 181637; Cass. pen., sentenza del 18 maggio 1994 (dep. 30 giugno 1994), Abbate ed altri, inedita; Cass. pen., sentenza del 18 maggio 1994 (dep. 30 giugno 1994), Clementi, in *Cass. pen.*, 1994, XI, p. 2680 ss. e Cass. pen., sentenza del 18 maggio 1994 (dep. 30 giugno 1994), Mattina, *ibidem*, p. 2685 ss.

L'incertezza, pertanto, non riguardava la rilevanza penale dei fatti, bensì solo la loro *qualificazione giuridica*: e infatti un soggetto consapevole dei reali termini della questione era certamente in grado di alternativamente prevedere, in relazione alla commissione di condotte agevolatrici di sodalizi mafiosi, una incriminazione a titolo di *partecipazione* nell'associazione mafiosa, oppure di *concorso esterno*, oppure ancora (a seconda della tipicità della specifica condotta) di *altre figure delittuose di parte speciale*, quali favoreggiamento, ricettazione o altro.

Tuttavia, se per Bruno Contrada era effettivamente percorribile — ed aveva rappresentato concreto oggetto di rappresentazione — un'opzione qualificatoria più lieve, a titolo di favoreggiamento personale, così non era per Marcello Dell'Utri, il cui comportamento processuale testimoniava che *l'unica alternativa per lui concretamente prevedibile era quella tra punibilità a titolo di concorso esterno e punibilità a titolo di partecipazione*, con esclusione di ipotesi meno gravi. Nessun problema in punto di prevedibilità della sanzione penale, dunque: in entrambi i casi, del resto, il *quantum* di pena concretamente irrogabile e prevedibile era lo stesso.

Alla luce di tutte queste considerazioni, in conclusione, la Suprema Corte considera irrilevante la questione di costituzionalità proposta dalla difesa a proposito dell'art. 673 c.p.p. e, nel merito, infondato il ricorso di Dell'Utri.

4. Spunti per una valutazione critica della pronuncia: in generale, sui rimedi processuali per eseguire gli obblighi discendenti dalle pronunce di Strasburgo.

Il primo profilo di grande interesse della sentenza in commento è l'esplicita presa di posizione, all'interno del dibattito riguardante i possibili strumenti di adeguamento alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, in favore dell'istituto della *revisione c.d. "europea"*, introdotto nel nostro ordinamento dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113/2011.

In risposta alle molte voci levatesi in dottrina a sostegno di un utilizzo dell'incidente esecutivo quale rimedio individuale (per Bruno Contrada) e generale (per i suoi "fratelli minori") per rimuovere dall'ordinamento tutte quelle condanne che, alla luce della sentenza *Contrada*, si pongano in conflitto con le garanzie riconosciute dall'art. 7 CEDU²⁶, la Suprema Corte afferma ora non solo che l'incidente esecutivo può in generale avere nell'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea un ruolo esclusivamente *residuale* rispetto alla revisione, limitatamente a quei casi in cui la modifica o rimozione del giudicato debba essere il frutto di un intervento interamente *già predeterminato nei contenuti*; ma anche che è la revisione europea, e non la revoca della condanna ex art. 673 c.p.p., lo strumento processuale mediante il quale il

²⁶ Si possono citare, a titolo d'esempio: F. GIUFFRIDA - G. GRASSO, [L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale](#), in *questa Rivista*, 25 maggio 2015, p. 42; F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1066; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1026; F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani](#), cit., p. 6.

principio di diritto sancito dalla sentenza *Contrada* può e deve trovare concreta attuazione nel nostro ordinamento.

Secondo la Cassazione, infatti, la sentenza europea in questione, non compromettendo in alcun modo la sicura rilevanza penale delle condotte accertate, lascerebbe aperti ulteriori *margini di discrezionalità* in capo ai giudici interni, sicché la sua esecuzione non potrebbe prescindere da una vera e propria riapertura del procedimento di cognizione.

L'affermazione della Suprema Corte sembra porsi in sostanziale controtendenza rispetto a quel processo evolutivo che, come recentemente sottolineato in dottrina, ha negli ultimi tempi interessato il giudizio esecutivo, le cui caratteristiche si starebbero progressivamente avvicinando a quelle dello stesso processo di cognizione²⁷.

È, invero, ormai pacifico che lo scoglio rappresentato dal divieto di esercitare poteri discrezionali in sede esecutiva sia stato ormai superato, dopo che le Sezioni Unite stesse, a partire dalla sentenza *Gatto* del 29 maggio 2014²⁸, hanno riconosciuto importanti *poteri valutativi* in capo al giudice dell'esecuzione, al quale è stato attribuito il compito (squisitamente discrezionale) di *rideterminare in bonam partem la pena* qualora quella originariamente irrogata sia *illegittima*²⁹.

Nondimeno, la Cassazione afferma ora — non senza fondamento — che la riconosciuta possibilità di rimediare in sede esecutiva all'avvenuta inflizione di una “pena illegale” non deve intendersi come “ricognizione di un potere ordinario, tale da consentire un sindacato in sede esecutiva in ogni caso di potenziale erroneità di statuizioni e/o argomentazioni concorrenti a determinare la sanzione, ma rappresenta una valvola di sicurezza del sistema a fronte di un trattamento sanzionatorio frutto di ‘palesi errori giuridici o materiali’ commessi dal giudice della cognizione”³⁰.

In effetti, il potere di rideterminazione della pena riconosciuto al giudice dell'esecuzione incontra precisi limiti: limiti che sono stati fissati dalla sentenza *Gatto* nel *divieto di contraddire le valutazioni espresse dal giudice di cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile*. In particolare, rimane ancora intangibile l'accertamento del

²⁷ Si rimanda all'accurata analisi svolta da G. CANZIO, [La giurisdizione e la esecuzione della pena](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2016.

²⁸ Cass. pen., Sez. Un., sentenza del 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, *Gatto*, la quale ha affermato il potere del giudice dell'esecuzione di procedere alla rideterminazione della pena *lato sensu* illegittima a seguito di dichiarazione di incostituzionalità di una norma diversa da quella incriminatrice che ha comunque influito sul trattamento sanzionatorio (nel caso di specie dell'art. 69, comma 4 c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge 251/05, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5 d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4 c.p.).

²⁹ Cfr. altresì Cass. pen., Sez. Un., sentenza del 27 novembre 2014 (dep. 12 febbraio 2015), n. 6240, *Basile*; sentenza del 26 febbraio 2015 (dep. 28 luglio 2015), n. 33040, *Jazouli*; sentenza del 26 febbraio 2015 (dep. 15 settembre 2015), n. 37107, *Marcon*; sentenza del 26 giugno 2015 (dep. 3 dicembre 2015), n. 47766, *Butera*, tutte analizzate da G. CANZIO, [La giurisdizione e la esecuzione della pena](#), cit., p. 7 ss.

³⁰ Cfr. p. 21 della sentenza in commento.

fatto svolto in sede di cognizione, “non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio”³¹.

I (limitati) poteri discrezionali del giudice dell’esecuzione, dunque, non possono spingersi sino al punto di consentirgli una *rivalutazione della responsabilità penale dell’imputato*, che resta di esclusiva competenza del giudice della cognizione: di conseguenza, come è stato ben osservato in dottrina, “qualora (...) la rideterminazione della pena richieda una rivalutazione complessiva del caso di specie e delle sue peculiarità, dovrà procedersi (...) con la revisione del processo come introdotta dalla sent. n. 113/11 del Giudice delle Leggi”³².

Del resto, neanche rispetto al *singolo caso concreto*, relativo allo stesso Bruno Contrada, i giudici di Strasburgo hanno indicato all’ordinamento italiano le misure necessarie a riparare alle conseguenze della violazione, diverse ed ulteriori rispetto al risarcimento liquidato dalla Corte medesima, affidando così alla discrezionalità dello Stato la determinazione di tali misure. Certamente la Corte europea non ci ha chiesto di cancellare *tout court* tredici anni di processo: piuttosto, si potrebbe ritenere che essa abbia delegato i giudici interni a valutare *che cosa* di quell’accertamento possa ancora essere mantenuto, ferma però l’impossibilità di qualificare le condotte incriminate in base al combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p. (e dunque, parrebbe di dover concludere, ferma la necessità di rimuovere comunque quella condanna pronunciata in base a tale combinato disposto, giudicata illegittima dalla Corte europea stessa).

Non è questa la sede per valutare nel dettaglio come lo Stato italiano potrebbe oggi adempiere al giudicato europeo, ai sensi dell’art. 46 CEDU, in relazione a Bruno Contrada. Ci limitiamo qui solo a rilevare che, alla luce di quanto appena osservato, non dovrebbe ritenersi in radice preclusa la possibilità — parallelamente alla revoca della condanna a titolo di concorso esterno — di *riqualificare i fatti da lui commessi ai sensi di un’altra figura delittuosa* (la cui configurabilità, beninteso, apparisse agevolmente prevedibile al momento dei fatti) qualora ne appaiano provati tutti gli elementi costitutivi³³. In particolare, le molteplici condotte di agevolazione della latitanza di numerosi soggetti mafiosi poste in essere dal condannato, già considerate provate “oltre ogni ragionevole dubbio”, potrebbero ancora rilevare a titolo di *favoreggiamento personale*³⁴: titolo di reato che, tra l’altro, la difesa di Contrada aveva sempre invocato

³¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., sentenza del 26 febbraio 2015 (dep. 15 settembre 2015), n. 37107, Marcon, § 4 (diritto).

³² Così F. GIUFFRIDA - G. GRASSO, *L’incidenza sul giudicato interno*, cit., p. 41.

³³ Tale strada, in dottrina, appare finora adombrata solo da E. NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit. È evidente che, per garantire il rispetto dei principi convenzionali, questo potrebbe avvenire esclusivamente a due condizioni: che il reato in questione fosse *chiaro e prevedibile* al momento delle condotte ascritte a Contrada; e che in merito alla nuova imputazione sia stato svolto un pieno ed effettivo *contraddittorio* (per non rischiare, memori della vicenda *Drassich*, di incorrere in un’ulteriore violazione della Convenzione, stavolta con riferimento all’art. 6 CEDU).

³⁴ Non sembra invece concretamente percorribile la strada della riqualificazione a titolo di *partecipazione* nel reato in associazione mafiosa, invece, anche se sarebbe sicuramente la scelta più vantaggiosa per lo Stato italiano (che potrebbe così “salvare” integralmente la condanna pronunciata nei confronti di

durante il processo in chiave alternativa rispetto alla qualificazione accusatoria, con conseguente non prospettabilità in tale ipotesi di una violazione dei principi del “giusto processo” di cui all’art. 6 CEDU (salvo dover inevitabilmente pervenire, in questo caso, a una dichiarazione di *estinzione del reato per intervenuta prescrizione*).

In ogni caso, una simile prospettiva comporterebbe il compimento di importanti scelte di natura *discrezionale* da parte dei giudici interni, chiamati a rivalutare il materiale probatorio per vagliarne la compatibilità con possibili nuove imputazioni e, dunque, a *rivalutare* nel complesso *la responsabilità penale dell'imputato*. Strumento processuale idoneo a consentire l’esecuzione della sentenza europea nei confronti del ricorrente vittorioso, allora, non potrebbe essere l’incidente di esecuzione, bensì, per l’appunto, la *revisione “europea” del processo*, così come coniata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 113/2011: un istituto che, del resto, non solo consente al giudice di valutare nuovamente lo stesso materiale probatorio su cui si è fondata la precedente condanna (oltre che le eventuali nuove prove), ma dovrebbe altresì permettere di addivenire a esiti differenti dal proscioglimento, quali che siano quelli più opportuni per adeguarsi al dettato di Strasburgo nel caso di specie³⁵.

Quid iuris, però, per i “fratelli minori” di Contrada, tra i quali lo stesso Marcello Dell’Utri?

La Cassazione, come si è visto, ha sbarrato loro (e probabilmente non a torto, in ragione delle considerazioni poc’anzi svolte) la strada dell’incidente d’esecuzione; impraticabile appare pure la via del ricorso *ex at. 625-bis c.p.*, pensato per tutt’altro genere di situazioni e utilizzato in passato impropriamente per eseguire sentenze europee, in epoche antecedenti alla sent. 113/2011 della Corte costituzionale³⁶.

Resta dunque, anche per loro, da vagliare la praticabilità della strada della *revisione “europea”*: una possibilità data in qualche modo per scontata dalla Cassazione nella sentenza che qui si annota, ma che — tuttavia — così scontata non è (e che, tra l’altro, era stata espressamente esclusa in precedenti pronunce di legittimità³⁷). Il dispositivo e l’intero *iter* motivazionale della sentenza n. 113/2011 paiono infatti riferirsi alla situazione del *singolo* condannato risultato vittorioso a Strasburgo, non già ai suoi “fratelli minori”; una *revisione “europea”* nei confronti delle condanne di

Contrada, essendo la sanzione penale comminata la stessa) e non sembrerebbe evidenziare ulteriori problemi di compatibilità con i canoni di legalità penale imposti dalla Convenzione. Questo perché, sebbene al tempo in cui Contrada poneva in essere le condotte incriminate i confini tra le due figure non fossero ben definiti, oggi tali confini esistono, ed è bene che siano il più netti possibile: e nel caso di Contrada mancherebbe sicuramente quell’elemento che, a partire dalla sentenza *Demitry* in poi, ha chiaramente caratterizzato la figura del partecipe rispetto a quella dell’*extraneus*, ossia l’inserimento del soggetto all’interno dell’assetto organizzativo del sodalizio.

³⁵ Così. P. TROISI, [Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali](#), in *questa Rivista.*, 2 aprile 2015, p. 15: cfr. Corte cost., sentenza del 4 aprile 2011 (dep. 7 aprile 2011), n. 113, § 8 (diritto).

³⁶ Così. Cass. pen., Sez. V, sentenza del 14 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28676, Dell’Utri.

³⁷ Cfr. in particolare Cass. pen., Sez. VI sentenza del 29 maggio 2014 (dep. 26 settembre 2014), n. 39925, la quale, tuttavia, riguardava una violazione dei principi del giusto processo, di per sé non estensibile *erga omnes*, in quanto necessariamente fondata su una valutazione specifica delle circostanze del caso concreto.

costoro presupporrebbe dunque, quanto meno, una lettura *estensiva* della sentenza della Consulta, sulla quale occorrerebbe attentamente riflettere³⁸.

5. (Segue): sull'identità o diversità della situazione dell'attuale ricorrente rispetto a quella di Bruno Contrada.

A ogni buon conto, il nucleo centrale delle argomentazioni svolte dalla sentenza in esame, incentrato sugli elementi che *distinguerebbero* la situazione di Dell'Utri e quella di Contrada, è oggettivamente funzionale a *escludere anche una futura esperibilità del rimedio della revisione "europea" da parte di Dell'Utri*, la cui posizione si sostiene qui *non essere identica* a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo, in ragione di numerose "diversità di condizione giuridica e processuale".

Appare evidente come il fine ultimo di tale complesso costruito argomentativo sia quello di *restringere* la platea dei potenziali destinatari del principio di diritto contenuto nella pronuncia europea in questione, nell'inconfessata speranza di considerare Bruno Contrada, per quanto possibile, come un "figlio unico".

In questo modo, la Suprema Corte spera di evitare in radice lo spinoso problema della dubbia legittimità di tutte le condanne per concorso esterno in associazione mafiosa pronunciate per fatti commessi prima del 1994: problema che, peraltro, sembra avere una spaventosa *capacità espansiva*, poiché, come taluni autori hanno messo in luce³⁹, *anche dopo il 1994* i contorni della fattispecie in questione sono

³⁸ Ad esempio, in senso contrario alla possibilità per i "fratelli minori" di avvalersi della revisione europea si esprimono F. GIUFFRIDA - G. GRASSO, [L'incidenza sul giudicato interno](#), cit., p. 19; P. MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada*, cit., p. 3450. Cfr. poi G. UBERTIS, [Diritti umani e mito del giudicato](#), in *questa Rivista*, 5 luglio 2012, il quale ritiene che i risultati raggiunti dalla sent. 113/2011 della Corte costituzionale dovrebbero essere espressamente estesi anche a soggetti diversi dal ricorrente a Strasburgo mediante un intervento del legislatore o della Consulta stessa.

Un argomento a favore dell'estensibilità del rimedio della revisione europea anche a soggetti diversi dal ricorrente, tuttavia, potrebbe ritrovarsi addirittura nella sentenza della Corte costituzionale n. 210/2013. Essa, infatti, interrogandosi su quale via potesse concretamente essere seguita dai "fratelli minori" di Scoppola, affermava l'inadeguatezza del procedimento di revisione ex art. 630 c.p.p. in quanto nel caso di specie non era necessaria la riapertura del processo di cognizione, ma occorreva solamente incidere sul titolo esecutivo: *implicitamente*, dunque, la Corte stessa ha ammesso che, nei casi in cui sia invece necessaria la riapertura del processo, anche i soggetti diversi dal ricorrente vincitore possano avvalersi dello strumento della revisione europea per ottenere l'adeguamento della propria condanna alle sentenze definitive del giudice di Strasburgo. Cfr. Corte cost., sentenza del 3 luglio 2013 (dep. il 18 luglio 2013), n. 210, § 8 (considerato in diritto).

³⁹ Cfr. V. MAIELLO, *Consulta e corte EDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 8, pp. 1026-1027; O. DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale \(A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro\)](#), cit.; E. NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.sidi-isil.org/sidiblog](#), 21 maggio 2015, il quale ritiene comunque che una tale questione richiederebbe un ulteriore pronunciamento della Corte EDU, rimanendo impregiudicata dalla sentenza *Contrada*; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., p. 363.

stati a lungo tutt'altro che chiari, tanto che alla sentenza *Demistry* sono dovute seguire ben tre diverse pronunce a Sezioni Unite sul tema.

Di più: riconoscere che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa fosse di per sé “non sufficientemente chiaro e imprevedibile”, almeno fino al 1994, comporterebbe al contempo una difficile presa d’atto — ben al di là dei confini del concorso esterno nell’associazione mafiosa — dell’illegittimità per contrasto con l’art. 7 CEDU di *tutte* le situazioni in cui l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale generi *incertezza* circa le concrete conseguenze sanzionatorie applicabili a un certo tipo di condotte; problema di cui, del resto, si era dimostrata ben consapevole la stessa Corte d’appello di Palermo, nel respingere l’istanza di incidente esecutivo avanzata da Marcello Dell’Utri⁴⁰.

Ora, che la sentenza *Contrada c. Italia* sia davvero in grado di produrre simili, deflagranti conseguenze è assai discutibile, per i motivi che più avanti cercheremo di spiegare. Tuttavia, non ci sembra di poter condividere gli argomenti mediante i quali la Suprema Corte ha negato nel caso di specie la sussistenza del requisito dell’*identità* rispetto alla questione oggetto di accertamento in sede europea.

La valutazione della Cassazione è, a nostro sommo avviso, frutto di un *equivoco di fondo*: ciò che assume rilievo ai fini dell’accertamento della violazione dell’art. 7 CEDU non è stabilire se il soggetto abbia o meno sollevato *nel processo* la questione dell’imprevedibilità della propria condanna, o del *quantum* di pena che gli sarebbe stato applicato (questo profilo potrà, al più, rilevare ai fini della valutazione di ammissibilità del ricorso avanti alla Corte EDU, in relazione al requisito dell’esaurimento dei rimedi interni⁴¹); il punto è stabilire se, *nel momento della*

⁴⁰ Pur dichiarando di non voler assolutamente mettere in discussione quanto enunciato dalla Corte europea nella sentenza *Contrada*, infatti, i giudici palermitani rilevano che “il sillogismo interpretativo che sembra possibile desumere dalla sentenza in esame, ove fosse applicabile indistintamente, potrebbe avere come conseguente conclusione la violazione della medesima norma della Convenzione non solo in ogni caso in cui si pronunciano le Sezioni Unite della Corte di cassazione, fatto questo che denuncia *ex se* l’esistenza di un importante contrasto tra le Sezioni semplici, ma anche quando un siffatto e non infrequente contrasto riguarda le singole Sezioni senza approdare alle Sezioni Unite”. In entrambi questi casi, in base al ragionamento della Corte europea l’esistenza di “margin di incertezza interpretativa” sarebbe di per sé sempre dimostrativa dell’imprevedibilità della condanna per il soggetto, il quale, quindi, non dovrebbe mai essere punito: cfr. C. appello Palermo, ordinanza del 18 novembre 2015 (dep. 23 novembre 2015), n. 639, p. 5.

⁴¹ Certo, è assai probabile che un ricorso individuale proveniente da Dell’Utri (anche immaginando che questi si fosse attivato tempestivamente) non sarebbe stato considerato ammissibile dalla Corte europea ex art. 35 CEDU, non avendo egli mai sollevato in giudizio la doglianza relativa al principio di irretroattività; tuttavia, tale ragione non dovrebbe essere sufficiente a escludere la possibilità di attribuirgli la qualifica di “fratello minore”, atteso che tale categoria è stata costruita al fine di ricomprendere proprio coloro che, pur non avendo — per un motivo o per un altro — presentato ricorso a Strasburgo, abbiano a loro volta subito, sulla base di una sentenza già passata in giudicato, la medesima violazione accertata dalla Corte. Critico su questo punto è anche N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte EDU*, in *Giur. ita.*, in corso di pubblicazione. Cfr. anche F. P. LASALVIA, *Il giudice italiano e la (dis)applicazione del dictum Contrada: problemi in vista nel “dialogo tra le Corti”*, in *Arch. pen. (web)*, p. 18, il quale osserva come il ragionamento della Corte finisca “per desumere la prevedibilità del ricorrente dalla capacità o incapacità del difensore”.

commissione del fatto, egli fosse in grado di prevedere la propria condanna, e la pena che gli sarebbe stata applicata.

La sentenza in esame giustifica la propria scelta richiamandosi alla “ineliminabile componente soggettiva del giudizio di prevedibilità”⁴²; eppure, nessuna componente soggettiva è rintracciabile nella valutazione di imprevedibilità della condanna contenuta nella sentenza *Contrada*.

A giudizio della Corte europea, infatti, è il semplice fatto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa costituisse “il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demistry*”, e ciononostante fosse stato retroattivamente applicato a fatti commessi tra il 1978 e il 1987, a determinare la violazione dell’art. 7 CEDU. Una valutazione, dunque, puramente *oggettiva*, che prescinde totalmente dalla considerazione delle caratteristiche soggettive del ricorrente e che vale evidentemente per chiunque abbia agito in quello stesso lasso temporale⁴³.

Sotto questo profilo — che a nostro parere è l’unico a dover essere considerato nel comparare la situazione di Bruno Contrada con quella di un soggetto diverso — la posizione di Dell’Utri è del tutto *identica* a quella di Bruno Contrada.

Ma, anche ove si volesse rintracciare una componente soggettiva del giudizio di prevedibilità (cosa che però, ripetiamo, la Corte di Strasburgo, nel caso concreto, *non ha fatto*), il comportamento processuale del soggetto deve comunque ritenersi *ininfluente*, proprio perché la prevedibilità delle future conseguenze sanzionatorie della condotta va concretamente vagliata *al momento della condotta*, e non, come fa la Cassazione, al momento del processo. E, al momento della condotta, proprio non si vede perché Dell’Utri potesse prevedere una propria condanna a titolo di concorso esterno più e meglio di quanto non potesse fare Contrada: il quale era, non dimentichiamolo, un ufficiale di polizia che riceveva istruzioni dirette dai giudici palermitani che stavano istruendo processi in materia di concorso esterno⁴⁴.

⁴² Cfr. p. 35 della sentenza in commento. Singolare, peraltro, è che la Corte di cassazione affermi che (p. 31) “l’assenza di un giudicato CEDU a favore di Dell’Utri rende (...) libero l’interprete di analizzare tanto la condotta processuale del Dell’Utri (sinora non oggetto di apprezzamento in sede sovranazionale) che i contenuti della decisione CEDU emessa nel caso *Contrada*, come precisato dalla Corte Costituzionale nella decisione numero 49 del 2015 (...). Sul punto, va precisato che in procedimenti diversi rispetto a quello che ha ‘dato luogo’ alla pronunzia sovranazionale, l’interprete ha il dovere di apprezzare non solo le circostanze concrete (ivi comprese le modalità di esercizio del diritto di difesa, denotanti la condizione soggettiva di consapevolezza dell’illecito posta a monte del giudizio), ma gli stessi contenuti del ‘precedente’ rappresentato dalla decisione emessa dalla CEDU, lì dove non vi sia stata — in tale decisione — la concreta e visibile affermazione della ‘natura generale’ della violazione riscontrata”. Proprio perché la Suprema Corte ha ritenuto che la sentenza *Contrada* non abbia carattere innovativo, negando così la possibilità di utilizzare la sentenza n. 49/2015 per escludere un’estensione *erga omnes* della stessa, non si capisce da dove tale “libertà” riconosciuta all’interprete potrebbe altrimenti derivare.

⁴³ Radicale nell’evidenziare la natura oggettiva del giudizio di prevedibilità svolto dalla Corte è M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., p. 363, secondo il quale “la sentenza della Corte Edu nel caso *Contrada* riguarda (...) una ricognizione della tassatività e della tipicità dell’istituto, non la semplice prevedibilità delle conseguenze di una condotta”.

⁴⁴ Così anche F. P. LASALVIA, *Il giudice italiano e la (dis)applicazione del dictum Contrada*, cit., p. 18.

Maggiormente plausibile appare invece il secondo argomento utilizzato dalla sentenza in commento, il quale (partendo dal presupposto che la Corte di Strasburgo non abbia contestato la prevedibilità della rilevanza penale *tout court* della condotta, ma la prevedibilità dello specifico *titolo giuridico* e della *corrispondente sanzione* per cui il ricorrente era stato condannato) fa leva sul fatto che Bruno Contrada, a differenza di Dell'Utri, al momento dei fatti potesse nutrire una *legittima aspettativa di venire condannato a una pena inferiore rispetto a quella concretamente irrogata*, quale la pena prevista per il reato di favoreggiamento, come da lui richiesto in subordine nel corso del giudizio a suo carico.

Solo così si potrebbe comprendere, secondo la Cassazione, la scelta della Corte europea di pronunciarsi nel senso dell'imprevedibilità della condanna, laddove il contrasto giurisprudenziale in materia di concorso esterno, certamente esistente nel periodo di tempo considerato, non riguardava l'alternativa tra liceità o illiceità di quel genere di condotte, bensì *tra punibilità a titolo di concorso eventuale in 416-bis oppure a titolo di partecipazione nell'associazione di tipo mafioso tout court*. In base al ragionamento della Suprema Corte, Bruno Contrada, a fronte di un quadro giurisprudenziale incerto, poteva insomma ragionevolmente prevedere che le sue condotte sarebbero state qualificate a titolo di favoreggiamento e, dunque, punite con una pena più lieve rispetto a quella comminata dall'art. 416-bis c.p.; non così Marcello Dell'Utri, il quale poteva prefigurarsi che le proprie condotte sarebbero state punite, alternativamente, o a titolo di partecipazione, o a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa, con applicazione, in entrambi i casi, della medesima cornice edittale.

Nondimeno, questo tentativo di ricondurre a razionalità la decisione *Contrada c. Italia* operato dai giudici di cassazione finisce per tradursi in una *autonoma re-interpretazione del contenuto decisorio della sentenza europea*, che, in realtà, in punto di valutazione della prevedibilità della condanna non fa riferimento al reato di favoreggiamento. La Corte europea, anzi, sembra completamente ignorare persino la reale natura del contrasto giurisprudenziale sul concorso esterno avviato nel corso degli anni Ottanta: a suo giudizio, la semplice esistenza di contrasti interpretativi rendeva quella specifica qualificazione giuridiche imprevedibile, e, conseguentemente, una condanna a quel titolo illegittima.

In conclusione, nessuno degli argomenti utilizzati dalla Cassazione a sostegno di una sostanziale diversità tra la situazione di Contrada e quella di Dell'Utri ci pare convincente. Al contrario, una volta inquadrato correttamente il principio di diritto statuito dalla sentenza *Contrada*, ci sembra inevitabile considerare la posizione di Dell'Utri sostanzialmente *identica* a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo: tanto lui, quanto tutti i soggetti condannati in Italia per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi anteriormente al 1994, possono allora a buon diritto reclamare di essere autentici "fratelli minori" di Bruno Contrada, e non suoi lontani parenti.

6. (Segue): sui limiti dell’obbligo, a carico dei giudici italiani, di estendere *erga omnes* il “giudicato europeo”.

La conclusione appena raggiunta non chiude, tuttavia, il discorso.

Nell’interrogarsi su quale destino debba essere riservato ai “fratelli minori” di Bruno Contrada, occorre ancora chiedersi se davvero gli obblighi di adeguamento dell’ordinamento italiano alla sentenza *Contrada* desumibili dall’art. 46 CEDU — obblighi certamente cogenti nei confronti del singolo ricorrente⁴⁵ — necessariamente impongano di estendere il principio di diritto affermato nella pronuncia in questione rispetto a *tutti* i diversi casi di soggetti condannati per fatti qualificati come concorso esterno in associazione mafiosa e commessi prima del 1994 (con conseguente dovere per i giudici italiani di riqualificare i fatti materiali accertati in giudizio ai sensi di altre e diverse fattispecie, laddove possibile⁴⁶, ovvero di revocare *tout court* le relative sentenze di condanna).

Alcune ricostruzioni avanzate in dottrina, invero, mirano proprio a negare in radice la doverosità di una simile estensione, facendo leva — come già aveva fatto la Corte d’appello di Palermo nell’ordinanza ora confermata, con diversa motivazione, dalla Cassazione — sull’impossibilità di ricondurre la sentenza *Contrada c. Italia* nel solco della “giurisprudenza consolidata” della Corte EDU⁴⁷, sulla base del criterio utilizzato dalla Corte costituzionale, nella pronuncia n. 49 del 2015, per delimitare l’obbligo di garantire un’attuazione *erga omnes* delle sentenze definitive della Corte di Strasburgo pronunciate contro lo Stato italiano.

Con la sentenza citata, la Corte costituzionale è intervenuta — come è noto — a ridefinire il quadro dei rapporti tra ordinamento interno e sistema convenzionale, introducendo delle *autentiche innovazioni*⁴⁸ sul piano degli obblighi di conformazione del nostro ordinamento alla giurisprudenza di Strasburgo.

Nello specifico, tale pronuncia costituisce l’ultimo tassello aggiunto dal nostro giudice delle leggi alla complessa vicenda inerente la disciplina della *confisca*

⁴⁵ In questo senso, cfr. con particolare energia F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani](#), cit., p. 4 ss.

⁴⁶ Sembra impossibile, infatti, qualificare i fatti contestati a Dell’Utri in un reato diverso dal concorso esterno (dovendosi scartare immediatamente, per i motivi già esposti *supra* in nota 34), la possibilità di contestare direttamente il reato di cui all’art. 416-*bis* c.p. a titolo di partecipazione); in particolare, certamente non potrà ritenersi configurato il favoreggiamento personale ex art. 378 c.p., come invece si era ritenuto di poter fare per Contrada. L’unica ipotesi delittuosa che potrebbe astrattamente ritenersi integrata è il concorso nel reato estorsivo (realizzato da Cosa Nostra ai danni di Berlusconi): senonché la stessa Corte di cassazione, sent. 9 marzo 2012 (dep. 24 aprile 2012), n. 15727, nel procedimento a carico di Dell’Utri ha già espressamente escluso la sussistenza degli elementi costitutivi di tale fattispecie, negando che Silvio Berlusconi potesse rivestire il ruolo di vittima (nonostante egli non fosse stato chiamato a rispondere, come Dell’Utri, del reato di concorso esterno nel sodalizio mafioso).

⁴⁷ In questo senso, cfr. M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada*, cit., p. 4622.

⁴⁸ Come osserva G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum Quad. cost.*, 7 dicembre 2015, p. 1.

urbanistica, in merito alla quale la Corte di Strasburgo, per ben due volte (nelle sentenze *Sud Fondi*⁴⁹ e *Varvara*⁵⁰), ha sanzionato l'Italia per violazioni dell'art. 7 CEDU.

Al fine di impedire un'applicazione in senso estensivo dei principi di diritto stabiliti dalla sentenza *Varvara*⁵¹, la Corte costituzionale giunge in questa sede ad affermare che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento delle proprie scelte interpretative – in casi *diversi* da quello concretamente deciso dai giudici di Strasburgo – soltanto il “diritto consolidato” della Corte europea.

In questo modo, si è osservato in dottrina⁵², la Consulta sembra voler riecheggiare (pur se si astiene bene dall'esplicitarlo) il concetto di “diritto vivente”, che verrebbe così applicato anche al diritto europeo stesso: operazione che, da alcuni accolta con favore⁵³, ha sollevato al contempo diverse perplessità⁵⁴, in quanto affiderebbe al giudice comune chiamato a conformarsi a una sentenza di Strasburgo il compito di distinguere tra *giurisprudenza consolidata* della Corte e *singoli precedenti isolati*. In questo secondo caso, il giudice interno non sarebbe in alcun modo vincolato ad adeguarsi all'interpretazione (provvisoriamente) fornita dall'organo europeo e, laddove non la condividesse, potrebbe liberamente discostarsene, *salvo* che si tratti di una “sentenza pilota” in senso tecnico.

Adirittura, qualora questi ritenesse che il principio contenuto nella sentenza “isolata” di cui si richiede l'applicazione entri in conflitto con altri principi di rango costituzionale, secondo il giudice delle leggi la possibilità di sollevare questione di

⁴⁹ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia*, ric. n. 75909/01.

⁵⁰ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09.

⁵¹ In particolare, il giudizio traeva origine da due distinte questioni di costituzionalità, entrambe aventi a oggetto l'art. 44, comma 2, del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”), ma antitetico rispetto al contenuto: mentre la Corte di cassazione sosteneva che tale norma contrastasse con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 c. 1 della Costituzione (disposti a tutela del paesaggio, dell'ambiente, della vita e della salute), nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, non poteva applicarsi “nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato, anche qualora la responsabilità penale [fosse] stata accertata in tutti i suoi elementi”, secondo il Tribunale ordinario di Teramo, al contrario, la stessa sarebbe stata in contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui consentiva “che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – [potesse] essere contenuto anche in una sentenza che [dichiarasse] estinto il reato per intervenuta prescrizione” (Cfr. Corte cost., sent. 14 gennaio 2015 (dep. 26 marzo 2015), n. 49, §§ 1-6, fatto). Entrambe le questioni sono state dichiarate inammissibili, proprio in ragione dell'addotta assenza di un obbligo in capo al giudice comune di applicare la sentenza *Varvara c. Italia* in casi ulteriori rispetto a quello deciso dalla Corte di Strasburgo.

⁵² Cfr. G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015*, cit., p. 3.

⁵³ In particolare, si dichiara soddisfatto M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2015, pp. 290-291.

⁵⁴ Critici sono, ad esempio: R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *ConsultaOnline*, Studi, 2015/I; A. RUGGERI, [Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2015, p. 325 ss.; N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, n. 3/2015 p. 555 ss.

costituzionalità gli sarebbe radicalmente *preclusa*, sicché sugli obblighi convenzionali dovrebbe senza dubbio prevalere *l'interpretazione conforme alla Costituzione*⁵⁵.

Per guidare il singolo giudice in questa distinzione, la Consulta stessa ha indicato una serie di *indici* idonei a facilitare il discernimento, relativi a: il carattere *innovativo* del principio di diritto enunciato dalla Corte europea; gli eventuali punti di *distinguo* o di *contrasto* con i propri precedenti; la ricorrenza di *opinioni dissenzienti*; la circostanza che la sentenza promani da una *Sezione semplice* della Corte e non abbia ricevuto l'avvallo della Grande Camera; 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*"⁵⁶.

Si tratta, invero, di criteri largamente discrezionali e per di più "scarsamente intellegibili"⁵⁷; numerosi dubbi, inoltre, sono stati avanzati sulla correttezza della loro applicazione con riferimento alla sentenza *Varvara*, la quale, pur inserendosi coerentemente nel solco segnato dai propri precedenti in materia di confisca urbanistica, è stata qualificata dalla Corte costituzionale come non espressiva di diritto consolidato⁵⁸.

Ciò non toglie che la Consulta sia stata in buona parte animata, nell'adottare una simile decisione, da meritevoli intenti *dialogici*, volti anzitutto a responsabilizzare i giudici ordinari nel loro ruolo di primi interpreti della Convenzione e a spingerli ad assumere al contempo una *funzione critica*, mediante la quale gli stessi possano cooperare con la Corte di Strasburgo nel perseguire la corretta applicazione dei principi convenzionali e persino indurla a correggere in futuro talune posizioni, ancora non stabilizzate⁵⁹.

Ciò, ovviamente, solo ed esclusivamente con riferimento alle ipotesi in cui *non* si tratti di dare esecuzione a una sentenza europea nei confronti dello stesso soggetto in cui favore essa è stata pronunciata: si afferma infatti nella pronuncia in esame che "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",

⁵⁵ Cfr. F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2015, p. 340, il quale mette problematicamente in luce che in questo modo "il principio appena enunciato finisce, tuttavia, per autorizzare qualsiasi giudice comune ad azionare direttamente la delicatissima arma dei 'controlimiti' all'adeguamento del diritto interno al diritto di Strasburgo, e a violare per questa via gli obblighi discendenti dalla CEDU".

⁵⁶ Cfr. Corte cost., cit., § 7 (diritto).

⁵⁷ G. SORRENTI, [Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, cit.](#), p. 5.

⁵⁸ Ad esempio da parte di F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope](#), cit., p. 339; si osserva, tuttavia, che la posizione opposta è stata espressa da M. BIGNAMI, [Le gemelle crescono in salute](#), cit., p. 291, il quale denota che invece la sentenza *Varvara* non solo "appariva fortemente criptica, e non scioglieva espressamente il nodo tra obbligo sostanziale di accertare la responsabilità, ed obbligo di adottare una formale pronuncia di condanna", ma soprattutto "si poneva in aperta collisione con il precedente *Sud Fondi*".

⁵⁹ Così G. MARTINICO, [Corti costituzionali \(o Supreme\) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni \(CEDU e Convenzione americana sui diritti umani\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2015, p. 316.

neanche quando egli ritenga di non condividere la soluzione concretamente adottata dal giudice europeo.

Con la richiamata sentenza — che, è stato osservato, intenzionalmente “restringe i paletti che consentono alla CEDU e al suo diritto vivente di entrare nell’ordinamento interno”⁶⁰ — la Consulta ha assunto una chiara posizione in ordine all’obbligo per il giudice comune, già affermato nelle storiche sentenze gemelle del 2007, di applicare le norme della Convenzione *così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte europea*: tale obbligo sussiste soltanto rispetto alla “giurisprudenza consolidata” della Corte EDU, e non già quando la sentenza europea di cui si chiede l’attuazione (nei confronti di un soggetto diverso dal ricorrente vittorioso) non costituisca né “diritto consolidato”, né una “sentenza pilota” in senso tecnico.

Se questo è il principio desumibile dalla sentenza n. 49 del 2015 (principio che, invero, la Corte costituzionale riferiva alla sola questione dell’identificazione del parametro interposto nelle questioni di legittimità costituzionale ex art. 117 co. 1 Cost., ma che può essere persuasivamente esteso a tutte le ipotesi in cui il giudice comune nazionale si trovi ad applicare — anche solo nel contesto di una *interpretazione conforme* del diritto nazionale alla Convenzione europea — le norme della Convenzione medesima *così come interpretate dal “loro” giudice*), appare ragionevole ritenere che il medesimo principio debba essere applicato non solo qualora il giudice interno sia chiamato a conformarsi a una sentenza della Corte europea nei processi in corso o sopravvenuti rispetto alla pronuncia stessa, ma altresì — e, anzi, a maggior ragione — nei casi che, al momento dell’intervento dei giudici europei, risultino *già coperti dal giudicato*.

Per questo motivo, ci pare che anche la tutela dei “fratelli minori” di Bruno Contrada debba necessariamente passare per la verifica della conformità della sentenza europea in questione rispetto al complesso della giurisprudenza di Strasburgo in materia di legalità penale: e cioè, con le parole della sentenza n. 49/2015, valutando se davvero la *ratio decidendi* della sentenza *Contrada* costituisca espressione di una “giurisprudenza consolidata” della Corte europea. Un quesito, che come si è visto, è stato oggetto di valutazioni contrastanti nella stessa vicenda processuale qui commentata, ove la sentenza *Contrada* è stata considerata “innovativa” dalla Corte d’appello di Palermo, e — esattamente all’opposto — “non innovativa” dalla Cassazione.

7. (Segue): la “prevedibilità della condanna penale” nella giurisprudenza di Strasburgo: una nozione ancora in corso di consolidamento?

Per provare a sciogliere questo cruciale quesito, conviene esaminare attentamente lo specifico contenuto decisorio della sentenza *Contrada c. Italia* e, in

⁶⁰ Così R. CONTI, *La Corte assediata?*, cit., p. 181.

particolare, la trama argomentativa con cui la prevedibilità della condanna per Bruno Contrada è stata concretamente oggetto di valutazione, per poi porre a confronto questa sentenza con le precedenti pronunce in cui la Corte europea si è espressa in materia di legalità penale⁶¹.

Come parte della dottrina ha osservato, la Corte di Strasburgo sembra aver usato in questo caso contro l'Italia una severità e un rigore eccezionali, avvalendosi di criteri addirittura *anomali*, se messi a confronto con il più generale quadro della giurisprudenza europea in materia di art. 7 CEDU⁶². Il problema che la sentenza *Contrada* pone agli interpreti, in effetti, è come debba intendersi la fondamentale nozione di *prevedibilità della decisione giudiziale*⁶³: nozione che la Corte di Strasburgo, in questa pronuncia, sembra ancorare soltanto a elementi di carattere prettamente *oggettivo*, quali l'esistenza di un'incertezza interpretativa in ordine alla configurabilità del reato.

Anzitutto, assume carattere di forte *novità* il fatto che la Corte europea sia giunta qui a considerare direttamente l'esistenza di un *contrasto giurisprudenziale* quale criterio decisivo (e a ben guardare unico) sulla cui base concludere nel senso dell'imprevedibilità della condanna. In effetti, se una condanna penale può certamente dirsi imprevedibile qualora sia il frutto dell'*applicazione retroattiva di un improvviso mutamento giurisprudenziale*, è invece assai meno scontato parlare di imprevedibilità a fronte della presenza di *contrastati interpretativi sincronici*, che, come acutamente sottolineato in dottrina, sono lo strumento fisiologico di creazione di quel "diritto giurisprudenziale" che pure tanto sta a cuore ai giudici di Strasburgo⁶⁴.

È peraltro assai difficile trovare precedenti in termini nella passata giurisprudenza della Corte⁶⁵: si può forse citare in questo senso una sentenza, di

⁶¹ Per una compiuta esposizione della giurisprudenza evolutiva della Corte europea in materia di legalità penale, si richiamano brevemente i contributi di A. BERNARDI, *Art. 7 "Nessun a pena senza legge"*, in S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001; A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008; V. MANES, *Art. 7 CEDU*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C. E. PALIERO - F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013; F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS - F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

⁶² Di questa opinione anche M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada*, cit., p. 4618 ss., secondo la quale la Corte europea ha in questo caso adottato "criteri di particolare rigore che sembrano andare oltre le strette esigenze di garanzia poste dall'art. 7".

⁶³ Parte da un approccio radicalmente opposto N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte EDU*, in *Giur. ita.*, in corso di pubblicazione, il quale abbraccia una concezione interamente oggettiva della legalità Cedu, incentrata sulla conoscibilità-prevedibilità della fattispecie penale *ex se* e non sulla prevedibilità per il ricorrente della concreta decisione giudiziale.

⁶⁴ Così F. PALAZZO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, Intervento al convegno "Interpretazione giurisprudenziale e principio di legalità in materia penale alla luce della Sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, Contrada c. Italia", Roma, 15 giugno 2015, reperibile su www.radioradicale.it.

⁶⁵ Cfr. Corte eur. dir. uomo, sentenza del 16 settembre 2014, Plechkov c. Romania, ric. n. 1660/03, § 73.

pochissimi mesi precedente a *Contrada (Plechkov c. Romania*, del 16 settembre 2014), in cui la Corte europea ha riconosciuto una violazione dell'art. 7 CEDU da parte della Romania in un caso in cui, a fronte di un'imprecisione normativa circa gli elementi costitutivi di un reato in materia di pesca (in particolare, riguardante la natura imperativa o di principio della norma che definiva l'area della zona economica esclusiva), si evidenziava la presenza di contrasti giurisprudenziali sulla specifica questione oggetto del giudizio (in un quadro, per la verità, in cui numerose erano le precedenti decisioni di assoluzione, mentre solo quattro le pronunce di condanna).

Assai più numerosi sono invece i casi in cui la Corte europea ha riscontrato l'imprevedibilità in un contesto di *totale assenza di precedenti conformi* (e in cui dunque la violazione dell'art. 7 CEDU derivava da un repentino e improvviso *revirement* giurisprudenziale a danno dell'imputato)⁶⁶ o, ancora, i casi in cui la *mancaanza di una giurisprudenza consolidata* non le ha comunque impedito, in presenza di *altri elementi in grado di fondare un giudizio di prevedibilità della condanna*, di *escludere* la violazione dell'art. 7 CEDU.

Nel caso *Cantoni c. Francia*⁶⁷, ad esempio, i giudici europei hanno valorizzato l'esistenza di una "tendenza giurisprudenziale estensiva", nonostante permanessero *contrast* nelle pronunce di merito; nella sentenza *Grigoriades c. Grecia*⁶⁸, la Corte si è spinta ad affermare che, benché la fattispecie di oltraggio all'esercito (prevista dal codice penale militare greco) non definisse in alcun modo i comportamenti vietati e non fosse univocamente chiarificata dall'interpretazione giurisprudenziale, nel caso di specie si poteva comunque affermare con chiarezza che la condotta contestata al ricorrente (l'invio a un superiore di una lettera fortemente critica nei confronti dell'esercito) vi fosse ricompresa, per cui la condanna non poteva dirsi imprevedibile. Nella pronuncia *Radio France e a. c. Francia*⁶⁹ la prevedibilità della condanna è stata riconosciuta anche *in assenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati*, essendosene rilevata la coerenza con la "sostanza del reato". Per non parlare delle ormai notissime sentenze "gemelle" in materia di *marital rape*, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*⁷⁰, in cui la Corte ha giustificato addirittura un'interpretazione giurisprudenziale sfavorevole al ricorrente *contra legem* e totalmente innovativa, adducendo la possibile "prevedibilità sociale" della condanna.

Ora, in punto di mero fatto, appare quanto meno problematico sostenere che una condanna a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa in relazione a condotte che obiettivamente agevolassero l'intero sodalizio commesse fino al 1994

⁶⁶ Cfr. ad esempio Corte eur. dir. uomo, sentenza del 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02, §§ 34-37; Corte eur. dir. uomo, sentenza del 24 maggio 2007, *Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Romania*, ric. nn. 77193/01, 77196/01, § 39 ss.; Corte eur. dir. uomo, *Grande Camera*, sentenza del 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, § 111 ss.

⁶⁷ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91, §§ 30-35.

⁶⁸ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grecia*, ric. n. 24348/94, §§ 38 e 50.

⁶⁹ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 30 marzo 2004, *Radio France e a. c. Francia*, ric. n. 53984/00, § 20.

⁷⁰ Corte eur. dir. uomo, sentenze del 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92 e *C.R. c. Regno Unito*, ric. n. 20190/92.

fosse di per sé *imprevedibile*: se non altro, il tema era all'ordine del giorno nella giurisprudenza italiana sin dalla fine degli anni Ottanta, e i repertori giurisprudenziali pullulavano di sentenze della Suprema Corte nell'uno e nell'altro senso. La situazione era dunque quella, per l'appunto, di un *contrasto giurisprudenziale sincronico*, che rendeva ben possibile per chiunque percepire quanto meno il *rischio* di essere condannato a tale titolo. Dal canto suo, la successiva sentenza *Demistry* non rappresentò affatto un (improvviso e imprevedibile) *revirement* di una precedente giurisprudenza su cui i singoli avrebbero potuto fare affidamento, bensì fu semplicemente il risultato di un'opzione per uno degli orientamenti contrapposti che già da tempo si contendevano il campo⁷¹.

In breve: la coesistenza di più orientamenti giurisprudenziali in un medesimo periodo di tempo non rende affatto *imprevedibile* la decisione; la rende, semplicemente, *incerta*.

Quel che la Corte europea sembra affermare nella sentenza *Contrada*, allora, è che anche il mero *stato di dubbio* — cagionato da una situazione di *incertezza* relativa alla possibile qualificazione giuridico-penale della propria condotta, e alle concrete conseguenze sanzionatorie relative a un certo tipo di condotte — può essere sufficiente a *escludere* la prevedibilità della condanna ai sensi dell'art. 7 CEDU⁷²:

Ma su questo cruciale profilo la differenza rispetto alla precedente giurisprudenza consolidata della Corte è davvero tangibile, e forse macroscopica⁷³. La possibilità che il ricorrente potesse versare *quantomeno in uno stato di dubbio* circa la liceità dei propri comportamenti, infatti, è stata valorizzata in numerosi casi in cui la Corte europea, abbracciando una nozione di prevedibilità di tipo *soggettivo*, ha preso in esplicita considerazione le *caratteristiche professionali e personali del ricorrente* — in ragione del possesso, da parte sua, di un peculiare bagaglio conoscitivo, o comunque della titolarità di una serie di obblighi di precauzione e diligenza specifica — giungendo su questa base alla soluzione di *escludere* la violazione dell'art. 7 CEDU.

Così è accaduto ad es., nel caso *Flinkkilä e a c. Finlandia*⁷⁴, in cui la condanna per interferenze illecite nella vita privata era stata considerata prevedibile — nonostante l'estrema incertezza sulla fattispecie e la scarsità di precedenti giurisprudenziali — in ragione del fatto che il ricorrente, giornalista professionista tenuto al rispetto di una specifica deontologia, non avrebbe potuto essere considerato ignorante del precetto.

⁷¹ Cfr. F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1063, secondo il quale “occorre distinguere l'improvviso e netto *revirement* giurisprudenziale sfavorevole, rispetto al quale un argine, una garanzia è assolutamente necessaria, dalla situazione di 'semplice' incertezza applicativa”.

⁷² In questo senso, cfr. F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani](#), cit., p. 8.

⁷³ Cfr. M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada*, cit., p. 4620, secondo la quale “nel caso *Contrada* la Corte si è discostata dai propri precedenti superando il concetto della ragionevole prevedibilità di una interpretazione giurisprudenziale sfavorevole, ed adottando piuttosto un criterio di certezza in ordine all'applicazione della medesima, così elevando la soglia minima per l'osservanza dell'art. 7 della Convenzione dalla ragionevole prevedibilità alla previsione certa della punibilità della propria condotta da parte dell'agente”.

⁷⁴ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 16 aprile 2010, *Flinkkilä e a c. Finlandia*, ric. n. 25576/04, § 67.

Lo stesso è avvenuto nel caso *Soros c. Francia*⁷⁵, nel quale la qualifica di *investitore professionale* del ricorrente è stata l'elemento determinante per rintracciare la prevedibilità della condanna per *insider trading*, sebbene mancasse una chiara giurisprudenza a supporto, riconoscendo che il *dubbio* circa la possibile rilevanza penale della condotta avrebbe dovuto indurlo ad impiegare una particolare cautela nelle proprie scelte d'azione⁷⁶.

Nel caso *Cantoni c. Francia*, ugualmente, la Corte ha rilevato che "il rischio di conseguenze penali era tanto più prevedibile per chi, come il ricorrente, operasse nell'esercizio della propria professione e, pertanto, dovesse adoperare particolare prudenza"⁷⁷.

La natura della specifica *attività professionale* esercitata dal ricorrente era stata oggetto di considerazione anche nei casi *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera* e *Kuolelis, Bartoševičius and Burokevičius c. Lituania*⁷⁸, mentre persino nel caso *Pessino c. Francia* la concreta prevedibilità della condanna per il ricorrente (esclusa peraltro nel caso concreto) era stata vagliata anche alla luce della sua qualifica di *professionista*.

Nella sentenza *Contrada* non v'è traccia di tutto ciò: la Corte europea abbraccia, qui, una nozione di prevedibilità meramente *oggettiva*, escludendo dalla propria valutazione ogni riferimento a possibili elementi di prevedibilità soggettiva incentrati sulle caratteristiche personali e professionali del ricorrente⁷⁹.

Dobbiamo dunque ritenere che la *Contrada c. Italia* segni una *svolta* nella giurisprudenza di Strasburgo in materia di legalità penale, e sia espressiva della volontà dei giudici europei di sostituire ai tradizionali canoni di prevedibilità soggettiva altri criteri più rigorosi, di matrice oggettiva?

Non lo crediamo: anche perché, in una nuova pronuncia di poco successiva a quella emessa contro lo Stato italiano, la Corte europea sembra ritornare sui propri passi, annoverando addirittura tra i "principi generali" in materia di art. 7 CEDU il fatto che ci si possa aspettare dal ricorrente che sia un professionista abituato a procedere "con grande cautela" nell'esercizio della propria professione una "particolare attenzione nel valutare i rischi che la propria professione comporta"⁸⁰.

⁷⁵ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06, § 59.

⁷⁶ Si tratta di un approccio simile a quello fatto proprio dalla giurisprudenza italiana, secondo la quale il dubbio sulla possibile illiceità penale del fatto non appare idoneo a escludere la colpevolezza ai sensi dell'art. 5 c.p. (come interpretato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988): qualora il soggetto sia incerto rispetto alla liceità o illiceità di un certo comportamento, dunque, sarebbe tenuto ad astenersi dall'agire. In questo senso, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, V ed., Milano, 2015, p. 379 e i riferimenti giurisprudenziali *ivi* citati; in senso critico, cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in corso di stampa.

⁷⁷ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91, § 35.

⁷⁸ Corte eur. dir. uomo del 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*, ric. n. 10890/84, § 68; Corte eur. dir. uomo del 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartoševičius and Burokevičius c. Lituania*, ric. nn. 74357/01, 26764/02, 27434/02, § 120.

⁷⁹ Su questo profilo si esprime criticamente anche G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, cit., p. 9.

⁸⁰ Corte eur. dir. uomo, sentenza del 1 settembre 2016, *X e Y c. Francia*, ric. n. 48158/11, § 57. Nel caso di specie, i ricorrenti, direttore generale e funzionario addetto alla valutazione dei rischi di arbitraggio di una banca francese, erano stati sanzionati dall'Autorità addetta al controllo dei mercati finanziari francesi

Appare probabile, pertanto, che la sentenza *Contrada* rappresenti un'eccezione nel più ampio quadro della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale si è mostrata, nei confronti dell'Italia, assai più severa del solito. A rimetterci, tuttavia, sono state la chiarezza e la coerenza della stessa nozione di *prevedibilità della condanna* ai sensi dell'art. 7 CEDU: una nozione che appare, in molti casi, uno strumento *flessibile* nelle mani della Corte, di cui essa può servirsi tanto in funzione apologetica delle condotte di uno Stato, quanto in funzione di reprimenda⁸¹.

8. La problematica eredità della sentenza *Contrada* per l'ordinamento italiano.

Se non è possibile inserire la sentenza *Contrada* nel solco della "giurisprudenza consolidata" della Corte EDU, non appare allora azzardata la conclusione secondo cui, sulla base di quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 49 del 2015, i giudici interni non dovrebbero oggi considerarsi vincolati a dare esecuzione al principio di diritto in essa contenuto — secondo il quale una condanna a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa era imprevedibile nell'ordinamento italiano fino al 1994 —, quanto meno in casi *diversi* rispetto a quello concretamente deciso dalla Corte europea⁸².

Nei confronti, cioè, di soggetti che pure adducano una sostanziale *identità* rispetto alla situazione di Bruno *Contrada*, ci pare che i giudici italiani dispongano di un certo margine di apprezzamento, in forza del quale ben potrebbero spingersi a *sindacare nel merito* — sulla base delle indicazioni della stessa giurisprudenza di Strasburgo, considerata nel suo complesso — la valutazione di imprevedibilità

(AMF) per aver partecipato a un'operazione di aumento di capitale di una società acquistando diritti preferenziali di sottoscrizione senza copertura e conseguentemente procedendo alla vendita di strumenti finanziari. La Corte europea (che qui dà per scontato che le sanzioni irrogate nel caso concreto avessero carattere "penale"), nondimeno, ha escluso la violazione dell'art. 7 CEDU — benché si trattasse di una *questione nuova*, connessa a una recente modifica del sistema disciplinare dell'AMF — proprio sulla base del fatto che i ricorrenti non potevano ignorare i propri obblighi disciplinari, in quanto professionisti dei mercati finanziari (§ 62).

⁸¹ Non sfugge, peraltro, che, mentre in passato l'*elasticità* del criterio della prevedibilità era stato oggetto di aspre critiche in dottrina, in quanto il più delle volte utilizzato dalla Corte europea per salvare dalla censura di indeterminatezza norme penali dai contorni poco chiari e imprecisi (tant'è che le prime pronunce in materia di art. 7 CEDU tendevano a *escludere* la violazione da parte dello Stato: cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 64, il quale per l'appunto dipinge una legalità convenzionale "debole"), le più recenti sentenze — quali *Pessino*, *Sud Fondi* e *Varvara* — sembrerebbero testimoniare un'avvenuta "inversione di tendenza" (così V. MANES, *Art. 7 CEDU*, cit., p. 281) in senso fortemente garantista (o, addirittura, "indulgenzialista": cfr. V. VALENTINI, [La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti](#), in questa *Rivista*, 20 giugno 2016, p. 18).

⁸² *Contra*, cfr. N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte EDU*, in *Giur. ita.*, in corso di pubblicazione, e F. P. LASALVIA, *Il giudice italiano e la (dis)applicazione del dictum Contrada*, cit., p. 19.

compiuta dalla sentenza *Contrada* nel caso di specie allora esaminato, negandone così la doverosità di un'automatica estensione in altri casi simili.

Per quanto la scelta di restringere la vincolatività per il giudice italiano alla sola "giurisprudenza consolidata" della Corte europea sia stata da molti criticata, ci pare infatti del tutto condivisibile l'intento del nostro giudice delle leggi di salvaguardare la *stabilità dell'ordinamento giuridico interno* contro il rischio di un'estensione indiscriminata di principi che, potenzialmente capaci di travolgere anche istituti fondamentali del nostro sistema, potrebbero essere contenuti in sentenze intrinsecamente incoerenti con la stessa giurisprudenza europea, o che comunque non abbiano adeguatamente preso in considerazione le proprie potenziali ricadute sugli assetti strutturali dell'ordinamento nazionale coinvolto.

E non v'è dubbio che la sentenza *Contrada c. Italia* possieda tutte queste caratteristiche: non solo, infatti, abbiamo visto come la Corte europea sia giunta ad applicare il concetto di prevedibilità dell'esito giudiziale al caso di specie in modo profondamente *diverso* da come aveva fatto nella propria giurisprudenza precedente, attribuendo rilievo decisivo all'oggettiva esistenza di un *contrasto giurisprudenziale sincronico* e ignorando completamente l'analisi delle *caratteristiche soggettive* del ricorrente ai fini del giudizio di imprevedibilità della sua condanna; ma è parimenti indiscutibile che la stessa abbia trascurato di considerare adeguatamente la peculiare struttura normativa del reato di concorso esterno nell'ordinamento italiano⁸³.

Il risultato è una pronuncia per molti versi contraddittoria, che tra l'altro, se applicata diffusamente anche al di fuori del caso concretamente analizzato dalla Corte, avrebbe il paradossale effetto di comportare la *rimozione di tutte le sentenze di condanna per concorso esterno per fatti commessi anteriormente al 1994*: persino di quelle che — compresa la stessa sentenza *Demitry*, intervenuta a dirimere il *persistente contrasto giurisprudenziale* in materia — hanno progressivamente contribuito all'affermazione giurisprudenziale della fattispecie delittuosa.

È evidente che si tratta di conseguenze troppo gravi perché siano adottate dai nostri giudici a cuor leggero; ma soprattutto, *non è neanche chiaro se sia questo l'effetto veramente voluto dalla Corte di Strasburgo*: la quale, in verità, si è finora mostrata estremamente *cauta* nel richiedere una estensione *erga omnes* della propria giurisprudenza anche contro la preclusione del giudicato, che anzi è — come riconosciuto anche dalla nostra stessa Corte costituzionale — un valore "non estraneo" alla Convenzione⁸⁴.

⁸³ Di tale opinione è ad esempio F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1063, che critica la scelta della Corte europea di non considerare rilevante la giurisprudenza affermatasi nei decenni precedente in materia di concorso esterno in associazioni terroristiche, rispetto alla quale c'era "eterogeneità criminologica" ma *non normativa*. Cfr. anche G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 16; M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada*, cit., p. 4622; G. LEO, [Concorso esterno nei reati associativi](#), cit., pp. 8-9.

⁸⁴ Cfr. Corte cost., sentenza del 3 luglio 2013 (dep. il 18 luglio 2013), n. 210, § 7.2 (diritto). Non si può peraltro ignorare che, sebbene sia pacificamente riconosciuto che dalle sentenze definitive della Corte EDU derivino anche obblighi di adottare *misure a carattere generale* per rimuovere la violazione accertata (si può rimandare, per una sintesi, a P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti*

Quello che la sentenza n. 49/2015 può insegnarci, allora, è che forse, in circostanze del genere, *può essere più opportuno per i giudici nazionali lasciare che sia lo stesso giudice europeo, nuovamente interpellato, a chiarire simili dubbi*; e l'occasione propizia potrebbe quindi essere un ulteriore ricorso a Strasburgo da parte di uno dei "fratelli minori"⁸⁵, o anche la presentazione di una questione interpretativa relativa all'esecuzione della sentenza da parte del Comitato dei Ministri, ai sensi dell'art. 46 § 3 CEDU⁸⁶.

9. Conclusioni.

Da tutto ciò che precede risulta chiaro che le potenziali ripercussioni della sentenza europea in discussione vanno ben oltre il destino giudiziale di Bruno Contrada o Marcello Dell'Utri, e superano financo l'intramontabile questione relativa alla configurabilità giuridica del controverso istituto del concorso "esterno" nel reato associativo di cui all'art. 416-*bis* c.p.⁸⁷

Con la sentenza *Contrada*, la Corte europea sembra infatti aver scoperchiato un vero e proprio "vaso di Pandora", mettendoci definitivamente di fronte alla coesistenza

dell'uomo, Milano, 2004), i giudici di Strasburgo non hanno finora *mai affrontato espressamente la questione dei "fratelli minori" del ricorrente*, che al momento è rimasta prerogativa delle nostre Corti di cassazione e Consulta.

⁸⁵ Così potrebbe ad esempio fare Marcello Dell'Utri, impugnando la sentenza della Cassazione che ha rigettato il ricorso contro l'ordinanza della Corte d'appello di Palermo; anche se lo stesso, in realtà, ha già presentato ricorso a Strasburgo contro la condanna definitiva subita nel 2014, il quale ancora deve essere esaminato dalla Corte.

⁸⁶ Peraltro, se fosse già entrato in vigore il Protocollo n. 16 alla CEDU (attualmente ratificato solamente da sedici Stati), la stessa Corte di cassazione, in quanto giurisdizione superiore a ciò abilitata, avrebbe potuto avvalersi della possibilità di chiedere un chiarimento interpretativo direttamente alla Corte europea: la vicenda *Contrada*, anzi, si sarebbe prestata particolarmente a dimostrare la potenziale utilità di un simile strumento consultivo.

⁸⁷ Questione che, peraltro, è tornata alla ribalta a seguito della decisione dei giudici di Strasburgo sul caso *Contrada*: sicché non solo diverse voci in dottrina oggi si appellano a quella pronuncia europea per rimettere in discussione la compatibilità dell'istituto giuridico *de quo* rispetto ai principi di legalità e determinatezza di cui all'art. 25.2 Cost., (cfr. ad esempio S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo*, cit., p. 8; S.E. GIORDANO, *Il concorso esterno al vaglio della Corte Edu*, cit., p. 20; A. MANNA, [La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?](#), cit., pp. 6-7; da ultimo, cfr. anche l'articolata critica mossa da M. DONINI, [Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale](#), in *questa Rivista*, 13 gennaio 2017), ma anche in giurisprudenza si sono manifestati preoccupanti segnali di confusione: emblematica è, a questo riguardo, la decisione con cui il Tribunale di Catania (Sez. G.I.P., sent. 12 febbraio 2016, n. 1077/2015) ha disposto il non luogo a procedere in un caso in cui era stato contestato il concorso esterno in associazione mafiosa, sostenendo che detto reato fosse da considerarsi *inesistente* nel nostro ordinamento, in quanto asseritamente "di origine giurisprudenziale" (cfr. in proposito il commento critico di G. MARINO, [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa](#), cit.); la stessa è stata recentemente oggetto di annullamento da parte della Corte di cassazione, Sez. V pen., sent. 14 settembre 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 42996, di cui dà conto C. VISCONTI, [Nuove ricadute interne del caso Contrada: la Cassazione annulla il non luogo a procedere nel caso Ciancio e rigetta il ricorso in executivis di Dell'Utri](#), cit.

— non sempre armoniosa — di *due diversi paradigmi di legalità* esistenti a livello nazionale ed europeo, e alle aporie giuridiche che da tale coesistenza derivano. Il nostro ordinamento è posto oggi di fronte alla stringente esigenza di confrontarsi con il problema dell'esistenza di numerosi *contrasti giurisprudenziali* sull'interpretazione della legge penale, i quali sembrerebbero minacciare in radice il perseguimento delle fondamentali garanzie di certezza del diritto e prevedibilità, che la Corte di Strasburgo ci chiede espressamente di assicurare anche al livello della concreta applicazione giudiziale del diritto ai singoli individui, ossia della c.d. *law in action*⁸⁸.

In questo quadro, il tentativo della Suprema Corte di evitare un'estensione *erga omnes* dei principi affermati dalla sentenza *Contrada* in ragione di un poco convincente *distinguishing* rispetto alla situazione del ricorrente, senza però spingersi fino a un confronto diretto con i giudici di Strasburgo, non può, a nostro parere, ritenersi soddisfacente.

Il nostro organo di legittimità ci pare aver perso così una preziosa occasione per inserirsi in un autentico *dialogo* con la Corte europea, il cui cammino verso la definizione di criteri chiari e stabili in materia di prevedibilità della legge penale appare ancora lungi dal potersi dire concluso. Sarebbe stato in quest'ottica più utile che la nostra Suprema Corte affrontasse coraggiosamente il nodo controverso della questione e, avvalendosi dei poteri riconosciuti ai giudici interni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, *esplicitasse chiaramente i propri motivi di dissenso rispetto ai criteri di valutazione dell'imprevedibilità della condanna utilizzati dai colleghi europei*, spiegando perché la *ratio decidendi* di quella sentenza — sicuramente vincolante per l'Italia nei confronti di Bruno Contrada — potrebbe invece essere disattesa rispetto a chiunque altro si trovi in una situazione analoga a quella di Contrada.

La Cassazione, insomma, avrebbe ben potuto giocare sullo stesso terreno della Corte europea, e ridiscutere i criteri in base ai quali è possibile affermare la prevedibilità o non prevedibilità di una condanna da parte del destinatario della norma penale; e ciò in piena coerenza con il ruolo dei giudici nazionali, primi destinatari dell'obbligo di garantire un'attuazione concreta dei diritti e della garanzie previste dalla Convenzione, chiamati a inserirsi in un rapporto “virtuosamente circolare”, perché fondato sulla bontà degli argomenti,⁸⁹ tanto con la Consulta, quanto con la Corte di Strasburgo.

A tutto ciò dovendo affiancarsi, peraltro, una seconda (e più scomoda) presa di responsabilità. Giacché, come è stato efficacemente detto, non può ignorarsi che il vero

⁸⁸ La stessa esigenza, del resto, è oggi ribadita anche da parte della dottrina nostrana, che prende atto del carattere almeno parzialmente *creativo* dell'interpretazione giurisprudenziale: cfr. O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, in AA.VV., *Criminalia 2012. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2013, p. 267 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in questa *Rivista*, 13 gennaio 2016; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in corso di stampa in *Riv. it. dir. proc. pen.*

⁸⁹ Così O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 19.

“convitato di pietra” della sentenza *Contrada* sia la Corte di cassazione stessa⁹⁰: la quale non potrà più astenersi dall’assumere sempre più, nell’esercizio della sua fondamentale funzione di nomofiliachia, un reale compito di *guida* non solo nella *soluzione*, ma anche nella *prevenzione* dei contrasti giurisprudenziali, facendosi così carico del problema di come attualizzare le garanzie di certezza e sicurezza giuridica sottese al *nullum crimen* nella concreta dimensione applicativa delle norme penali.

⁹⁰ Così V. MANES, *Corte costituzionale e Corte di cassazione di fronte al principio di legalità in materia penale*, intervento al convegno “Interpretazione giurisprudenziale e principio di legalità in materia penale alla luce della Sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*”, Roma, 15 giugno 2015, reperibile su www.radioradicale.it. Nello stesso senso, cfr. anche F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani](#), cit., p. 9.



44193 / 16



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

ANTONELLA PATRIZIA MAZZEI
MONICA BONI
ALDO ESPOSITO
STEFANO APRILE
RAFFAELLO MAGI

- Presidente -

- Rel. Consigliere -

CAMERA DI CONSIGLIO
DEL 11/10/2016
Sent. n. sez. 3080/2016 -
REGISTRO GENERALE
N.897/2016

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

DELL'UTRI MARCELLO nato il 11/09/1941 a PALERMO

avverso l'ordinanza del 18/11/2015 della CORTE APPELLO di PALERMO

sentita la relazione svolta dal Consigliere RAFFAELLO MAGI;
lette/ ~~sentite~~ le conclusioni del PG dott. Luigi Orsi, che
ha chiesto il rigetto del ricorso;

127

Udit i difensor Avv.;

[Large handwritten signature]

- 1 -

[Handwritten signature]

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di Appello di Palermo, quale giudice della esecuzione, con ordinanza emessa in data 18 novembre 2015 ha dichiarato inammissibile l'istanza proposta nell'interesse di Dell' Utri Marcello, tesa ad ottenere la revoca della sentenza di condanna emessa in data 25 marzo 2013 (divenuta definitiva il 9 maggio 2014) in riferimento a quanto previsto dall'art. 46 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da ora in avanti Conv. Eur.) e dall'art. 673 (o 670) cod.proc.pen. .

Prima di rievocare - in sintesi - le ragioni di tale decisione, impugnata con il ricorso qui in trattazione, conviene evidenziare taluni segmenti della sequenza procedimentale che ha visto affermata la penale responsabilità di Dell'Utri Marcello per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110/416 *bis* cod.pen.) commesso sino al 1992.

2. La decisione emessa in secondo grado dalla Corte di Appello di Palermo il 29 giugno del 2010 (in rapporto a quanto deciso dal Tribunale di Palermo in data 11 dicembre 2004) ha mandato assolto Dell' Utri Marcello dal reato di concorso esterno nella associazione mafiosa denominata *cosa nostra* per l'arco temporale successivo al 1992 mentre ne ha affermato la penale responsabilità per il periodo antecedente (con assorbimento delle condotte di concorso esterno nella associazione semplice in quelle di concorso esterno nella associazione mafiosa, successive - queste ultime - al 28 settembre 1982) con condanna alla pena di anni sette di reclusione. 257

3. Questa Corte di Cassazione con sentenza emessa in data 9 marzo 2012 (num. 15727 del 2012) ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dal Procuratore Generale territoriale avverso la parziale assoluzione (divenuta pertanto definitiva) ed ha annullato con rinvio la parte di decisione - a lui sfavorevole - che era stata impugnata dall'imputato.

4. La Corte di Appello di Palermo, quale giudice del rinvio, ha, con sentenza emessa in data 25 marzo 2013, nuovamente confermato la parziale affermazione di penale responsabilità del Dell'Utri (per il reato di concorso esterno commesso sino all'anno 1992) con condanna dell'imputato alla pena di anni sette di reclusione.

5. Questa Corte di Cassazione con sentenza emessa in data 9 maggio 2014 (num. 28225 del 2014) ha respinto il nuovo ricorso proposto dal Dell'Utri avverso la decisione emessa dal giudice del rinvio. La decisione del 25 marzo 2013 è pertanto divenuta definitiva ed è attualmente in esecuzione.

6. In rapporto al contenuto delle decisioni sin qui indicate, va in sintesi affermato che le contestazioni formulate a carico del Dell'Utri erano così formulate : per il periodo decorso da epoca imprecisata fino al 28 settembre 1982, concorso eventuale (o c.d. esterno) nella associazione per delinquere ex art. 416 c.p., commi 1, 4 e 5, denominata

cosa nostra, mettendo a disposizione della stessa l'influenza e il potere derivante dalla sua posizione di esponente del mondo finanziario e imprenditoriale, in tal modo partecipando al mantenimento ed al rafforzamento, oltre che alla espansione della associazione medesima: ciò attraverso la partecipazione a incontri con esponenti anche di vertice di *cosa nostra*, e intrattenendo, tramite essi (ossia tramite Bontade Stefano, Teresi Girolamo, Pullarà Ignazio, Pullarà Giovanbattista, Mangano Vittorio, Cinà Gaetano, Di Napoli Giuseppe, Di Napoli Pietro, Ganci Raffaele e Riina Salvatore), rapporti continuativi con l'associazione e, quindi, determinando nei capi di *cosa nostra* la consapevolezza della assunzione di responsabilità, da parte del Dell'Utri Marcello medesimo, di assumere condotte volte ad influenzare, a vantaggio della associazione per delinquere, soggetti operanti nel mondo istituzionale e imprenditoriale; [...] per il periodo trascorso dal 28 settembre 1982 ad oggi [con affermazione di responsabilità limitata al 1992, n.d.e.], concorso esterno nell'associazione mafiosa *cosa nostra* (art. 416 bis c.p., commi 1, 4 e 6), con condotte analoghe a quelle descritte sopra [...].

7. Quanto al dato temporale va ricordato che per il periodo 1974/1978 (concorso esterno in associazione semplice) risulta essersi formato giudicato interno di responsabilità già a seguito della decisione emessa dalla V Sezione Penale di questa Corte in data 9 marzo 2012. Ciò in rapporto alla considerazione della valenza dei dati dimostrativi relativi alla condotta tenuta dal Dell'Utri in sede di conclusione di un «accordo di protezione» tra Berlusconi Silvio ed alcuni autorevoli esponenti di *cosa nostra*, accordo reso possibile dal Dell'Utri e da cui scaturirono effetti favorevoli per entrambi i contraenti (così la sentenza del 9 maggio 2014, emessa da questa Corte, nella parte rievocativa dell'esito dei precedenti giudizi).

In riferimento al periodo intercorso tra il 1978 ed il 1982 il rapporto tra il Dell'Utri e la consorteria mafiosa (in particolare con i suoi esponenti Bontade, Mangano e Cinà) si era protratto - ad avviso della Corte siciliana in sede di rinvio - senza soluzione di continuità, così come si era protratta l'elargizione di denaro verso *cosa nostra* da parte dell'imprenditore Berlusconi Silvio.

In senso analogo, la Corte del rinvio valorizzava elementi di prova reputati idonei a sostenere la conclusione di una protrazione di tali 'pagamenti', sempre avvenuti tramite il Dell'Utri, anche in epoca successiva alla morte del Bontade e sino all'anno 1992, sia pure con diversità soggettiva dei destinatari finali (Pullarà Ignazio e Pullarà Giovan Battista, nonché lo stesso Salvatore Riina).

8. Nella decisione emessa in data 9 maggio 2014 questa Corte di legittimità, nel ritenere infondati i motivi di ricorso affermava, per quanto qui rileva (come meglio potrà apprezzarsi in seguito) che :

a) non potevano accogliersi i rilievi in punto di genericità, imprecisione e contraddittorietà intrinseca del capo di imputazione (formulati anche in rapporto al *basso tasso di tipicità* che connota il reato di concorso esterno, con correlata esigenza di

assoluta precisione nella indicazione dei fatti che l'accusa ritiene riconducibili alla fattispecie) sia perchè in parte già decisi e respinti nella decisione rescindente, sia per le considerazioni ulteriori che qui si riportano, tratte dalla motivazione della decisione *de qua* (... *in proposito la sentenza di annullamento - già investita da identica doglianza - nel ritenere infondate le censure, ha osservato che Dell'Utri è stato tratto a giudizio per rispondere del delitto di concorso esterno nell'associazione mafiosa capeggiata, dapprima, da Bontade Stefano e Teresi Girolamo e, successivamente, da Riina Salvatore, e che, sin da prima del 1982, si è avvalso dei poteri derivanti dalla sua importante posizione imprenditoriale e dei rapporti di rilievo penale con Bontade, Teresi, Pullarà, Mangano, Cinà .. per rafforzare il sodalizio e influenzare individui operanti nel mondo finanziario e imprenditoriale. La sentenza di annullamento ha, inoltre, evidenziato che Dell'Utri è stato condannato, in primo luogo, proprio per avere determinato il suddetto rafforzamento dell'associazione, esercitando i poteri di influenza che derivavano dalla precisa collocazione nel mondo imprenditoriale dell'epoca e dai rapporti personali con i detti vertici di "cosa nostra" in almeno un incontro di pianificazione, conseguendo un risultato concreto, cioè quello dell'esborso, da parte dell'area "Fininvest", di somme cospicue, versate reiteratamente - grazie all' intermediazione dell'imputato - per un certo numero di anni alla consorteria mafiosa. Il fatto contestato è, quindi, sempre stato il medesimo, salve alcune contestazioni di dettaglio cadute nel corso del processo, come quella di avere provveduto al ricovero di latitanti... . Parimenti precluse sono le doglianze riguardanti il capo d'imputazione dedotte nella prospettiva dell'art. 6, par. 3, lett. a) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Quinta Sezione Penale di questa Corte ha, in proposito, rilevato l'assoluta genericità delle censure, essendo stata omessa qualsiasi specificazione dei concreti limiti incontrati al pieno esercizio del diritto di difesa rispetto alle accuse mosse all'imputato, nonché delle ragioni di diritto sottese a tale rilievo..) ;*

27

b) non potevano accogliersi i numerosi rilievi formulati in punto di ricorrenza dell'elemento soggettivo e di quello oggettivo del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, nei diversi periodi oggetto di contestazione ;

c) non potevano accogliersi i rilievi formulati in rapporto alla dedotta violazione dei limiti imposti al giudice del rinvio dai contenuti della pronunzia rescindente, nè quelli in punto di incompletezza argomentativa della decisione impugnata in riferimento alle critiche difensive in punto di modalità ricostruttive dei fatti rilevanti o attendibilità delle fonti dichiarative.

In estrema sintesi, veniva ritenuta esente da vizi logico-argomentativi l'elaborazione probatoria contenuta nella decisione - allora impugnata - sia in rapporto a quanto avvenuto nel periodo 1978-1982 che in riferimento a quanto avvenuto nel periodo 1982-1992.

In particolare, quanto alla avvenuta applicazione - nel giudizio di merito - delle coordinate interpretative derivanti dai plurimi arresti delle Sezioni Unite sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa questa Corte - nella decisione del 9 maggio 2014 - ha affermato che .. *la Corte d'appello di Palermo ha correttamente applicato i principi sinora illustrati, in quanto, dopo avere descritto le specifiche condotte poste in essere da Dell'Utri Marcello nel periodo 1978-1982, ha ricostruito l'effettivo nesso condizionalistico tra le stesse e il*

Cfr

fatto di reato storicamente verificatosi nelle sue caratteristiche essenziali sia in positivo che mediante l'operazione controfattuale di eliminazione mentale della condotta materiale atipica dell'imputato quale concorrente esterno, integrata dal criterio di sussunzione sotto leggi di copertura, generalizzazioni e massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica. Sulla base di un corretto ragionamento inferenziale, ancorato ad un solido paradigma eziologico e all'intera evidenza probatoria disponibile e di un accertamento condotto ex post, la Corte territoriale è pervenuta alla conclusione, immune da vizi logici e giuridici, circa la reale efficacia condizionante della condotta atipica, quale concorrente esterno, di Dell'Utri. Questi, infatti, nella veste di soggetto costantemente preposto, anche nel periodo 1978-1982, alla consegna agli esponenti del sodalizio mafioso, per conto di Berlusconi Silvio, dei soldi costituenti il corrispettivo della protezione assicurata dall'associazione mafiosa all'imprenditore, agiva, essendo a conoscenza dei metodi e dei fini della stessa, nella consapevolezza e volontarietà del suo determinante contributo causale ai fini della realizzazione, almeno parziale, del programma criminoso perseguito dall'organizzazione mafiosa e della conservazione della stessa che traeva dalla costante riscossione delle cospicue somme di denaro una stabile fonte di arricchimento, immediatamente incidente sulla sua perdurante operatività. Quanto sin qui esposto consente di affermare che non sono fondate le censure difensive. Esse, da un lato, contestano genericamente la configurabilità dell'elemento soggettivo del reato, senza indicare gli specifici passaggi del ragionamento viziato del giudice di merito. Sotto altro profilo evocano una non più attuale definizione del concorrente esterno quale estraneo all'associazione, cui quest'ultima si rivolge nel momento in cui la "fisiologia" della vita del sodalizio "entra in fibrillazione", attraversando una fase patologica che, per essere superata, richiede il contributo temporaneo, limitato anche ad un unico intervento, di un esterno (Sez. U., n. 16 del 5 ottobre 1994). Tale orientamento, come in precedenza accennato, può dirsi ormai definitivamente superato alla luce della successiva elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite di questa Corte sopra illustrata (Sez. U., n. 33748 del 12 luglio 2005).. .

RT

Ed ancora, nel ritenere infondate le doglianze in punto di ricostruzione dell'elemento psicologico, così come la obiezione relativa alla omessa considerazione della possibile posizione di vittima del Dell'Utri si è affermato che .. non meritano accoglimento neppure le censure difensive riguardanti il ruolo di "vittima" di Dell'Utri (al pari dell'amico Berlusconi) e l'omessa specificazione dei vantaggi tratti dall'imputato dall'opera di mediazione svolta tra Berlusconi e "cosa nostra" palermitana. Con riguardo al primo profilo il Collegio osserva preliminarmente che la sentenza rescindente ha già stabilito che la dimostrazione del reato di concorso esterno in associazione mafiosa non passa attraverso la necessaria dimostrazione della sussistenza anche del reato di estorsione da parte di Dell'Utri e di "cosa nostra" e che la negazione della commissione di fatti di estorsione da parte di tali soggetti non fa venir meno la configurabilità del reato (cfr. f. 114 della sentenza del 9 marzo 2012). Ciò posto i giudici territoriali, con motivazione immune da vizi logici e giuridici, hanno, all'esito del puntuale esame delle risultanze probatorie acquisite, sottolineato la posizione paritaria dei partecipanti all'accordo di protezione e hanno descritto l'assenza di qualsiasi costrizione nella condotta dell'imputato che, avvalendosi dei rapporti personali di cui già godeva a Palermo con taluni esponenti di "cosa nostra" e dell'amicizia con Cinà che gli aveva permesso di caldeggiare la propria iniziativa con speciale efficacia presso di essi, rendeva possibile, con la sua mediazione, un accordo di reciproco interesse tra i vertici dell'associazione mafiosa, nella loro posizione

rappresentativa, e l'imprenditore Berlusconi, suo amico. Nel sottolineare la decisività dell'opera di Dell'Utri nel dare vita a questo accordo fonte di reciproci vantaggi per i contraenti, non è stata considerata determinante - in coerenza con le indicazioni offerte dalla sentenza rescindente (cfr. f. 113 e ss.) - l'illustrazione del vantaggio del concorrente esterno ai fini della configurabilità del reato previsto dagli artt. 110 e 416 bis c.p., essendo richiesta, in tale ottica, soltanto la prova della condotta che determina la conservazione o il rafforzamento dell'associazione e non anche il requisito del vantaggio, patrimoniale o meno, del soggetto agente. Non meritano accoglimento le censure concernenti la configurabilità del dolo del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa. In proposito la Corte d'appello di Palermo ha, con motivazione esente da vizi logici e giuridici, dimostrato, con i ragionamenti probatori in precedenza illustrati, che, anche nel periodo compreso tra il 1983 e il 1992, l'imputato, assicurando un costante canale di collegamento tra i partecipi del patto di protezione stipulato nel 1974, protrattosi da allora senza interruzioni, e garantendo la continuità dei pagamenti di Berlusconi Silvio in favore degli esponenti dell'associazione mafiosa in cambio della complessiva protezione da questa accordata all'imprenditore, ha consapevolmente e volontariamente fornito un contributo causale determinante, che senza il suo apporto non si sarebbe verificato, alla conservazione del sodalizio mafioso e alla realizzazione, almeno parziale, del suo programma criminoso, volto alla sistematica acquisizione di proventi economici ai fini della sua stessa operatività, del suo rafforzamento e della sua espansione. I richiami difensivi non colgono, quindi, nel segno laddove denunciano, sia in relazione al periodo in esame che a quello precedente, violazione di legge ed erronea applicazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite di questa Corte. Le doglianze, infatti, pur muovendo da una condivisibile premessa in diritto, prescindono, nella concreta fattispecie, da una lettura organica della motivazione della sentenza di secondo grado in ordine all'elemento soggettivo del reato previsto dagli artt. 110 e 416 bis c.p. ed estrapolano dal contesto giustificativo della decisione singoli passaggi argomentativi della sentenza impugnata. Quest'ultima, invero, dopo un ampio ed articolato ragionamento fondato sul puntuale esame delle risultanze probatorie, si caratterizza per considerazioni conclusive pienamente rispondenti alla struttura del dolo e per il corretto richiamo ai due momenti della volizione e della rappresentazione che hanno investito, oltre agli elementi essenziali del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, il contributo causale fornito dall'imputato alla realizzazione del fatto tipico, nella consapevolezza e volontà di interagire sinergicamente con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del medesimo reato .. .

PM

9. Ciò posto, la domanda rivolta dalla difesa del Dell'Utri al giudice della esecuzione - nel caso in esame la Corte di Appello di Palermo - è ricollegata, come si è detto in premessa, alla prospettata applicabilità dell'art. 46 della Conv. Eur. nella parte in cui tale norma prevede l'impegno delle Alte Parti contraenti a *conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte.*

9.1 La decisione cui si compie riferimento nell'istanza è quella emessa nel caso *Conrada contro Italia* dalla Quarta Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (da ora in avanti CEDU) in data 14 aprile 2015 (diventa definitiva il 14 settembre 2015 essendo stata respinta in via preliminare la richiesta di rinvio alla Grande Camera formulata dal governo italiano).

Cfr

Con tale sentenza è stata accertata dalla CEDU, nel giudizio interno definito nei confronti di Contrada Bruno con sentenza emessa il 25 febbraio del 2006 dalla Corte di Appello di Palermo, divenuta irrevocabile in data 8 gennaio 2008, l'avvenuta violazione dell'art. 7 Conv.Eur. con il correlato obbligo per lo Stato italiano di versare al Contrada la somma di euro 10.000,00 per il danno morale. L'istanza proposta nell'interesse del Dell'Utri si fonda sulla considerazione della assoluta identità di condizione tra i due soggetti (solo il primo, Contrada, vittorioso in sede CEDU), fatto da cui deriverebbe - in tesi - l'obbligo dello Stato italiano, in tutte le sue articolazioni, di provvedere alla revoca della decisione affermativa di penale responsabilità. Le argomentazioni difensive verranno riprese in sede di illustrazione dei motivi di ricorso.

9.2. Va altresì ricordato che nella parte valutativa della consistenza degli argomenti portati dal ricorrente Contrada Bruno, la CEDU nella decisione citata ha affermato quanto segue (si riporta stralcio per comodità di consultazione) :

a) *I principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte 60. La Corte rammenta che i principi generali in materia del principio nulla poena sine lege, derivanti dall'articolo 7 della Convenzione, sono sintetizzati nella sentenza Del Rio Prada c. Spagna [GC] (n. 42750/09, §§ 77-80, CEDU 2013), le cui parti pertinenti sono riportate qui di seguito. Tali principi sono richiamati anche nella sentenza Rohlena c. Repubblica ceca [GC] (n. 59552/08, § 50, 27 gennaio 2015): «77. La garanzia sancita all'articolo 7, che è un elemento essenziale dello stato di diritto, occupa un posto preminente nel sistema di protezione della Convenzione, come sottolineato dal fatto che non è permessa alcuna deroga ad essa ai sensi dell'articolo 15 neanche in tempo di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Come deriva dal suo oggetto e dal suo scopo, essa dovrebbe essere interpretata e applicata in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie (S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, rispettivamente § 34, serie A n. 335-B, e § 32, serie A n. 335-C, e [Kafkaris c. Cipro [GC], n. 21906/04, § 137, CEDU 2008]. 78. L'articolo 7 della Convenzione non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato (si vedano, per quanto riguarda l'applicazione retroattiva di una pena, Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, § 36, serie A n. 307 A, Jamil c. Francia, 8 giugno 1995, § 35, serie A n. 317 B, Ecer e Zeyrek c. Turchia, nn. 29295/95 e 29363/95, § 36, CEDU 2001 II, e Mihai Toma c. Romania, n. 1051/06, §§ 26-31, 24 gennaio 2012). Esso sancisce anche, in maniera più generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene - «nullum crimen, nulla poena sine lege» - (Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, § 52, serie A n. 260 A). Se vieta in particolare di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, esso impone anche di non applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell'imputato, ad esempio per analogia (Coëme e altri c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145, CEDU 2000-VII; per un esempio di applicazione di una pena per analogia, si veda la sentenza Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia [GC], nn. 23536/94 e 24408/94, §§ 42-43, CEDU 1999 IV). 79. Di conseguenza la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a*

RT

consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 V, e Kafkaris, sopra citata, § 140). Pertanto, il compito della Corte è, in particolare, quello di verificare che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha comportato l'esercizio dell'azione penale e la condanna, esistesse una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile, e che la pena inflitta non eccedesse i limiti fissati da tale disposizione (Coëme e altri, sopra citata, § 145, e Achour c. Francia [GC], n. 67335/01, § 43, CEDU 2006 IV).»

61. La Corte rammenta anche che non ha il compito di sostituirsi ai giudici nazionali nella valutazione e nella qualificazione giuridica dei fatti, purché queste si basino su un'analisi ragionevole degli elementi del fascicolo (si veda, mutatis mutandis, Florin Ionescu c. Romania, n. 24916/05, § 59, 24 maggio 2011). Più in generale, la Corte rammenta che sono in primo luogo le autorità nazionali, in particolare le corti e i tribunali, a dover interpretare la legislazione interna. Il suo ruolo si limita dunque a verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione (Waite e Kennedy c. Germania [GC], n. 26083/94, § 54, CEDU 1999-I, Korbely c. Ungheria, [GC], n. 9174/02, §§ 72-73, CEDU 2008, e Kononov c. Lettonia [GC], n. 36376/04, § 197, CEDU 2010).

62. Tuttavia, la Corte deve godere di un potere di controllo più ampio quando il diritto tutelato da una disposizione della Convenzione, in questo caso l'articolo 7, richiede che vi sia una base legale per poter infliggere una condanna e una pena. L'articolo 7 § 1 esige che la Corte esamini se la condanna del ricorrente si fondasse all'epoca su una base legale. In particolare, essa deve assicurarsi che il risultato al quale sono giunti i giudici nazionali competenti fosse conforme con l'articolo 7 della Convenzione. L'articolo 7 diverrebbe privo di oggetto se si accordasse un potere di controllo meno ampio alla Corte (si veda Kononov, sopra citata, § 198).

63. In definitiva, la Corte deve esaminare se la condanna del ricorrente si fondasse su una base sufficientemente chiara (si veda Kononov, sopra citata, § 199; Rohlena, sopra citata, § 51-53). Applicazione dei principi suddetti al caso di specie

64. La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale.

65. La Corte osserva anzitutto che, nel caso di specie, il ricorrente è stato condannato a una pena di dieci anni di reclusione per concorso in associazione di tipo mafioso con una sentenza emessa dal tribunale di Palermo 5 aprile 1996 riguardo a fatti compiuti tra il 1979 e il 1988. Nella parte in diritto della sentenza, tale concorso veniva definito «eventuale» o «esterno». La condanna del ricorrente, dapprima annullata da una sentenza della corte d'appello di Palermo, fu poi confermata da un'altra sezione di quest'ultima e, in via definitiva, da una sentenza della Corte di cassazione.

66. La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale. Ora, come ha giustamente ricordato il tribunale di Palermo nella sua sentenza del 5 aprile 1996 (si veda il

paragrafo 7 supra), l'esistenza di questo reato è stata oggetto di approcci giurisprudenziali divergenti.

67. L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 supra) dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994.

68. Nel frattempo, in altre cause, la Corte di cassazione ha riconosciuto l'esistenza del reato di concorso eventuale in associazione di tipo mafioso (si vedano la sentenza Altivalle, n. 3492, del 13 giugno 1987 e, successivamente, Altomonte, n. 4805 del 23 novembre 1992, Turiano, n. 2902 del 18 giugno 1993 e Di Corrado, del 31 agosto 1993).

69. Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno.

70. In questo contesto, l'argomento del ricorrente secondo il quale, all'epoca della perpetrazione dei fatti (1979-1988), la giurisprudenza interna in materia non era in alcun modo contraddittoria, non può essere accolto.

127

71. Inoltre, la Corte considera che il riferimento del Governo alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente (si veda il paragrafo 50 supra), non tolga nulla a questa constatazione. Le cause menzionate dal governo convenuto riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di «concorso esterno». Tuttavia, i casi evidenziati non riguardano il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi, ossia la cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione e gli atti di terrorismo. Pertanto, non si può dedurre dallo sviluppo giurisprudenziale citato l'esistenza nel diritto interno del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che si differenzia per la sua stessa sostanza dai casi menzionati dal Governo, e che, come sopra ricordato, (paragrafi 29 e 30 supra), è stato oggetto di uno sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore rispetto a questi ultimi.

72. La Corte osserva anche che, nella sua sentenza del 25 febbraio 2006, la corte d'appello di Palermo, pronunciandosi sull'applicabilità della legge penale in materia di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, si è basata sulle sentenze Demitry, n. 16 del 5 ottobre 1994, Mannino n. 30 del 27 settembre 1995, Carnevale, n. 22327 del 30 ottobre 2002 e Mannino, n. 33748 del 17 luglio 2005 (si veda il paragrafo 18 supra), tutte posteriori ai fatti ascritti al ricorrente.

73. La Corte osserva per di più che la doglianza del ricorrente relativa alla violazione del principio della irretroattività e della prevedibilità della legge penale, sollevata dinanzi a tutti i gradi di giudizio (si vedano i paragrafi 10 e 20 supra), non è stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali, essendosi questi ultimi limitati ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico

interno senza tuttavia stabilire se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente all'epoca dei fatti a lui ascritti (si vedano i paragrafi 15, 17 e 18 supra).

74. In queste circostanze, la Corte constata che 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.

75. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti (Del Rio Prada [GC], sopra citata, §§ 79 e 111-118, a contrario, Ashlarba c. Georgia, n. 45554/08, §§ 35-41, 15 luglio 2014, a contrario, Rohlena, § 50, sopra citata e, mutatis mutandis, Alimuçaj c. Albania, n. 20134/05, §§ 154-162, 7 febbraio 2012).

76. La Corte ritiene che questi elementi siano sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione.

10. La Corte di Appello di Palermo nel dichiarare inammissibile la domanda, all'esito di udienza camerale e con provvedimento collegiale, afferma, in sintesi, che :

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 Conv. Eur.. 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. .

In particolare, circa tale ultima considerazione, il giudice del merito osserva che da un lato la questione di legittimità costituzionale delle norme incriminatrici sarebbe da ritenersi manifestamente infondata, posto che a venire in rilievo è esclusivamente una frazione temporale pregressa della loro applicazione (fino al 1994), dall'altro non può 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). Sul punto, si evidenzia che la stessa decisione invocata non individua un problema di carattere strutturale dell'ordinamento interno ma pone l'accento su un effetto - contrario alla Convenzione - di una vicenda interpretativa relativa al succedersi di decisioni contrastanti in sede di legittimità, senza fornire alcuna indicazione circa i rimedi da adottare per riconoscere l'effettività dei diritti convenzionali a chiunque versi nella condizione di *Contrada*. La valutazione della CEDU è correlata

essenzialmente al caso esaminato, come emerge dal fatto che in detta sentenza si evidenzia come il tema del divieto di retroattività e della prevedibilità della legge penale era stato posto dal Contrada in tutti i gradi di giudizio e non era stato oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali.

Si evidenzia, infine, che la sentenza non può ritenersi espressiva di un 'diritto consolidato', avendo carattere innovativo ed essendo stata deliberata da una sezione semplice.

11. Avverso detta ordinanza ha proposto tempestivo ricorso per cassazione Dell'Utri Marcello, a mezzo dei difensori.

Il ricorso, preceduto da una sintesi degli accadimenti rilevanti e da un'ampia esposizione di temi generali in diritto, articola tre motivi.

11.1 In premessa, si afferma, in sintesi, che :

a) la decisione emessa dalla CEDU nel caso Contrada ha accertato un *deficit* di prevedibilità delle conseguenze penali delle condotte poste in essere dal Contrada tra il 1979 ed il 1988 - rilevante ai sensi dell'art. 7 Conv. Eur. - per scarsa chiarezza delle norme applicate, posto che solo con la decisione del caso Demitry (ottobre 1994) le Sezioni Unite di questa Corte hanno elaborato in senso compiuto la tesi della applicabilità delle norme sul concorso eventuale (art.110) al reato associativo di stampo mafioso (art. 416 bis) risolvendo in tal senso il conflitto interpretativo sorto in precedenza ;

b) la condanna definitiva emessa a carico del Dell'Utri concerne fatti di concorso esterno avvenuti sino al 1992 (e, come si è detto collocati nel tempo a far data dal 1974, nde), dunque pacificamente antecedenti all'ottobre del 1994. Il caso è pertanto identico a quello già esaminato dalla CEDU in una decisione cui va attribuita portata generale, posto che viene evidenziato un problema dell'ordinamento interno di natura 'strutturale' con effetti generali. L'estensione degli effetti favorevoli della decisione Contrada al Dell'Utri risulterebbe - in tale prospettiva - atto dovuto in virtù di quanto previsto dall'art. 46 Conv. Eur., come stabilito in situazione analoga (a proposito dei cd. *fratelli minori di Scoppola*) da questa Corte di legittimità (Sez. U. 2012 caso *Ercolano*) e dalla Corte Costituzionale (sent. n.210 del 2013) in rapporto ai contenuti della nota decisione *Scoppola contro Italia* del settembre 2009;

c) non può negarsi tale natura «di principio» della sentenza Contrada, data la tipologia di violazione riscontrata (relativa al principio di legalità penale di cui all'art. 7 Con.Eur.) sia pure limitatamente al periodo 1982-1994 (durante il quale si è registrato il conflitto interpretativo circa l'applicabilità dell'art. 110 alla fattispecie di parte speciale rappresentata dall'art. 416 bis cod.pen.). Ciò comporta che l'obbligo di conformazione, nascente dall'art. 46 Conv. Eur. non può dirsi limitato alla misura individuale nei confronti della parte vittoriosa (nel caso in esame Contrada Bruno) ma include la necessità di adottare le 'misure di carattere generale' necessarie a rimuovere le cause strutturali della

violazione riscontrata, secondo le linee tracciate dalla stessa giurisprudenza CEDU (*Scozzari e Giunta* contro Italia ed altre). Tale obbligo sussiste, in tesi, anche lì dove la Corte Europea non abbia indicato tali misure come necessarie e anche lì dove la decisione non sia stata assunta con le particolari modalità procedurali della sentenza pilota (art. 61 del Regolamento).

11.2 Al primo motivo di ricorso si deduce, pertanto, la violazione ed erronea applicazione dell'art. 673 cod.proc.pen. e dell'art. 46 Conv. Eur. nonché il vizio di motivazione del provvedimento emesso dal giudice della esecuzione.

La censura ha essenzialmente ad oggetto la ritenuta inapplicabilità della disposizione processuale di cui all'art. 673 codice di rito.

Ad avviso del ricorrente l'incidente di esecuzione, come in parte riconosciuto dalla stessa Corte di Appello di Palermo (lì dove si condivide la prospettata inapplicabilità dell'istituto della cd. revisione europea frutto della sentenza additiva num. 113 del 2011 Corte Cost.), è l'unico rimedio esperibile lì dove si tratti - come nel caso in esame - di dare 'attuazione' ex art. 46 Conv. Eur. ai contenuti di una decisione CEDU che abbia rilevato l'esistenza di un problema 'strutturale' dell'ordinamento interno. Si cita, in proposito, Corte Cost. n.210 del 2013 e si precisa che il caso in esame tende a prescindere dalla previa declaratoria di illegittimità costituzionale della norma la cui applicazione abbia determinato la violazione convenzionale. Nel caso in esame non vi è alcuna norma da dichiarare incostituzionale posto che la violazione deriva da una vicenda interpretativa giurisprudenziale che - in un dato arco temporale - ha generato incertezza e ciò rende possibile - in tesi - l'intervento diretto *in executivis* .

127

L'effetto della accertata violazione, pertanto, non può che essere individuato - lì dove il caso sia sovrapponibile a quello deciso a Strasburgo - nella revoca della sentenza di condanna.

La tesi del giudice dell'esecuzione sarebbe pertanto frutto di un errore interpretativo e di un errore di ricostruzione degli stessi contenuti della domanda, posto che la medesima concerne(va) la ineseguibilità del titolo, in alternativa alla revoca della sentenza.

La decisione impugnata non avrebbe, pertanto, esplorato tale possibilità che si ritiene espressa da decisioni emesse, sul tema, da questa Corte di legittimità (Sez. U. caso *Ercolano*).

Proprio in tale arresto, si afferma, le Sezioni Unite hanno chiarito come la necessità di adeguare l'ordinamento interno alle indicazioni derivanti dalla CEDU (nel caso *Scoppola*) va realizzata tramite lo strumento dell'incidente di esecuzione.

Vi è inoltre denuncia di un profilo di contraddittorietà interna, atteso che la stessa Corte di Appello di Palermo evidenzia la sostanziale identità di posizione tra Dell'Utri e Contrada, il che avrebbe dovuto condurre quantomeno alla declaratoria di ineseguibilità del titolo.

Si ripropongono, sul tema, i contenuti già esposti nella premessa in diritto, contestandosi in particolare la ritenuta natura della decisione Contrada, operata dalla Corte di merito, in termini sostanzialmente individuali e non generali. Si afferma, in particolare, che la mancata adozione della procedura prevista per le decisioni 'pilota' non è decisiva (posto che tale procedura è resa necessaria dalla necessità di congelamento della trattazione dei ricorsi pendenti presso la CEDU sul medesimo oggetto) e che ciò che rileva è il «contenuto dell'accertamento» operato dalla CEDU, qui certamente con riflessi generali. Si precisa altresì che la decisione non può dirsi «innovativa» (allo scopo di confutare l'efficacia dei riferimenti operati nel testo dell'ordinanza ai contenuti di Corte Cost. n.49 del 2015) posto che si inserisce in un tracciato ampio, nel cui ambito la Corte di Strasburgo ha più volte preso in considerazione - ai fini della possibile violazione dell'art. 7 Conv. Eur. sul tema della prevedibilità - le ricadute dei conflitti o delle pronunzie innovative delle Corti interne (decisione del caso Del Rio Prada contro Spagna del Grande Camera, 21 ottobre 2013 ed altre).

Non si nega che per la prima volta il tema della «prevedibilità» degli esiti della condotta risulta applicato alla vicenda del concorso esterno nell'ordinamento italiano, ma - si precisa - ciò non rappresenta un limite all'applicazione del principio riconosciuto in sede sovranazionale (così come risulta avvenuto per lo stesso Caso Scoppola, con estensione degli effetti della decisione CEDU ai cosiddetti *fratelli minori*). Non vi erano, pertanto, ostacoli alla interpretazione «convenzionalmente conforme» dell'art. 673 cod.proc.pen. . PT

11.3 Al secondo motivo di ricorso si introduce il dubbio di legittimità costituzionale degli articoli 673 e 670 del codice di rito - per contrasto con gli artt. 2,3,13,25 e 117 Cost. nonché, per tale ultima norma, con gli artt. 5,7,13 e 46 Conv. Eur. - nella parte in cui, secondo la interpretazione contenuta nel provvedimento impugnato, non consentono di provvedere alla revoca o alla dichiarazione di ineseguibilità di una sentenza di condanna in presenza di una sentenza della CEDU avente ad oggetto una violazione del principio di legalità di carattere oggettivo, ancorchè pronunciata nei confronti di un soggetto diverso e nell'ambito di altra procedura.

Il dubbio di legittimità costituzionale non era stato introdotto dal ricorrente ma il giudice dell'esecuzione ne ha apprezzato *motu proprio* la eventuale consistenza, giungendo ad una valutazione di irrilevanza. Ove questa Corte ritenesse non accoglibile, alla stregua della attuale conformazione normativa dell'incidente di esecuzione, la domanda principale si imporrebbe, pertanto, una rivalutazione del tema.

Sul punto, si ribadisce che la rilevanza deriva dalla natura oggettiva della violazione riscontrata dalla CEDU, trattandosi di difetto di prevedibilità correlato al *deficit* di tassatività della disciplina legale del concorso esterno, alimentato dalle oscillazioni giurisprudenziali intervenute quantomeno sino al 1994.

Lì dove si dovesse confermare la assenza di una lettura delle norme procedurali 'conforme alla convenzione' (ed in particolare ai contenuti dell'art. 46) ne risulterebbero violati i parametri costituzionali e convenzionali indicati in premessa. Ciò in rapporto all'obbligo di dare attuazione ai contenuti ed alle decisioni della Convenzione con il solo limite - valutabile in sede di incidente di costituzionalità - dell'eventuale contrasto con i prevalenti principi costituzionali interni .

Nel caso in esame non vi sarebbe motivo alcuno per negare la produzione dell'effetto estensivo della decisione emessa nel caso Contrada ai giudizi caratterizzati da identità di posizione, il che condurrebbe - in tesi - ad una denuncia di illegittimità costituzionale della disposizione ostativa.

11.4 Al terzo motivo si deduce violazione ed erronea applicazione dell'art. 5 Conv. Eur., nonché difetto totale di motivazione ed omessa pronuncia sul punto.

Nell'atto introduttivo era stata evidenziata la perdurante illegittimità della detenzione, correlata alla esecuzione della pena cui il Dell'Utri è sottoposto in forza della sentenza di cui si è chiesta la revoca.

Su tale aspetto dell'istanza il giudice dell'esecuzione non si sofferma, con vizio di omessa pronuncia. La detenzione non può ritenersi legittima in quanto deriva da una procedura nel cui ambito - in tesi - è stato violato uno dei diritti garantiti dalla Convenzione.

12. Con requisitoria scritta il Sig. Procuratore Generale presso questa Corte ha chiesto il rigetto del ricorso. In tale atto si evidenzia che l'affermazione contenuta nel ricorso circa la necessità di attuazione generalizzata (anche *erga alios* e non solo in direzione del ricorrente vittorioso in sede sovranazionale) della decisione emessa dalla CEDU non può dirsi condivisibile ove declinata in termini così ampi, citandosi sul tema quanto deciso - in senso contrario - dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza num. 49 del 2015. Si evidenziano altresì differenze tra la decisione emessa dalla CEDU nel caso Scoppola (ove il nucleo della violazione riguardava l'applicazione retroattiva di una norma sfavorevole) e quella emessa nel caso Contrada (ove il nucleo della violazione è rappresentato da un *deficit* di prevedibilità correlato alla esistenza di contrasti giurisprudenziali). Una obiettiva lettura della decisione Contrada non autorizza a ritenere esatta l'affermazione secondo cui il reato di concorso esterno sarebbe 'frutto' di esclusiva elaborazione giurisprudenziale, posto che la base legale è fornita da norme previgenti rispetto alla realizzazione dei fatti e solo la concretizzazione giurisprudenziale dell'istituto si è progressivamente consolidata dal 1994 in poi. Da ciò deriva che la decisione Contrada non può essere definita sentenza «di principio», nè «sentenza pilota» nè espressione di un «diritto consolidato». Non si rinvergono, pertanto, le condizioni logiche e giuridiche di applicabilità dell'art. 673 cod.proc.pen. .

27

13. Con successiva memoria il ricorrente ha ribadito la fondatezza delle argomentazioni contenute nel ricorso - anche replicando alle osservazioni espresse dal Procuratore Generale - ed ha chiesto l'assegnazione del medesimo alle Sezioni Unite di questa Corte.

Trattandosi di memoria estremamente ampia, se ne indicano i punti essenziali (ai sensi dell'art. 173 disp.att. c.p.p.), rinviando per il resto al testo dell'atto.

Si ribadisce la natura «di principio» della decisione Contrada (con portata generale), essendo stato individuato un *deficit* di prevedibilità in senso oggettivo e impersonale, rilevante sulla condizione giuridica del destinatario dell'azione penale. La giurisprudenza, per la CEDU, è fonte integratrice del precetto normativo e pertanto l'evoluzione della interpretazione in senso sfavorevole è presidiata dal divieto di retroattività ai sensi dell'art. 7 Con.Eur. .

L'effetto *erga alios* (ovviamente limitato al soggetto che abbia subito la sanzione per fatti di concorso esterno in associazione mafiosa prima del 1994, posizione assimilabile a quella del Contrada) va pertanto riconosciuto, ai sensi dell'art. 46 Conv. Eur., non trattandosi di giurisprudenza innovativa (si citano i precedenti CEDU sul tema), come già esposto in sede di ricorso ed essendo stato rilevato un vizio «strutturale» dell'ordinamento interno. Si afferma che la carenza di tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatrice (confermata dalla stessa esistenza del contrasto giurisprudenziale) ha già dato luogo, nel sistema interno, alla declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 cod.pen. (sentenza n.364 del 1988 Corte Cost.) in punto di colpevolezza, a dimostrazione della impossibilità di sottoporre a pena il soggetto non posto in condizione - anche dagli organi statali - di comprendere preventivamente il contenuto del precetto.

127

Si ribadiscono gli argomenti difensivi contenuti nell'atto di ricorso, ivi compresi quelli tesi a sostenere che nel caso del Dell'Utri l'unica strada percorribile per il ripristino della legalità convenzionale è - in tesi - rappresentata dall'incidente di esecuzione. Sul tema si indica a sostegno, peraltro, un passaggio argomentativo contenuto nella decisione emessa dalla V Sezione Penale di questa Corte in data 14 marzo 2016 (n. 28676 del 2016) con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso straordinario (art. 625 *bis* cod.proc.pen.) proposto dal Dell'Utri per le medesime ragioni oggi coltivate.

Quanto all'istanza di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite di questa Corte la stessa è sostenuta dalla prospettata necessità di prevenire potenziali contrasti interpretativi in riferimento ai contenuti dell'obbligo di conformazione di cui all'art. 46 Conv. Eur., nonché dalla considerazione della «speciale e straordinaria rilevanza» delle questioni trattate .



CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va pertanto rigettato, per le ragioni che seguono.

2. Vanno operate talune premesse di ordine metodologico, tese a palesare da un lato le ragioni della trattazione del ricorso presso questa I Sezione, competente in via tabellare, dall'altro l'ambito cognitivo e valutativo spettante al Collegio lì dove vengano in rilievo - come nel caso in esame - essenzialmente questioni in diritto.

2.1 Quanto al primo tema, l'istanza della parte privata di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite di questa Corte non può trovare accoglimento.

In particolare, va ricordato che diverso è l'ambito di valutazione spettante al Collegio investito della trattazione del ricorso (art. 618 cod.proc.pen.) rispetto al potere di assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite in via preliminare (art. 610 co.2 cod.proc.pen.).

L'assegnazione di un ricorso alle Sezioni Unite può infatti avvenire in via preliminare - ai sensi dell'art. 610 co.2 - da parte del Primo Presidente della Corte non soltanto in virtù della necessità di dirimere «contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni» ma anche lì dove le questioni proposte risultino di «speciale importanza», il che prescinde dall'apprezzamento della esistenza di un contrasto interpretativo in atto.

Lì dove - come nel caso in esame - il ricorso sia stato assegnato alla Sezione tabellarmente competente (con avvenuto superamento della fase preliminare) l'assegnazione alle Sezioni Unite è amputata, nei suoi presupposti di legge, del parametro discrezionale della «speciale importanza» e può fondarsi esclusivamente sull'apprezzamento del contrasto giurisprudenziale, sia esso attuale (già emergente dalla consultazione dei precedenti) o potenziale. Quanto al contrasto potenziale, va precisato ulteriormente che lo stesso non deriva da un giudizio prognostico circa la formulazione di dissenso, o meno, nei confronti della decisione «che si va a prendere» in futuri giudizi analoghi, ma deriva dal fatto che il giudizio «che si andrebbe a prendere» secondo il convincimento preliminare del Collegio, determinerebbe esso stesso il contrasto con dei precedenti consolidati.

Ciò deriva, in via logica, dalla considerazione per cui la scelta legislativa di eliminare - dopo la fase preliminare - il parametro della «speciale importanza» risulterebbe priva di senso lì dove il Collegio precedente fosse investito del potere di valutare il contrasto potenziale in termini di mera prognosi, dovendosi invece attivare il potere di rimessione nei soli casi in cui il contrasto interpretativo sia già riconoscibile o derivi - in buona sostanza - da una volontà del Collegio medesimo di discostarsi da un orientamento consolidato.

Ciò posto, la domanda della parte include il parametro - in realtà non valutabile - della speciale importanza.

Quanto alla valutazione circa il contrasto interpretativo, come potrà apprezzarsi in seguito, questo Collegio non intende discostarsi dai principi espressi dalle Sezioni Unite di questa Corte nelle *due* decisioni del caso *Ercolano* (posto che con la prima si è esclusivamente sollevato l'incidente di costituzionalità della disciplina legislativa i cui effetti hanno dato luogo alla sentenza CEDU nel caso *Scoppola*) e pertanto non si rinviene ragione per investire l'organo di risoluzione dei conflitti.

E' appena il caso di precisare, inoltre, che quanto ai contenuti della decisione emessa dalla V Sezione di questa Corte in data 14 marzo 2016 (num. 28676 del 2016) su ricorso del Dell'Utri, non potrebbe ipotizzarsi un reale contrasto con quanto si va qui a decidere atteso che l'oggetto di tale decisione è rappresentato dal ricorso straordinario ex art. 625 *bis* cod.proc.pen. proposto avverso la sentenza emessa da questa I Sezione in data 9 maggio 2014 (sentenza ampiamente rievocata in premessa).

Il contenuto non necessario - rispetto al sostegno del dispositivo emesso - di tale pronuncia (in particolare nella parte in cui si afferma che .. *la vicenda Dell'Utri presenta, come detto, maggiori affinità con la sentenza Scoppola rispetto al caso esaminato con la sentenza Drassich.. e, di seguito ... ne deriva che, proprio seguendo il percorso argomentativo tratteggiato dalla sentenza Scoppola, il rimedio esperibile sarebbe quello dell'incidente di esecuzione..*) non soltanto non è - ovviamente - vincolante per questo Collegio ma non rappresenta neanche un «precedente» , posto che non viene espresso un principio di diritto quanto una opinione sulle forme procedurali di «accesso» alla tutela chiesta dalla parte, peraltro nell'ambito di una decisione che prende atto della esistenza di più profili di inammissibilità della domanda ex art. 625 *bis* cod.proc.pen. tra cui la tardività della medesima (espressamente dichiarata a pagina 13 della decisione *de qua*). RT

2.2 La seconda premessa riguarda la tipologia di decisione - inammissibilità - con cui il giudice della esecuzione ha respinto l'istanza di revoca (o di ineseguibilità) della sentenza di condanna irrevocabile.

Tale qualificazione del diniego è da ritenersi erronea, posto che la inammissibilità della domanda esecutiva - al di là delle forme procedurali con cui può essere dichiarata - è qualificazione che ne esclude l'esame nel merito, poichè deriva, per espresso dettato di legge da una manifesta infondatezza correlata al difetto delle condizioni di legge (oltre al caso della riproposizione, che qui non rileva).

Tale locuzione va interpretata restrittivamente, nel senso che può parlarsi di inammissibilità lì dove facciano difetto - nella istanza - *requisiti posti direttamente dalla legge, che non implicino alcuna valutazione discrezionale* (tra le altre, Sez. I n. 277 del 13.1.2000, rv 215368).

Nel caso in esame tale manifesta infondatezza non poteva dirsi sussistente, atteso che la richiesta di tutela della parte privata è stata ritenuta - a seguito di valutazioni in

fatto e in diritto - non accoglibile alla stregua del contenuto delle disposizioni invocate, con operazione interpretativa di non scarsa complessità.

Dunque trattasi, sostanzialmente, di un rigetto della domanda della parte, il che peraltro non comporta alcuna conseguenza sull'*iter* procedurale successivo, trattandosi - in ogni caso - di provvedimento collegiale emesso a seguito di contraddittorio (con avvenuta fissazione di udienza camerale e nel rispetto dei contenuti dell'art. 666 cod.proc.pen.), il che esclude la rilevabilità *ex officio* di vizi del procedimento.

2.3 La terza premessa riguarda l'ambito cognitivo e valutativo spettante a questa Corte di legittimità, posto che la parte ricorrente oltre a sollevare il tema della inosservanza o erronea applicazione della legge penale regolatrice (art. 606 co.1 lett. b) ha altresì compiuto riferimento a vizi di motivazione del provvedimento impugnato (art. 606 co.1 lett. e) al contempo dichiarando espressamente di non contestare talune argomentazioni espresse dalla Corte di Appello di Palermo, ritenute favorevoli.

Siffatta impostazione del ricorso contiene un vizio, atteso che il tema devoluto concerne esclusivamente la questione in diritto correlata all'*an* e al *quomodo* della estensione al Dell'Utri dei contenuti della decisione emessa dalla CEDU nel caso Contrada. Trattandosi, dunque, di questione essenzialmente interpretativa di norme giuridiche, non può ritenersi esaminabile la *sub*-denuncia di un vizio di motivazione del provvedimento impugnato, posto che trattasi di una doglianza non rispondente ai contenuti dell'art. 606 cod.proc.pen. . PM

Come è stato più volte evidenziato nella presente sede di legittimità (da ultimo Sez. I n. 16372 del 20.3.2015, rv 263326) il vizio di motivazione non è infatti denunciabile con riferimento a questioni di diritto, poichè queste se sono fondate e disattese dal giudice di merito (motivatamente o meno) danno luogo al diverso motivo di censura costituito dalla violazione di legge (lett. b dell'art. 606 co.1) mentre se sono infondate il loro mancato esame non determina alcun vizio di legittimità della pronuncia. Ulteriore conseguenza di tale assetto è che questa Corte, nell'esaminare la denuncia di violazione (o falsa applicazione) delle norme coinvolte nella operazione interpretativa non è vincolata, nel percorso di ricostruzione della fattispecie in diritto, ad alcuna delle argomentazioni espresse nel provvedimento impugnato ma è tenuta a rielaborare globalmente il tema dedotto.

Non vi sono, pertanto, nè vi potrebbero essere, argomenti espressi dal giudice del merito «vincolanti» per questa Corte di legittimità, per il solo fatto della mancata contestazione degli stessi ad opera della parte ricorrente.

3. Ciò posto, nell'esaminare le doglianze articolate nel ricorso è necessario muovere da una - seppur contenuta, nei limiti della utilità alla soluzione del caso - ricognizione di alcuni temi di fondo che incidono sulla soluzione del tema proposto.

In particolare, occorre realizzare una ricognizione di due nodi essenziali, rappresentati da : a) l'ambito del giudizio esecutivo per come risulta dalla attuale conformazione

normativa e dalle principali pronunzie giurisprudenziali intervenute nel corso del tempo;
b) le possibili forme di attuazione dell' impegno statale derivante dai contenuti dell'art. 46 Conv. Eur., in rapporto ai casi di accertata violazione in ambito CEDU .

Solo dopo aver compiuto tali precisazioni risulterà possibile compiere un inquadramento giuridico del caso specifico, rappresentato da una domanda di estensione del giudicato convenzionale formatosi nel caso Contrada.

3.1 Quanto all'analisi «orizzontale» del sistema normativo interno, va ribadito *in primis* che la giurisdizione esecutiva non rappresenta un rimedio con natura di impugnazione (né ordinaria, né straordinaria) e pertanto eventuali errori interpretativi o applicativi di norme di diritto sostanziale o di procedura, verificatisi nel giudizio di cognizione, non sono deducibili in sede esecutiva, dato che tali - ipotetici - vizi sono rilevabili esclusivamente attraverso l'impugnazione dei provvedimenti che definiscono il grado di giudizio in cognizione (trattasi di linea interpretativa costante, espressa già in Sez. I 14.1.1992 ric. Maiolo, Sez. I n. 3246 del 25.5.1995, rv 202129, nonché di recente in Sez. I n. 3370 del 2012).

Nella Relazione al Progetto Preliminare del vigente codice di rito (in G.U. del 24.10.1998, suppl.ord. n.2), fatta salva la parte dedicata al possibile riconoscimento della continuazione (art. 671) in sede esecutiva (sempre che la stessa non sia stata esclusa in cognizione), è dato leggere affermazioni che configurano il giudizio esecutivo come il luogo di attuazione da un lato del contenuto della decisione irrevocabile (con competenza del giudice dell'esecuzione), dall'altro dei principi di umanizzazione e della pena e flessibilità della medesima in funzione di raggiungimento delle finalità rieducative (con competenza della magistratura di sorveglianza). Quanto alla funzione primaria si affermava, commentando il potere del P.M. di emettere l'ordine di carcerazione che .. *nella fase della esecuzione, quando cioè è stata emanata una sentenza di condanna ormai irrevocabile, non vi è spazio per l'uso di poteri discrezionali, dovendosi, semplicemente, dare esecuzione al provvedimento del giudice...* .

Con eccesso di ottimismo - valutato in chiave retrospettiva - si affermava, inoltre, quanto al testo del 'futuro' art. 673 del codice che .. *tale norma, che disciplina le ipotesi di revoca della sentenza per sopravvenuta abolitio criminis, non pone particolari problemi interpretativi..* .

Ora, pur dovendosi di certo aggiornare simili affermazioni, va considerato che le competenze attribuite al giudice della esecuzione - pur ampie e articolate - risultano predeterminate dal legislatore nell'ambito di un disegno sistematico tendenzialmente improntato alla regola della tassatività (specie in virtù della modifica normativa apportata con il d.lgs. n. 12 del 14 gennaio 1991 all'originario testo dell'art. 676, con avvenuta *soppressione* del riferimento alla competenza del giudice dell'esecuzione in *casi analoghi* a quelli tipizzati) e che prende in esame la ovvia necessità di dirimere dubbi, applicare benefici correlati a norme sopravvenute, prendere atto dell'inverarsi di fatti risolutivi di

benefici o risolvere conflitti intersoggettivi insorti nella fase successiva al giudicato (art. 667, art.668, art.672, art.674) ma che non consente - in via generale - al giudice della fase esecutiva di rilevare vizi del procedimento o della decisione ma, al più, di *integrare* la decisione incompleta (art. 675, art.676, art. 183 disp.att.) o di prendere atto di aspetti non trattati in cognizione ed inerenti il riconoscimento del reato continuato, tra fatti posti a base di più decisioni irrevocabili (art. 671) .

Anche la disciplina di cui all'art. 670 cod.proc.pen. - specie dopo la introduzione del rimedio *ad hoc* della rescissione del giudicato (art. 625 *ter*) per i casi di erronea prosecuzione del procedimento in assenza - resta limitata alla verifica di 'eseguibilità' del titolo in rapporto alla effettiva irrevocabilità formale del medesimo e non sottintende la riemersione di questioni interpretative delle norme applicate, coperte dal giudicato, ove formatosi.

In effetti, l'unica attribuzione tipica - nel sistema originario disegnato dal legislatore, che consente al giudice dell'esecuzione di porre rimedio ad una 'anomalia procedurale' è designata dall'art. 669 del codice di rito (il caso della pluralità di sentenze di condanna emesse nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto) posto che in tal caso è riconoscibile 'a monte' una violazione - non rilevata - della previsione contenuta nell'art. 649 cod.proc.pen. (divieto di un secondo giudizio) o, in alternativa, una mancata individuazione di una causa di improcedibilità dell'azione (Sez. U n.34655 del 28.6.2005, rv 231800) o la mancata proposizione di un conflitto positivo di competenza (per autorevole dottrina .. *esce dal consueto che una o alcune sentenze siano rescisse da un'ordinanza, atto normalmente subordinato..*) 27

In tale quadro le ipotesi di revoca della sentenza per abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice (art.673) risultano - per come è redatta la norma - ricollegabili a fatti «sopravvenuti» rispetto alla conclusione del procedimento che ha prodotto il titolo esecutivo, idonei a travolgere il giudicato per la particolare forza di negazione della rilevanza penale del fatto compiuta dal legislatore o derivante dal giudizio di incostituzionalità (art. 2 co.2 cod.pen.) e solo in via eccezionale possono trovare applicazione in caso di avvenuta non considerazione dell'intervenuto effetto abrogativo da parte del giudice della cognizione (come di recente precisato da Sez. U. n. 26259 del 29.10.2015, rv 266872).

La postulata estensione di tale norma (art. 673) ai casi di declaratoria di illegittimità costituzionale non già di norme incriminatrici ma di norme comunque «incidenti» sul trattamento sanzionatorio è peraltro solo *apparente*, posto che l'effetto giuridico di obbligatoria rideterminazione della pena, ferma restando la rilevanza penale del fatto con parziale modifica del giudicato, è direttamente ricollegabile alla previsione di legge di cui all' art.30 co.4 l. 87 del 1953 come precisato da Sez. U. n. 42858 del 2014 ric. Gatto e dai successivi interventi nomofilattici sul tema. La modifica del giudicato è dunque imposta - in casi del genere - dalla cessazione retroattiva di validità della norma, dato il

carattere di «annullamento» tipico del giudizio di costituzionalità. Anche nel caso della declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria degli stupefacenti (sent. n.32 del 2014) questa Corte ha avuto modo di precisare che il potere (certamente innovativo) di rideterminazione del trattamento sanzionatorio nella ipotesi di condanna relativa al possesso illecito di droghe leggere - spettante al giudice dell'esecuzione - non deriva in via diretta dall'art. 673 cod.proc.pen. ma dall'art. 30 legge n. 87 del 1953 e l'operazione di rideterminazione non va intesa come «revoca» della sentenza di condanna : la decisione emessa dal giudice della esecuzione, in ipotesi di accoglimento dell'istanza e rideterminazione del trattamento sanzionatorio, assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo (la precedente decisione irrevocabile) *solo in tale parte* non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva secondo uno schema procedimentale non estraneo al procedimento di esecuzione (si pensi a quanto previsto e regolamentato dall'art. 671 cod.proc.pen., norma che - a diverso fine - consente la modifica in esecuzione dell'entità del trattamento sanzionatorio correlato a decisioni parimenti irrevocabili circa l'*an* della responsabilità) . Non si tratta, pertanto, di una revoca del precedente titolo (non versandosi in ipotesi applicativa dell'art. 673 cod.proc.pen.) ma di una sua parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge (così, tra le altre, Sez. I n. 53019 del 4.12.2014, ric. Schettino, rv 261581). R27

Inoltre, la stessa possibilità, ribadita da ultimo da Sez. U. n. 47766 del 26.6.2015, rv. 265108, di rimediare - in sede esecutiva - alla avvenuta determinazione di una «pena illegale» (aspetto che tende indubbiamente ad accostare l'incidente di esecuzione ad una forma *sui generis* di impugnazione straordinaria) non va intesa come ricognizione di un potere ordinario, tale da consentire un sindacato in sede esecutiva in ogni caso di potenziale erroneità di statuizioni e/o argomentazioni concorrenti a determinare la sanzione, ma rappresenta una valvola di sicurezza del sistema a fronte di un trattamento sanzionatorio frutto di «palesi errori giuridici o materiali» commessi dal giudice della cognizione (sanzione non prevista dall'ordinamento in rapporto al fatto dedotto in giudizio o determinata in modo superiore al massimo edittale, sì da ritenersi *abnorme*) data la natura dei valori in gioco in ambito penalistico, dovendosi limitare al massimo il sacrificio del bene primario della libertà personale.

Con ciò si intende affermare che - ferma restando la ricognizione dei rimedi derivanti dall'art. 46 Conv. Eur. di cui si dirà a breve - non può accedersi ad una lettura «generalizzante» del giudizio esecutivo come luogo *flessibile* in cui scaricare ogni questione correlata alla esistenza di «vizi o violazioni» in tesi verificatesi in cognizione, posto che il valore del giudicato (e della sua tendenziale intangibilità) resta integro nella sua dimensione di strumento di certezza e stabilità delle relazioni giuridiche e sociali (si vedano, sul tema, Sez. U. n. 37345 del 2015, in tema di revocabilità della sospensione

condizionale della pena, nonché la stessa decisione Cedu del 28 giugno 2007 Perez Adrias contro Spagna, e la decisione n. 230 del 2012 emessa dalla Corte Costituzionale proprio in relazione all'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revoca della decisione di condanna in rapporto ad evoluzioni giurisprudenziali favorevoli diverse dalla *abolitio criminis*) pur con gli adattamenti resi necessari dall'emersione di esigenze di «rivisitazione» dei contenuti della decisione irrevocabile, esigenze che vanno intese come eventi eccezionali e correlati a norme giuridiche ben identificate, tali da rendere pressochè 'meccanico' il compito assegnato in via straordinaria al giudizio esecutivo.

In caso di necessaria discrezionalità circa l'*an* della responsabilità penale, per fatti sopravvenuti potenzialmente incidenti sul giudicato, lo strumento sistematico di intervento va individuato nel diverso strumento giuridico della revisione (impugnazione straordinaria) come meglio si dirà nel prosieguo.

3.2 Passando al secondo punto preliminare, non vi è dubbio che, nel contesto sin qui descritto, l'incidente di esecuzione è stato utilizzato - in momenti storici caratterizzati dalla impossibilità di accedere alla impugnazione straordinaria della revisione - anche come strumento utile a realizzare l'adeguamento interno al «giudicato CEDU», che per definizione (l'art. 35 della Conv. Eur. detta la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne come condizione di ricevibilità del ricorso individuale) incide su un giudizio approvato, nel sistema interno, a decisione irrevocabile . RT

Ciò è accaduto in diversi casi, antecedenti all'anno 2011, tramite una interpretazione estensiva e adeguatrice della disposizione di legge contenuta nell'art. 670 del codice di rito (con declaratoria di ineseguibilità del titolo) per violazioni constatate dalla CEDU e relative ai contenuti dell'art. 6 co.3 Conv. Eur. in tema di equità del processo .

Si tratta, per il vero, di decisioni - come quella emessa da questa I Sezione Penale in data 1.12.2006 nel caso Dorigo - in cui è stata ben evidenziata la «sofferenza sistematica» derivante dal fatto che, a fronte della accertata violazione del diritto riconosciuto dalla Convenzione (nei confronti dell'istante e non di persona diversa), non era stato ancora introdotto nell'ordinamento interno uno strumento giuridico idoneo a determinare la riapertura del giudizio di cognizione, avendo il legislatore provveduto con la legge del 2005 alle sole esigenze di riapertura del giudizio contumaciale (legge n.60 del 2005), con insopportabile elusione dell'art. 46 Conv. Eur. (come modificato dal Protocollo n.14 del 13 maggio 2004, ratificato con legge n.280 del 15.12.2005).
Conviene, per la particolare efficacia della prosa utilizzata, riportare uno stralcio di tale decisione (Pres. Fazzioli, Rel. Silvestri) : .. *uno degli argomenti sviluppati dal giudice dell'esecuzione per negare la possibilità di ritenere ineseguibile il giudicato nei confronti del Dorigo è stato indicato nella ragione che l'ordinamento italiano ha introdotto il mezzo processuale idoneo ad attivare la rinnovazione del processo soltanto per i processi contumaciali (art. 175 c.p.p., comma 2, novellato dal D.L. 21 febbraio 2005, n. 17, art. 1, comma 1, lett. b), convertito con L. 22 aprile 2005, n. 60), mentre nessun rimedio è stato previsto per i casi nei quali la non equità del*

processo sia stata dichiarata dalla Corte europea in relazione alla constatata violazione dell'art. 6 p. 3 lett. d) nella formazione della prova posta a base della sentenza di condanna. Il Collegio non ignora che in Parlamento, nella 14^a Legislatura, sono stati presentati disegni di legge diretti ad inserire nel codice di procedura penale l'art. 630-bis contenente la previsione di un nuovo caso di revisione quando una sentenza della Corte europea abbia accertato che nel corso del giudizio sono state violate le disposizioni di cui all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Con la conclusione della Legislatura detti disegni di legge sono, però, decaduti, onde, allo stato, nel nostro ordinamento non esiste un rimedio che permetta la riapertura del processo nell'ipotesi in cui la condanna sia derivata dalla violazione delle norme della Convenzione che garantiscono il diritto dell'imputato di "interrogare o fare interrogare i testimoni a carico". Eppure resta urgente e non più differibile la necessità di un intervento legislativo che renda azionabile il diritto al nuovo processo anche nei casi nei quali l'accertata violazione della Convenzione riguardi non la questione della partecipazione al processo (risolta ormai con la disciplina del novellato art. 175 c.p.p. sulla restituzione nel termine nei processi contumaciali), ma la lesione di garanzie di ordine sostanziale, accertata da una decisione della Corte europea, che abbia avuto influenza decisiva sull'esito del giudizio. Proprio l'assenza di un mezzo processuale per la rinnovazione del processo ha indotto la Corte di Appello di Bologna, chiamata ad esaminare la richiesta di revisione del Dorigo, a ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., lett. a), nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità che i fatti posti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza definitiva della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per contrasto con gli artt. 3, 10 e 27 Cost. . L'incidente di costituzionalità, volto a provocare una sentenza additiva, non è stato ancora deciso, sicché persiste il vuoto normativo segnalato e, a distanza di oltre otto anni dalla pronuncia della decisione della Corte europea, non è stata adottata alcuna misura legislativa che consenta al Dorigo di esercitare il diritto alla rinnovazione del processo, nonostante le ricorrenti raccomandazioni e risoluzioni del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea Parlamentare precedentemente ricordate. Nell'ordinanza impugnata l'impossibilità di dichiarare ineseguibile la sentenza di condanna è stata esplicitamente fatta derivare anche dalla mancanza di un mezzo processuale che renda realizzabile la rinnovazione del giudizio. L'argomento non può non ritenersi fallace e privo di pregio se si considera che la prolungata inerzia dell'Italia corrisponde alla trasgressione dell'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea e, quindi, costituisce una condotta dello Stato italiano qualificabile come "flagrante diniego di giustizia" ("detti de justice flagrant"). Ne segue che la tesi accolta dal giudice dell'esecuzione si risolve, in buona sostanza, nell'ammettere che la persistenza della detenzione del Dorigo possa trarre titolo dal conclamato inadempimento degli obblighi sanciti dalla Convenzione, vincolanti anche nell'ordinamento interno, e che l'esecuzione della pena possa cessare soltanto se e quando verrà meno l'illecito diniego di giustizia. È evidente, tuttavia, che i principi di legalità, di coerenza e di razionalità, dai quali è permeato l'intero ordinamento, rendono assolutamente inaccettabile una siffatta proposizione, che ha finito per capovolgere diametralmente l'esatta prospettiva interpretativa col disconoscere la precettività delle norme della Convenzione e la forza vincolante della decisione della Corte per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 8. - Alla luce di tutte le precedenti

RT



considerazioni, osservato che il diritto al nuovo processo è stato riconosciuto al Dorigo dalla Corte europea in relazione ad una essenziale garanzia dell'imputato (quella di "interrogare o fare interrogare i testimoni a carico") e che la violazione è stata reputata di determinante influenza sull'esito del giudizio, il ricorso proposto contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione deve essere deciso sulla base del seguente principio di diritto: "Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo".

Dunque una applicazione dell'art. 670 cod.proc.pen. dichiaratamente «straordinaria» frutto della assoluta necessità di interrompere un flagrante diniego di giustizia nei confronti del soggetto «destinatario» della pronuncia favorevole emessa dalla CEDU e nel cui ambito era stata indicata come necessaria la *restitutio in integrum*, in assenza di rimedi alternativi.

Ciò non autorizza in alcun modo a ritenere possibile la «sopravvivenza» di simile - necessitata e meritoria - interpretazione dell'art. 670 (o dello stesso articolo 673) in un periodo storico successivo, caratterizzato dalla presenza - nell'ordinamento interno - di uno strumento tipico di adeguamento al giudicato CEDU, rappresentato dalla revisione europea, a seguito di Corte Cost. n.113 del 7.4.2011 (o, per i casi di violazione del contraddittorio partecipativo, qui non in rilievo, dallo strumento della rescissione del giudicato di cui all'art. 625 *ter*).

Nè può affermarsi, per il vero, che l'incidente di esecuzione ha rappresentato lo strumento «risolutivo» del caso Scoppola (in proprio o per estensione alle situazioni analoghe) posto che tale affermazione rappresenta una forzatura interpretativa dei contenuti delle due decisioni delle Sezioni Unite di questa Corte relative al *fratello minore di Scoppola*, Ercolano.

3.3 Nel casi *Drassich* e *Scoppola* - entrambi decisi prima del 7 aprile 2011 - (il primo con sentenza del 12.11.2008, il secondo con sentenza del 11.2.2010) - questa Corte ha ritenuto, nei confronti del soggetto «vittorioso» presso la CEDU possibile utilizzare (anche in tal caso in modo estensivo) lo strumento del ricorso straordinario ex art. 625 *bis* cod.proc.pen. , il che quantomeno fa rientrare la realizzazione della modifica del giudicato interno in un contenitore sistematico - quello delle impugnazioni straordinarie - di certo più adeguato (rispetto all'incidente di esecuzione).

Ma, come si è detto, trattasi di decisioni emesse in sede di diretta «ottemperanza» al giudicato reso dalla CEDU e, peraltro, antecedenti alla decisione della Corte Costituzionale in tema di 'revisione europea'.

Dalle stesse non può trarsi alcun principio di diritto utile alla soluzione del caso qui in trattazione, caratterizzato *in primis* dalla diversità soggettiva tra l'istante (Dell' Utri Marcello) e il soggetto vittorioso in Strasburgo (Contrada Bruno).

Il sistema giuridico è stato innovato - dopo le suddette decisioni - dall'intervento della Corte Costituzionale (sent. 113 del 2011) che ha introdotto l'invocato rimedio *ad hoc* e ciò impone di confrontarsi con l'ambito applicativo del nuovo istituto.

3.4 Ad avviso della difesa, però, la strada indicata dalle Sezioni Unite di questa Corte nel caso *Ercolano (fratello minore di Scoppola)* è quella dell'incidente di esecuzione - pure in epoca successiva all'aprile 2011 - e ciò rende necessaria una ulteriore precisazione.

Non è un caso che, scorrendo i repertori, si trovino due decisioni emesse dalle Sezioni Unite di questa Corte nel caso Ercolano (n. 34472 del 19.4.2012 - n. 18821 del 24.10.2013).

Nella prima decisione, infatti, lungi dal ritenere possibile in casi del genere [come potrebbe apparire da una lettura frettolosa della massima ufficiale n.252933, nel cui ambito espressivo il tema della 'rilevanza' va ricollegato all'oggetto della decisione, consistente nel promovimento dell'incidente di costituzionalità] una modifica diretta del titolo esecutivo da parte del giudice della esecuzione, le Sezioni Unite hanno sollevato incidente di costituzionalità degli articoli 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000 (conv. in legge n. 4 del 2001) in riferimento agli articoli 3 e 117 co.1 Cost. .

La decisione muove dalla necessità di estendere - data l'assoluta identità di posizione e la natura della violazione accertata, derivante dalla applicazione di una norma di legge - al condannato Ercolano Salvatore l'effetto favorevole della decisione emessa dalla CEDU nel novembre 2009 a favore del condannato Scoppola. Tale estensione, indiscutibile proprio perchè la violazione è correlata ad un atto di fonte legislativa, non viene però ritenuta realizzabile in via diretta ma tramite la previa deliberazione di «annullamento» per vizio di legittimità costituzionale della disciplina generale (il d.l. 341 del 2000) applicata nel giudizio di cognizione, in riferimento al contrasto insorto tra tale testo di legge (di pretesa interpretazione autentica della modifica processuale in tema di abbreviato) e l'art. 7 della Conv. Eur., a seguito della decisione Scoppola (in tema di prevedibilità del trattamento sanzionatorio, alterata dalla retroattività della norma sfavorevole, norma solo apparentemente processuale) ed in virtù della natura di «norme interposte» attribuita alle disposizioni della Convenzione dopo le cd. *sentenze gemelle* del 2007.

Dunque soltanto a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna (sentenza Corte Cost. n. 210 del 18 luglio 2013) le Sezioni Unite sono tornate ad occuparsi del caso Ercolano (decisione del 24.10.2013), affermando che il giudice della esecuzione deve provvedere alla sostituzione della pena dell'ergastolo (illegittimamente inflitta, per le note ragioni di diritto intertemporale espresse nella decisione Scoppola e ribadite da Corte Cost. in rapporto alla disposizione interna) con quella di anni trenta di reclusione.

Ma nel caso Ercolano vi è 'a monte' non soltanto la decisione CEDU ma la correlata *declaratoria di incostituzionalità della disciplina normativa* e pertanto l'intervento in esecuzione si caratterizza per due aspetti essenziali : a) la riferibilità del medesimo alla previsione di legge di cui all'art. 30 co.4 legge n.87 del 1953 ; b) la riemersione, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, e ferma restando la rilevanza penale del fatto giudicato, di un trattamento sanzionatorio predeterminato dal legislatore in quello di anni trenta di reclusione, con esclusione di discrezionalità dell'intervento di modifica.

In tal senso, non possono certo attribuirsi alle Sezioni Unite di questa Corte principi di diritto - a carattere generale - mai espressi, posto che l'approdo allo strumento dell'incidente di esecuzione è - dichiaratamente - frutto dell'applicazione dell'art. 30 co.4 della legge n.87 del 1953 (pag. 20 della sentenza del 2013), norma che ha senso richiamare solo in quanto vi sia stata la decisione di illegittimità costituzionale che si pone quale «indefettibile momento intermedio» tra la decisione emessa dalla CEDU e l'applicazione *post-giudicato* dei principi in essa affermati nei confronti di soggetti «ulteriori» rispetto alla parte vittoriosa in sede sovranazionale, sempre che la decisione CEDU abbia individuato un vizio strutturale dell'ordinamento interno (nel caso in esame derivante da una norma) tale da rendere «necessaria» l'estensione degli effetti come misura riparatoria ricollegabile con chiarezza alle previsioni degli articoli 41 e 46 della Convenzione, per come interpretati dalla stessa CEDU (ai sensi dell'art. 32 della Conv.) nel corso del tempo (v. sentenze *Scozzari e Giunta contro Italia* del 13.7.2000, *Broniowski contro Polonia* del 22.6.2004, *Abbasov contro Azerbaijan* del 17.1.2008 ed altre; si vedano altresì la decisioni emesse nei casi *Yildiz contro Turchia* del 10.11.2005, *Dybeku contro Albania* del 18.12.2007, *Kauczor contro Polonia* del 3.2.2009, *Sarica e Dilaver contro Turchia* del 27.5.2009, *Vassilios Athanasiou ed altri* contro Grecia del 21.12.2010, *Torreggiani ed altri contro Italia* del 8.1.2013 ed altre, espressione della tendenza ormai diffusa, ed invero opportuna, della CEDU di indicare, espressamente, la necessaria adozione di misure generali o quantomeno di dettare linee-guida idonee ai sensi dell'art. 46 a realizzare l'obiettivo di tutela, lì dove sia riscontrata tale tipologia di violazione, come auspicato nella risoluzione del Comitato dei Ministri del 12 maggio 2004). Anche in tal caso, pertanto, non può estrarsi da tale sequenza decisoria un principio generale, se non nei seguenti limiti, peraltro emergenti in modo chiaro dai contenuti di C. Cost. n. 210 del 2013, con considerazioni ribadite, di recente, dalla stessa Corte Costituzionale nella decisione numero 57 emessa in data 23 marzo 2016 (si veda in particolare il par.7 di detta decisione) :

a) lì dove 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 Conv. Eur. . Ciò deriva o dalla espressa indicazione contenuta nella decisione della CEDU circa la natura generale della fonte della violazione e circa la necessaria adozione di

RT
Gf

misure riparatorie collettive (si tratti o meno di 'sentenza pilota', dato che l'applicazione dell'art. 61 del Regolamento della Corte adottato il 1.9.2012 deriva, come evidenziato dalla difesa del ricorrente, dalla necessità di congelare la trattazione di ricorsi seriali o 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 CEDU, 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 del giudicato CEDU emesso nei confronti dello Stato italiano ed invocato da soggetti diversi dal destinatario diretto della pronuncia favorevole, lì dove la causa della violazione sia riconducibile all'avvenuta applicazione di una norma di legge, richiede l'attivazione preliminare dell'incidente di legittimità costituzionale della norma in questione per violazione potenziale dell'art. 117 co.1 Cost. ;

c) lì dove sia intervenuta pronuncia nel senso della illegittimità costituzionale, la modifica del giudicato andrà realizzata tramite l'apertura di un procedimento di revisione (Corte Cost. n.113 del 2011) 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 nella vicenda *Scoppola*, caratterizzata dalla incidenza della decisione CEDU non sull' *an* della responsabilità ma sulla misura della sanzione) .

247

E' la stessa Corte Costituzionale, in particolare, ad evidenziare tali aspetti nella decisione del 2013, affermando la priorità logica dello strumento della revisione, per come ampliato dalla decisione n. 113 del 2011 cui, tuttavia - nel caso specifico dell'Ercolano - può evitare di ricorrersi 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, dalla decisione numero 113 del 2011, emessa dal giudice delle leggi proprio nel caso del Dorigo, non emerge alcuna valida ragione per ritenere l'intervento additivo - operato in rapporto all'articolo 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. In tal senso è del tutto evidente che 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 un vizio di prevedibilità della sanzione (ferma restando la responsabilità penale) o comunque lasci aperte più soluzioni possibili del caso, lo strumento di adattamento va individuato nella revisione : «.. *posta di fronte a un vulnus*



costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte..., può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina - reale o apparente - che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione. Nella specie, l'art. 630 cod. proc. pen. deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio perché (e nella parte in cui) non contempla un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (per il processo definito con una delle pronunce indicate nell'art. 629 cod. proc. pen.) la riapertura del processo - intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio - quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (cui, per quanto già detto, va equiparata la decisione adottata dal Comitato dei ministri a norma del precedente testo dell'art. 32 della CEDU). La necessità della riapertura andrà apprezzata - oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) - tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU. S'intende, per altro verso, che, quando ricorra l'evenienza considerata, il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l'obiettivo perseguito (porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato), prime fra tutte - per quanto si è osservato - quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato. Così, per esempio, rimarrà inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata dall'art. 631 cod. proc. pen.; come pure inapplicabili saranno da ritenere - nei congrui casi - le previsioni dei commi 2 e 3 dell'art. 637 cod. proc. pen. (secondo le quali, rispettivamente, l'accoglimento della richiesta comporta senz'altro il proscioglimento dell'interessato, e il giudice non lo può pronunciare esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio). Occorre considerare, d'altro canto, che l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga - imposta dall'esigenza di rispetto di obblighi internazionali - al ricordato principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i

127

conseguenti provvedimenti per eliminarli. 9. - Giova ribadire e sottolineare che l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 cod. proc. pen. non implica una pregiudiziale opzione di questa Corte a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea sedes dell'intervento additivo. Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina - recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto - il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea). Allo stesso modo, rimane affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei limiti e dei modi nei quali eventualmente valorizzare le indicazioni della Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, più volte richiamata, nella parte in cui prospetta la possibile introduzione di condizioni per la riapertura del procedimento, collegate alla natura delle conseguenze prodotte dalla decisione interna e all'incidenza su quest'ultima della violazione accertata (punto II, i e ii)... ».

Rappresenta, pertanto una eccessiva semplificazione del tema qui trattato l'affermazione difensiva per cui nel caso del Dell'Utri (ammessa l'identità di posizione e la natura generale della violazione accertata, punti su cui dovrà tornarsi) l'unico eventuale strumento di conformazione sarebbe rappresentato dall'*incidente di esecuzione* diretto, in virtù del fatto che non vi è alcuna norma da dichiarare previamente illegittima costituzionalmente.

Tale affermazione se da un lato offre uno spunto di riflessione valido (lì dove la violazione non riguardi l'avvenuta applicazione di una legge, ma - ad esempio - un determinato orientamento giurisprudenziale, una prassi amministrativa o una condizione di fatto correlata all'inerzia di un pubblico potere non ha senso ipotizzare la previa declaratoria di incostituzionalità) non tiene conto di quanto sinora esposto, specie sull'analisi della priorità dello strumento della revisione, che resta 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 Conv.) che in rapporto a violazioni ricadenti nell'ambito dell'art.7 cui non seguano conseguenze obbligate o predeterminate da altre norme applicabili al caso oggetto di previo giudizio . Lo stesso - pur utile - riferimento, operato nella memoria difensiva di replica alla requisitoria del Procuratore Generale, alle possibili ricadute - nel caso del Dell'Utri - della decisione CEDU in questione sul fronte del principio di colpevolezza inteso come effettiva conoscenza del precetto al momento dei fatti (art. 5 cod.pen. per come interpolato da Corte Cost. n.364 del 1988) sottintendono - ove apprezzabili - una rielaborazione critica dell'evento giudiziario e della prevalente giurisprudenza interna sul tema (si veda, in particolare, quanto affermato da Sez.VI n. 6991 del 25.1.2011, rv 249451) eventi realizzabili - in ipotesi - solo attraverso lo strumento giuridico della revisione e non certo in sede di incidente di esecuzione, per le ragioni sinora esposte.

A ciò non sarebbe - peraltro - di ostacolo la «alterità soggettiva» del promotore della revisione rispetto al soggetto «vittorioso» nella pronuncia resa a Strasburgo ed avente come convenuto l'Italia (come invece appare sostenuto in taluni arresti di questa Corte - nella sinora scarna elaborazione del tema - ed in particolare da Sez. VI n. 29.5.2014) posto che in sede di prospettazione l'istante ben potrebbe evidenziare la portata generale della violazione accertata e la sostanziale identità del caso - che renderebbero, in tesi, legittimo l'intervento di adeguamento o la proposizione del dubbio di costituzionalità - salve ovviamente le valutazioni «di merito» del giudice investito dalla domanda (per la elementare distinzione tra la legittimazione alla proposizione di un ricorso e l'emissione di un provvedimento favorevole al ricorrente).

In particolare, concludendo qui la disamina preliminare sui punti indicati in apertura, va ritenuto che l'incidente di esecuzione rappresenti in linea teorica - stante la perdurante inerzia del legislatore - solo *uno dei* possibili strumenti di adeguamento dell'ordinamento interno alle decisioni definitive emesse dalla CEDU, postergato rispetto alla revisione (sent. 113 del 2011) cui può farsi ricorso solo nel caso in cui : a) la decisione, sia o meno stata adottata nelle forme della 'sentenza pilota', abbia effettiva e obiettiva portata generale; b) le situazioni in comparazione (caso deciso dalla CEDU/caso soggettivamente diverso sottoposto a scrutinio) siano identiche; c) non sia necessaria la previa declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma e l'intervento di rimozione o modifica del giudicato non presenti nessun contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto.

R17

4. Per le ragioni che qui si espongono, il caso del Dell'Utri non rientra nella ipotizzata categoria di cui ai punti a), b) e c) del periodo che precede.

4.1 Non vi è, in particolare, identità di posizione tra il Dell'Utri ed il Contrada, nè la decisione emessa nel caso Contrada - pur avendo spunti potenzialmente generalizzanti, specie sul tema della legalità della sanzione - può dirsi tale da imporre una modifica del giudicato «a rime obbligate» (il ricorrente ne sollecita la ineseguibilità totale, ipotizzando che la decisione CEDU nel caso Contrada riguardi l'*an* della responsabilità, e sia in tal senso idonea a travolgere *in toto* ogni pronuncia irrevocabile in tema di concorso esterno per fatti antecedenti al 1994).

4.2 Numerose sono le diversità di condizione giuridica e processuale tra Dell'Utri Marcello e Contrada Bruno, che non autorizzano a ritenere sussistente l'assoluta identità tra i due casi.

Circa tale aspetto, come si è esposto in premessa, questa Corte non è tenuta al rispetto della affermazione, peraltro generica, contenuta nel provvedimento impugnato.

L'unico dato di convergenza tra i due casi è rinvenibile nel fatto che sia Contrada che Dell'Utri risultano condannati in via definitiva per fatti di concorso esterno ritenuti sussistenti in periodo antecedente all'ottobre del 1994 (momento, anche secondo la

Cfr

CEDU, di consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale in tema di configurabilità del concorso esterno). Il primo (Contrada) per fatti più risalenti nel tempo, il secondo (Dell'Utri) per fatti commessi sino al 1992.

Tale aspetto, tuttavia, non può ritenersi assorbente, posto che al fine di ritenere sussistente o meno un *deficit* di prevedibilità degli effetti della propria condotta se da un lato rilevano gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti (aspetto su cui si tornerà in seguito) dall'altro rileva la concreta vicenda processuale, la condizione soggettiva dell'imputato al momento del fatto, le modalità di esercizio del diritto di difesa della persona accusata durante il giudizio interno .

Pur in presenza di una 'presunzione' di scarsa prevedibilità dell'esito del giudizio (dovuta alla esistenza dei contrasti giurisprudenziali), tali indicatori, nel caso del Dell'Utri, finiscono con invertirla .

L'assenza di un giudicato CEDU a favore del Dell'Utri rende, infatti, libero l'interprete di analizzare tanto la condotta processuale del Dell'Utri (sinora non oggetto di apprezzamento in sede sovranazionale) che i contenuti della decisione CEDU emessa nel caso Contrada, come precisato dalla Corte Costituzionale nella decisione numero 49 del 2015, nei sensi che seguono.

Sul punto, va precisato che in procedimenti diversi rispetto a quello che ha «dato luogo» alla pronunzia sovranazionale, l'interprete ha il dovere di apprezzare non solo le circostanze processuali concrete (ivi comprese le modalità di esercizio del diritto di difesa, denotanti la condizione soggettiva di consapevolezza dell'illecito posta *a monte* del giudizio) ma gli stessi contenuti del «precedente» rappresentato dalla decisione emessa dalla CEDU, lì dove non vi sia stata - in tale decisione - la concreta e visibile affermazione della «natura generale» della violazione riscontrata.

Tale affermazione nella decisione *Contrada contro Italia* non è presente (trattasi di un indizio di assenza di rilievo generale, pur non decisivo, per quanto detto in precedenza) e la CEDU nella sua motivazione : a) valorizza le circostanze concrete del caso analizzando la condotta processuale tenuta dal Contrada e la sua prospettazione del tema sin dall'inizio del giudizio interno, con ipotesi di qualificazione alternativa della condotta ; b) declina le sue valutazioni finali sempre in termini individuali.

Tali aspetti, pur non decisivi, portano a ritenere possibile un'analisi dei contenuti della decisione tesa a comprendere se, nonostante l'assenza di affermazioni rilevanti ai sensi dell'art. 46 *erga alios* , l'avvenuto accoglimento del ricorso in sede CEDU per un profilo «misto» , correlato da un lato alla condotta processuale del Contrada (che, fatto di estremo rilievo, aveva offerto ai giudici interni una possibilità alternativa di qualificazione del reato in termini di favoreggiamento personale), dall'altro ad una 'vicenda interpretativa' delle norme di legge applicate nell'ordinamento interno (il contrasto di opinioni composto ad ottobre 1994) consenta o meno all'interprete di «estrarre» dalla decisione in parola un «profilo generalista» estensibile a soggetti diversi.

Compiendo tale operazione, peraltro, va premesso che la decisione emessa nel caso Contrada dalla CEDU non può essere definita «innovativa» ed è dunque di certo valutabile in chiave interpretativa rispetto al tema qui trattato.

In effetti, a partire da *S.W. contro Regno Unito* del 22.11.1995, con approfondimenti del tema in *Pessino contro Francia* del 10.10.2006 e *Del Rio Prada contro Spagna* del 21.10.2013 (quest'ultima intervenuta sul tema del mutamento di giurisprudenza in sede di modalità applicative di benefici penitenziari incidenti sul *quantum* di pena da scontare) è usuale che nell'applicazione dell'art. 7 della Convenzione la CEDU compia riferimento anche agli orientamenti giurisprudenziali tesi a concretizzare il contenuto delle disposizioni di legge e ne analizzi le ricadute sul tema della prevedibilità - nelle sue *due componenti* rappresentate a) dalla prevedibilità della responsabilità o b) dalla prevedibilità della misura della sanzione - posto che il testo della disposizione non fa riferimento alla *legge* ma al *diritto* interno (*nessuno può essere condannato per una azione o omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*). Dunque tale aspetto non è di ostacolo, come erroneamente ritenuto nel provvedimento impugnato, all'apprezzamento, in concreto, della rilevanza della decisione nel caso qui in trattazione. R27

4.3 Esplorando le diversità di condizione soggettiva va dunque affermato che Dell'Utri Marcello, a differenza del Contrada, ha affrontato il giudizio penale con contestazione aperta, spinta sino ad epoca (fine anni '90) posteriore alla decisione Demitry. Il contraddittorio processuale ha dunque incluso sia periodi antecedenti rispetto all'intervento delle Sezioni Unite che periodi successivi (per la stessa CEDU immuni da ogni dubbio di legalità convenzionale), in rapporto ai quali l'imputato è stato assolto.

Quanto al periodo antecedente al 1994 Dell'Utri Marcello - nella articolazione delle sue difese nel giudizio interno - non ha mai sollevato, a differenza del Contrada, il tema del difetto di prevedibilità dell'inquadramento giuridico o quello della retroattività della interpretazione giurisprudenziale, avendo - come risulta dalla decisione emessa da questa Corte nel maggio del 2014, nonchè in modo ancor più chiaro dalla decisione rescindente emessa in data 9 marzo 2012 dalla V Sezione Penale di questa Corte (v. pag. 110 ove espressamente si afferma .. *sul tema della configurabilità, in linea di principio, del concorso esterno non sono stati sollevati dubbi dogmatici neppure dalla difesa..*) - 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.

Il tema della tassatività 'debole' del concorso esterno risulta coltivato dal Dell'Utri esclusivamente in chiave processuale, posto che ha dato luogo ad una questione di genericità del capo di imputazione (che è ovviamente profilo diverso), respinta da questa Corte.

Può dunque affermarsi che dal contegno processuale tenuto dal Dell' Utri nei giudizi interni non emerge alcun *deficit* in punto di prevedibilità *in concreto* delle conseguenze della condotta tenuta al momento del fatto in rapporto all'esito del giudizio, non essendosi mossa alcuna contestazione (a differenza del Contrada) di tale specifico profilo innanzi alla giurisdizione interna (dato significativo dell'assenza di pregiudizio individuale), con problematica riconduzione di tale condotta processuale in chiave di ipotetica ammissibilità di un ricorso individuale ex art. 35 co.1 Conv. (per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne).

Contrada Bruno, in effetti, ha coltivato sin dall'inizio del processo a suo carico - al di là della richiesta di assoluzione - una precisa ipotesi alternativa di qualificazione giuridica del fatto, a lui più favorevole, in termini di favoreggiamento personale. Da ciò è essenzialmente derivata la doglianza esposta in sede sovranazionale e riconosciuta valida dalla CEDU.

Nella ultima decisione interna, emessa da questa Corte, VI Sezione penale, in data 10.5.2007 così si sintetizza- sul punto - il motivo di ricorso del Contrada :... *sostenendosi altresì nel ricorso che gli interrogativi mossi con i replicati motivi di appello non avrebbero sempre trovato persuasive risposte nelle decisioni di legittimità di questa Corte regolatrice, il ricorso ribadisce la persistenza di un problema di rispetto dei principi di tassatività e tipicità della fattispecie incriminatrice (difetto di tipicità di cui prenderebbe atto la sentenza S.U. Mannino, ad esso difetto "sopperendo con principi di tutto rigore in materia di dolo") e rinnova (trattasi di notazione anch'essa riveniente dai motivi di appello) la prospettazione - in subordine rispetto alla principale richiesta di esclusione del concorso esterno ascritto al ricorrente - dell'eventuale alternativa riconducibilità dei contegni dell'imputato nell'area del favoreggiamento personale... .*

127

A tale motivo veniva fornita la seguente risposta : ... *con il terzo motivo di ricorso la difesa dell'imputato, riprendendo prospettazioni formulate con i motivi di appello - oltre a porre in dubbio la stessa configurabilità teorica del concorso esterno in associazione mafiosa - sostiene quale unica ipotesi alternativa cui eventualmente correlare la condotta del Contrada B. quella del favoreggiamento personale (cfr. 5.3). Con il che la difesa mostra di non aver sufficientemente esaminato i contenuti decisori della sentenza di annullamento di questa Corte del 2002. L'ipotesi in parola (rapporti e differenze tra concorso esterno e favoreggiamento personale) ricade a pieno titolo nell'area delle questioni di diritto decise dalla sentenza rescindente di legittimità e dei principi di diritto conseguentemente enunciati. Esaminando la sentenza di appello del 2001, questa Corte ha - tra l'altro - colto le palesi incongruenze logico-giuridiche della tesi di chiusura incidentalmente formulata nella sentenza cassata, che - esclusa la sussistenza del reato di concorso esterno mafioso - esprime l'opinione della possibile sussumibilità dei contegni dell'imputato nella fattispecie sanzionata dall'art. 378 c.p. (per altro raggiunta da prescrizione). La sentenza di annullamento ha, quindi, reputato necessario delineare i criteri di demarcazione tra le due ipotesi del concorso esterno e del favoreggiamento, chiarendo (principio di diritto) che l'aiuto consapevolmente prestato a soggetto che persevera attualmente nella condotta costitutiva di un reato tipicamente permanente, come quello di associazione per delinquere, da luogo a concorso in tale reato e non a favoreggiamento, a meno che detto aiuto, per caratteristiche e modalità di attuazione, non si*

traduca in alcun modo in un sostegno o incoraggiamento della condotta criminosa associativa. Avendo ritenuto dimostrata l'efficienza agevolatrice e rafforzativa di Cosa Nostra riconducibile alle condotte dell'imputato, bene ha fatto la Corte territoriale ad esimersi dall'affrontare il tema (residuale e assorbito dall'affermata sussistenza del concorso esterno) dell'eventuale configurarsi del favoreggiamento personale di Contrada B., così ottemperando all'obbligo di adeguamento alla decisione e al principio di diritto definito dalla S.C... .

Non risultano analoghe prospettazioni del Dell'Utri, soggetto che - per deduzione logica - è da ritenersi che non abbia risentito dei contrasti giurisprudenziali esistenti al momento di realizzazione delle condotte (quelle sino al 1992) poi oggetto di giudizio.

Tale aspetto non è per nulla irrilevante, posto che tornando alla decisione CEDU di cui si invoca l'applicazione (quella emessa nel caso *Contrada*) va affermato che tale sentenza appare tesa a riconoscere l'esistenza della violazione dell'art. 7 Conv. Eur. non già sul crinale della scarsa prevedibilità della *rilevanza penale* del fatto di per sè considerato (art. 7 Conv. co.1 primo periodo) quanto sul tema della sua esatta qualificazione giuridica (art. 7 co.2 secondo periodo, caratterizzato dalla equiparazione tra prevedibilità della responsabilità e prevedibilità della misura della pena) e, dunque, della corrispondente forbice edittale della pena (la necessità postulata è quella di conoscere ... *per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti..*; la valutazione finale è che .. *il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti..* ; così la CEDU).

RT

Si tratta, dunque, di un *corneo* del tema della prevedibilità che, seppur correlato ad un rilevato *deficit* di chiarezza del precetto, la cui violazione ha dato luogo alla condanna, è cosa ben diversa rispetto al difetto di prevedibilità di una rilevanza penale *in quanto tale* della propria condotta (la prevedibilità, ferma restando la rilevanza penale del fatto, riguarda anche il trattamento sanzionatorio, come affermato già nelle ormai risalenti decisioni CEDU *Baskaya e Ockuoglu* contro Turchia del 8.7.1999 e *E.K.* contro Turchia del 7.2.2002, nonchè dalla stessa decisione *Scoppola* contro Italia, prima evocata) e si ricollega alla esistenza di «alternative sanzionatorie» più favorevoli, che legittimamente e ragionevolmente il cittadino riteneva *prevedibili* , in luogo del trattamento ricevuto.

4.4 In ciò la decisione *Contrada* - ove non enfatizzata nei suoi contenuti - pur evidenziando le criticità derivanti dalla tumultuosa evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso esterno in associazione mafiosa non realizza - a ben vedere - una considerazione generalizzata di illegittimità convenzionale di *qualsiasi* affermazione di responsabilità, per fatti antecedenti al 1994, divenuta irrevocabile. Le incertezze interpretative, nello specifico caso *Contrada*, sono oggetto di analisi in relazione al *deficit* di prevedibilità del trattamento sanzionatorio inflitto, posto che la qualificazione giuridica era quella - per il *Contrada* - ritenuta dalla CEDU non prevedibile al momento del fatto.

Il profilo «generalista», pur parzialmente esistente in quanto ricollegabile alla identificazione come «causa» della incertezza di un «contrasto giurisprudenziale sulla esistenza della fattispecie applicata» è da ricollegarsi - in concreto - 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, è 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.

Dunque il limitato 'contenuto generale' di tale decisione è ricollegabile a due condizioni ulteriori, fermo restando il dato temporale della condanna (ante '94) per concorso esterno : 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.

RM

4.4 Tale condizione non appare sostenibile nel caso del Dell'Utri, la cui difesa ha, per converso, sollevato nel giudizio interno il tema della «erronea applicazione, alla condotta tenuta e ricostruita nel giudizio, dei principi giurisprudenziali regolanti l'istituto del concorso esterno» (si veda la ricostruzione contenuta nella decisione del 2014, esposta in premessa). Tale atteggiamento processuale, peraltro, è indicativo della consapevolezza delle «reali» questioni che hanno attraversato la giurisprudenza sul tema del concorso esterno, dato il livello dei «consulenti illuminati» cui il Dell'Utri si è, evidentemente, rivolto sin da epoca risalente, che hanno agevolato la comprensione - al momento del fatto - in tale soggetto, della ragione dei contrasti interpretativi.

Sul piano concettuale e dogmatico, in tema di cittadinanza del 'concorso esterno' risultano, per il vero, censite decisioni giudiziarie sin dalla seconda metà del 1800.

Nel giugno e nel luglio del 1875 la Corte di Cassazione di Palermo (sentenze del 17 giugno 1875 Ciaccio ed altri; del 1 luglio 1875, Russo) come ricostruito in studi dottrinari, affermava la configurabilità - in rapporto alla legislazione dell'epoca - della complicità necessaria nel reato associativo tramite l'applicazione delle norme generali sul concorso al reato plurisoggettivo in questione. Venivano in tal modo puniti taluni fiancheggiatori della temuta banda Capraro.

La tipizzazione speciale delle figure associative non esclude, secondo tali decisioni, l'applicazione delle disposizioni generali in tema di concorso di persone nel reato. Ciò anche in rapporto alla natura permanente del reato associativo, fatto che, superando la principale obiezione teorica, rende possibile la complicità atipica - non susseguente ma

contemporanea - posto che .. *il fatto costituente la complicità legalmente inerisce al reato perchè lo tova esistente e quindi è ad esso contemporaneo..* .

Nel periodo storico successivo alla codificazione del 1930 (ed antecedente al 1982) si rinviene, sul tema, una decisione emessa nel 1952 nel senso della applicabilità della previsione estensiva contenuta nell'art. 110 del codice penale al reato di associazione per delinquere (Cass. 28 aprile 1952, Barbieri) ma è soprattutto nel settore dell'associazionismo politico che, come è noto, la Corte di Cassazione - con la decisione emessa in data 27 novembre 1968 nel caso Muther ed altri - torna ad occuparsi dei profili dogmatici, ritenendo pienamente legale (e dunque dovuta, in un sistema che esclude discrezionalità di esercizio dell'azione) l'applicazione della clausola estensiva dell'art. 110 cod.pen. al reato di cospirazione politica mediante associazione (art. 305 cod.pen. che prevede figure tipiche di partecipe, promotore, organizzatore). La precisazione fatta all'epoca è, peraltro, di notevole interesse sistematico : « il fatto del concorrente è agevolmente individuabile nell'attività di chi - pur non essendo membro del sodalizio, cioè non aderendo ad esso nella piena accettazione della organizzazione, dei mezzi e dei fini - contribuisce all'associazione mercè un apprezzabile fattivo apporto personale, agevolandone l'affermarsi e facilitandone l'operare, conoscendone l'esistenza e le finalità, ed avendo coscienza del nesso causale del suo contributo».

RT

La giurisprudenza, dunque, negli anni '70 traccia i confini sistematico-garantistici della confermata applicabilità della previsione generale (art. 110) al reato associativo, allo scopo di evitare improprie dilatazioni dell'area della contiguità punibile, ma non nega la premessa di sistema. Tale premessa, ossia l'applicazione della clausola estensiva di cui all'art. 110 cod.pen. alle fattispecie plurisoggettive di associazione era dunque ampiamente conoscibile, mediante un minimo di diligenza informativa.

Va peraltro ricordato che la stessa giurisprudenza costituzionale interna aveva - in diverse pronunzie emesse negli anni '70 - costantemente affermato, in rapporto alle questioni sorte in tema di tassatività delle fattispecie di parte speciale, che *non contraddice al principio di legalità della pena il fatto che il legislatore, anziché procedere ad una rigorosa e tassativa descrizione di un fatto-reato, ricorra per la sua individuazione a concetti extragiuridici diffusi e generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera* (sentenza num. 42 del 1972) e che non sono in contrasto con il principio di legalità penale le fattispecie criminose a forma libera, *che richiamano cioè, con locuzioni generiche ma di ovvia comprensione, concetti di comune esperienza o valori etico-sociali oggettivamente accertabili dall'interprete..* posto che *la necessaria 'tassatività' della fattispecie non si risolve nè si identifica nella (più o meno complessa) 'descrittività' della stessa* (sent. num. 188 del 1975).

In riferimento al reato di associazione per delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416 bis cod.pen. (legge n. 646 del 13 settembre 1982) la vicenda storico/interpretativa della configurabilità o meno del concorso esterno (nelle singole condotte tipiche di

Of

partecipazione, direzione, promozione, organizzazione) è dunque comprensibile e valorizzabile solo ove la sequenza di decisioni emesse sul tema (frutto, in verità, del fisiologico dispiegarsi del ragionamento giuridico e della costante necessità di interpretazione delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore) venga letta attraverso il filtro logico della corrispondente elaborazione della nozione di partecipazione punibile (la condotta tipica di parte speciale, il cui confine di tassatività risulta peraltro assicurato dai contenuti descrittivi del comma 2 dell'art. 416 *bis* cod.pen.).

In numerosi arresti, tra cui quelli che hanno dato luogo al contrasto interpretativo, l'affermazione di 'non configurabilità' del concorso esterno non è per nulla correlata ad una opzione 'liceizzante' della condotta oggetto del singolo giudizio - la concreta e consapevole condotta di ausilio al raggiungimento degli scopi dell'associazione mafiosa-, condotta di cui sia stata fornita prova nel processo, ma sovente tende ad attrarre la condotta agevolatrice *de qua* all'interno della categoria tipica della *partecipazione punibile* (si veda, ad es. quanto deciso in data 19 gennaio 1987 nel caso Cillari ed altri, manifestamente orientata in tale direzione, nonché lo stesso contenuto della nota sentenza emessa in data 30 gennaio 1992 nel caso Abbate ed altri, ove si afferma, tra l'altro, che « .. i cd. concorsi esterni .. in realtà non sono inquadrabili nella ipotesi della compartecipazione ai sensi dell'art. 110, postochè ove concretatisi in sistematico e continuativo appoggio nel conseguimento degli scopi associativi sono essi stessi *condotte di partecipazione*, in nulla dissimili dalle altre concorrenti, restando così limitate le configurazioni di ricettazioni, favoreggiamento e simili ai soli comportamenti adjuvanti di carattere saltuario o episodico..»).

R17

Non è un caso, dunque, che la decisione del 13 giugno 1987 (Altivalle ed altri) proprio nel realizzare 'a monte' una perimetrazione restrittiva del concetto di «partecipazione» alla associazione - nel senso della necessaria prova dell'avvenuto «inserimento» del soggetto nella organizzazione criminale (primo tassello del cd. modello organizzatorio, ampiamente ripreso e perfezionato nelle decisioni SS.UU. del 1994 e successive) - abbia teorizzato in modo espresso la configurabilità del concorso esterno in relazione alle condotte poste in essere dall'*extraneus* e dotate di obiettiva rilevanza causale ai fini del consolidamento e mantenimento in essere della organizzazione criminosa. Si tratta, in altre parole, delle ricadute di due approcci diversi alla ricostruzione del significato della espressione «fa parte» contenuta nell'art. 416 *bis* comma 1 cod.pen. (ove è indubbia l'avvenuta espressione di un concetto descrittivo di sintesi, da parte del legislatore, che esige di per sè una concretizzazione in sede applicativa) .

Lì dove, in estrema sintesi, tale locuzione venga interpretata come volontà normativa di punire chiunque 'rechi un contributo volontario e causalmente apprezzabile' al raggiungimento degli scopi del gruppo criminoso è evidente che vi è divieto di fare ricorso alla clausola estensiva di cui all'art. 110 cod.pen., pena la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale (il soggetto in questione è ritenuto partecipe e il contributo

causale reso volontariamente è già punibile *sub* art. 416 bis) mentre lì dove si adotti altro criterio di identificazione della condotta partecipativa (e cioè la prova dell'inserimento stabile nel tessuto organizzativo) l'applicazione della clausola estensiva realizza - nell'ambito del sistema normativo - il suo obiettivo normativo «ordinario» di parificazione delle conseguenze sanzionatorie in rapporto al determinarsi dell'evento (con applicazione del principio generale in tema di equivalenza delle cause, sul quale si rimanda, per tutte a Sez. VI del 25.1.1990).

Per tale ultima opzione, infatti, essendo l'evento (in senso giuridico e materiale) - che la norma incriminatrice di cui all'art.416 *bis* tende a reprimere - definibile come l'esistenza ed operatività concreta di un 'consorzio umano organizzato' (l'associazione mafiosa) avente determinate caratteristiche, è evidente che rispetto a tale 'dato' fenomenico, ove riscontrato in fatto, debbano assumere rilievo non soltanto le condotte direttamente espressive di 'intranità' (in quanto dimostrative della connaturale ripartizione di compiti, attribuiti agli associati in senso stretto), ma anche quelle condotte che, pur poste in essere da soggetti 'esterni', contribuiscano in modo oggettivamente rilevante (e soggettivamente consapevole) alla realizzazione dell'evento medesimo .

Dunque un soggetto avente la capacità di rapportarsi - anche con l'ausilio di consulenti esperti- ai reali termini della questione, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, era perfettamente in grado di comprendere che la propria condotta volontaria di agevolazione costante (e non episodica) in favore di un sodalizio mafioso era condotta illecita e poteva - se dimostrata - essere qualificata (in rapporto ai termini del contrasto) come condotta partecipativa (art. 416 bis co.1), come condotta di concorso esterno (art. 110/416 bis co.1) o, al più, come condotta di favoreggiamento continuato. 127

L'incertezza - stigmatizzata dalla CEDU nel 2015 - verteva sulla qualificazione, non sulla illiceità, essendo l'evoluzione giurisprudenziale interna (specie con la decisione Sez. U. Mannino) tesa a delimitare l'area della partecipazione (416 *bis* puro) al contempo inglobando le idonee condotte di ausilio costante e consapevole al raggiungimento degli scopi del sodalizio (per l'opinione minoritaria rientranti nella partecipazione medesima e non nell'agire lecito) nel concorso cd.esterno e richiedendo, con portata garantistica evolutasi nel tempo, la ricostruzione, secondo il corretto modello causale, dell'idoneità effettiva del contributo, con valutazione *ex post*.

Ora, che tali condotte di ausilio alla organizzazione mafiosa finiscano con il rientrare, secondo le opinioni espresse in giurisprudenza prima del'anno 1994: a) nella partecipazione punibile (lì dove dotate di sistematicità e continuità, secondo le letture della norma di parte speciale minoritarie) b) nel concorso esterno (per le opinioni che delimitano la nozione di partecipazione, richiedendo la dimostrazione dell'avvenuto inserimento nel tessuto organizzativo per tale *status* e l'idoneità del contributo causale per il concorrente), c) in altra figura di reato di parte speciale riconoscibile (favoreggiamento, ricettazione o altro, valorizzando la tipicità della singola figura di

reato) magari aggravata ai sensi della previsione di legge di cui all'art. 7 d.l. 152 del 1991 (come evidenziato nelle decisioni immediatamente antecedenti alla Demitry, Sez. I n. 2348 del 18.5.'94 e Sez. I n. 2699 del 3.6.1994 che riattivano il contrasto e la necessaria soluzione del conflitto, peraltro tutte emesse nel medesimo anno dell'intervento compositore) è di certo tema rilevante in riferimento alla concreta «prevedibilità» dell'esito del giudizio, ma ciò su cui occorre riflettere - in chiave di analisi delle potenziali ricadute *erga alios* della decisione emessa dalla CEDU nel caso Contrada - è che da un lato l'opzione della totale irrilevanza penale di simili condotte era soltanto una marginale ipotesi in gioco, derivante da carenze probatorie più che da questioni in diritto (fermo restando che ogni soggetto imputato si augura tale esito) dall'altro che nei giudizi definitivi a carico del ricorrente Dell'Utri è stata apprezzata - in concreto e con valida ricostruzione - la piena rilevanza causale dell'apporto volontariamente fornito dall'attuale ricorrente Dell'Utri al perseguimento dei fini dell'associazione mafiosa Cosa Nostra, per un consistente numero di anni.

Non sarebbe un fuor d'opera, pertanto, ipotizzare che la forbice decisoria di 'prevedibilità' in concreto del giudizio penale a carico del Dell'Utri, lì dove il medesimo si fosse svolto a ridosso del termine ultimo di consumazione del reato (il 1992 per come ritenuto in sentenza) sarebbe stata, per le elaborazioni dell'epoca, rappresentata dall'alternativa tra concorso esterno e partecipazione punibile, il che fa comprendere le ragioni della opzione difensiva di non contestazione (nei giudizi interni) di alcun profilo di pretesa irretroattività della interpretazione giurisprudenziale . RT

La stessa prevedibilità oggettiva della condotta tenuta al momento del fatto dal Dell'Utri, per quanto sinora detto, può dirsi ricostruibile in tale alternativa, con esclusione di ipotesi meno gravi.

Dunque un profilo di qualificazione giuridica, neanche attinente al *quantum* della possibile sanzione (a differenza del caso Contrada nel cui ambito era stata prospettata l'ipotesi alternativa del favoreggiamento personale, correlata alla dimensione oggettiva dei fatti) poichè la pena prevista sia per il partecipe dell'associazione di tipo mafioso sia per il concorrente ad essa esterno è, pacificamente, la stessa.

L'invocato *deficit* di tassatività - peraltro denunciabile, in termini generali con questione di costituzionalità, lì dove si ritenga percorribile tale strada, in tutte le ipotesi in cui la punibilità venga regolamentata dalla previsione estensiva di cui all'art. 110 cod.pen., norma che non descrive la singola condotta ma basa la sua efficacia precettiva sulla considerazione degli effetti del comportamento tenuto dall'agente in rapporto alla capacità lesiva del bene protetto (e da qui le opportune precisazioni, sul versante processuale, rese da Sez. U. n. 45276 del 2003) - finisce con il rappresentare, nella vicenda in esame, un potenziale dubbio dell'agente (in termini di prevedibilità delle conseguenze della condotta, con valutazione ora per allora) esclusivamente in punto di

qualificazione giuridica dei fatti (tra concorso pieno e partecipazione) e non in punto di rilevanza penale del comportamento posto in essere e di sanzione ad esso applicabile.

Se nel caso del Contrada, in altre parole, l'opzione qualificatoria più lieve era concretamente percorribile ed aveva formato oggetto di rappresentazione, sì da essere fonte - anche per il suo (ritenuto) mancato esame nei giudizi interni - di 'danno' rilevante per tale soggetto, ciò non può dirsi nel caso del Dell'Utri, in rapporto alla concreta ricostruzione della condotta processuale del medesimo.

4.4 Tutto quanto affermato esclude in radice che l'incidente di esecuzione - esclusivamente correlato all'ipotesi di totale irrilevanza penale del fatto, come sostenuto dal ricorrente - possa ritenersi sede «idonea» per la discussione della legalità convenzionale della decisione definitiva di condanna emessa a carico di Dell'Utri Marcello. Non vi è infatti - in ragione di quanto detto sinora - alcuna conclusione obbligata di tale verifica nel senso della rimozione della affermazione di penale responsabilità - così come richiesto - e tanto basta per ritenere la verifica *de qua* del tutto estranea ai poteri del giudice della esecuzione .

Non vengono pertanto in rilievo nè il dubbio di legittimità costituzionale delle norme in tema di esecuzione, per difetto di rilevanza, nè la pretesa violazione dell'art. 5 Conv. Eur., dato che la decisione irrevocabile - per quanto è dato apprezzare nel presente giudizio, instaurato nelle forme e secondo le regole dell'incidente di esecuzione - non presenta aspetti di illegalità convenzionale.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in data 11 ottobre 2016

Il Consigliere estensore

Raffaello Magi



Il Presidente

Antonella Patrizia Mazzei

