

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

Bruno Contrada’s “Younger Brothers” Ahead the Court of Cassation

Considerations on Cass., Sez. I, sent. 11 ottobre 2016 (dep. 18 ottobre 2016), n. 44193, Pres. Mazzei, Rel. Magi, Ric. Dell’Utri

SILVIA BERNARDI

Dottoranda di ricerca presso l’Università degli studi di Milano

PRINCIPIO DI LEGALITÀ, CONTRADA C. ITALIA,
PREVEDIBILITÀ DELLE DECISIONI GIUDIZIALI,
ESECUZIONE DELLE SENTENZE DI CONDANNA DELLA CORTE EDU

NULLUM CRIMEN, CONTRADA VS. ITALY,
PREDICTABILITY OF JUDICIAL DECISIONS,
EXECUTION OF FINAL JUDGEMENTS OF THE ECOHR

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.

In this decision, the Court of Cassation considers the difficult issue regarding the specific implications of the application of the judgment in *Contrada v. Italy* on Italian legal system, which denied Marcello Dell’Utri the opportunity to invoke the principles of law enshrined therein in order to obtain the quashing of his conviction pursuant to art. 673 c.p.p. The court thus construed the binding force of the European judgment narrowly with regard to the “younger brothers” of the victorious applicant, i.e. all persons who, whilst not having applied directly to Strasbourg, assert that they have suffered the same violation already recognized by the ECtHR. This case requires us to consider once again the most appropriate procedural mechanisms for ensuring compliance with the obligation to abide by the final judgments of the European Court imposed on the States under art. 46 ECHR; at the same time however, it invites us to reflect on the real need for an *erga omnes* extension of the *Contrada* judgment’s *ratio decidendi*, read in the light of the wider context of Strasbourg case law concerning the *nullum crimen* principle.

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.

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 *oggetti 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 *Demiry* del 1994, potrebbero lamentare a loro volta l'illegittimità della propria condanna, considerata dalla Corte europea stessa lesiva dell'art. 7 CEDU.

¹ Cfr. in particolare O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *questa Rivista*, 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 *Dir. pen. cont.*, 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 *Dir. pen. cont.*, 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 *Dir. pen. cont.*, 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 *Dir. pen. cont.*, 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.lalegislazionepenale.eu, 7 gennaio 2016; F. PALAZZO, *La sentenza «Contrada» e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1066 ss.; D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 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 *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2016 e G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 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.

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 ricorrere allo sterile 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 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 *Demiry*" e che, di conseguenza, all'epoca cui risalivano i fatti ascritti al ricorrente tale reato 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".

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 *Dir. pen. cont.*, 18 ottobre 2016.

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

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 *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2014.

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 Dell'Utri, all'accoglimento di una richiesta siffatta si oppone tuttavia la *mancanza 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", 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.

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".

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

⁹ Cfr. p. 21 della sentenza in commento.

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 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 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

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.

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 viveva 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 *Dir. pen. cont.*: si rimanda, per tutti, a F. VIGANÒ, E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 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 *questa Rivista*, n. 1/2014, p. 250 ss.

¹⁵ Cfr. p. 27 della sentenza in commento.

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 dalla sentenza n. 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 giurispru-

¹⁶ La Cassazione distingue infatti nettamente la situazione in cui l’esecuzione di una sentenza definitiva della Corte EDU richiede 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”).

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.

denziali 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 interno¹⁹ [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 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 *Demitry*, 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 al 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 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,

¹⁹ Cfr. p. 31 della sentenza in commento.

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).

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.

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.

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 prevedere alternativamente, 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, limi-

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.

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 *Dir. pen. cont.*, 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. VIGANO, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 6.

tatamente 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 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 contro-tendenza 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 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 pro-

²⁷ Si rimanda all'accurata analisi svolta da G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 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.

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.

nunciata 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 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 conosciuta 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 costoro presupporrebbe dunque, quanto meno, una lettura *estensiva* della

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, anche se sarebbe sicuramente la scelta più vantaggiosa per lo Stato italiano (che potrebbe così “salvare” integralmente la condanna pronunciata nei confronti 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 *Demistry* 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 *Dir. pen. cont.*, 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.

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 stati a lungo tutt'altro che chiari, tanto che alla sentenza *Demitry* 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 prevedibile", 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*:

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 *Dir. pen. cont.*, 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-isis.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.

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 "margini 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.

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 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 costituisca "il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza *Demitry*", 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.

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

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".

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 pronuncia 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.

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

⁴⁵ In questo senso si esprime, 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.

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 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 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

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.

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 antitetiche 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 *questa Rivista*, 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 *questa Rivista*, 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.

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 *questa Rivista*, 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”.

*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 stabilizzatesi⁵⁹.

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”, *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 dunque 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.

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 *questa Rivista*, n. 2/2015, p. 316.

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

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 decisivo della sentenza *Contrada c. Italia* e, in 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 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 *manca di una giurisprudenza consolidata* non le ha comunque impedito, in presenza di *altri elementi in grado di fondare un giudizio di prevedibilità*

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.

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.

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 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 *Demir* 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 *Conrada*, 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 espressa 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.

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.

⁷¹ Cfr. F. PALAZZO, *La sentenza «Conrada» 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 Conrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 8.

⁷³ Cfr. M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Conrada*, cit., p. 4620, secondo la quale "nel caso *Conrada* 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 *Gropper 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.

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.

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 *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, p. 9 (prima ancora pubblicato in C.E. PALIERO - S. MOCCIA - G.A. DE FRANCESCO - G. INSOLERA - M. PELISSERO - R. RAMPIONI - L. RISCATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Napoli, 2016).

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, *Gropper 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 (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 *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016, p. 18).

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 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 *Demistry*, 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.

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,*

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. it.*, in corso di pubblicazione, e F. P. LASALVIA, *Il giudice italiano e la (dis)applicazione del dictum Contrada*, cit., p. 19.

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 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.

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 scoperto un vero e proprio "vaso di Pandora", mettendoci definitivamente di fronte alla coesistenza — 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 *contrast* *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 euro-

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 Peralto, 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 *Dir. pen. cont.*, 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.

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. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit.

pea, 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 delle 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 "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.

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

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.