GIUSTIZIA INSIEME

Diritto Penale

Sul Caso Contrada (note per l' udienza del 24 ottobre 2019 davanti alle Sezioni Unite)

di Ciro Angelillis

14 dicembre 2019

Sul Caso Contrada (note per l' udienza del 24 ottobre 2019 davanti alle Sezioni Unite)
di Ciro Angelillis

sommario: 1. Premessa. – 2. L'estensione erga alios delle sentenze della CEDU.- 3.Il principio consolidato nella Giurisprudenza della Corte e la 'serialità delle violazioni'. – 4. Il principio consolidato della prevedibilità della decisione giudiziaria – 5. Il binario morto della dicotomia 'Prevedibilità soggettiva/ oggettiva'. – 6. Mutamento interpretativo e mutamento giurisprudenziale -7. Mutamento interpretativo e rispetto del principio di prevedibilità nella vicenda Contrada

1. Premessa

La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite dalla 6^ sezione penale è la seguente: *"Se la sentenza della Corte Edu del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile".*

Il tema della possibile estensione *erga alios* della sentenza del 2015 della Corte EDU sul caso Contrada c. Italia si innesta in quello generale degli effetti sul giudicato penale delle sentenze della CEDU e della individuazione degli strumenti processuali che consentano al Giudice di eseguirle, intervenendo sul processo o sulla sentenza. L'ordinanza, le cui argomentazioni rispecchiano il convulso dibattito che caratterizza, da qualche anno, questo spicchio della materia della esecuzione, condivide l'opzione prospettata dal ricorrente di rimettere alle SSUU la decisione del ricorso, per via di diversi contrasti giurisprudenziali su questioni rilevanti ai fini della soluzione del caso in esame, ma presenta una peculiarità nella parte in cui – dopo avere evidenziato le criticità dei due orientamenti che oggi, con riferimento al quesito sopra indicato, si contendono il campo nel seno della Suprema Corte e che fanno capo alle sentenze *'Dell'Utri'* ed *'Esti',* entrambe della prima Sezione – sottopone all'esame delle SSUU una terza opzione di cui non nasconde gli effetti dirompenti. Mentre, infatti, le sentenze *'Dell'utri'* ed *'Esti',* per ragioni diverse e attraverso strumenti processuali diversi (la revisione europea la prima e l'incidente di esecuzione la seconda), escludono la possibilità di estendere ai rispettivi ricorrenti gli effetti della sentenza 'Contrada', la "*terza via interpretativa*" conferisce al principio posto dalla Corte europea – per cui, secondo l'ordinanza, "*la garanzia di accessibilità del precedente 'sfavorevole' è riconosciuto dalla Corte EDU al solo precedente di legittimità a Sezioni Unite*" – una valenza generale con effetti caducatori, a cascata, rispetto, non solo, a tutte le *sentenze definitive di condanna per l'ipotesi delittuosa di cui agli artt. 110 e 416 bis c.p. commessa prima del 1994* ma a tutte le "*condanne*" intervenute "*prima del consolidamento della giurisprudenza sfavorevole al reo* " determinato dall'intervento delle Sezioni Unite.

La prospettazione di questa opzione, nonostante i suoi possibili effetti dirompenti rispetto al principio della stabilità del giudicato, consegue alla considerazione che le sentenze '*Esti*' e *Dell'Utri*', per un verso o per l'altro, escludendo che "*la sentenza emessa sul caso Contrada avesse effettivamente rilevato un deficit sistemico*", avevano escluso la esportabilità dei principi affermati dalla sentenza Contrada sulla base di soluzioni "*non appaganti*" rispetto "*all'impostazione della sentenza Contrada".*

In primis, secondo l'ordinanza, non è la natura di origine giurisprudenziale della fattispecie del concorso esterno ad avere indotto la Corte EDU a pervenire alle sue conclusioni, come sostenuto dalla sentenza Esti e da quelle che si sono inscritte nella sua scia, ma la carenza di "*certezza applicativa*" della norma penale, presupposto indefettibile del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione, poichè anche una norma "*formulata in maniera chiara e precisa*" potrebbe essere oggetto di "*una interpretazione giurisprudenziale non uniforme*" .

Allo stesso modo, l'ordinanza rileva la criticità della sentenza Dell'Utri che ha condizionato all'esame della condotta processuale tenuta dal ricorrente *illo tempore,* la possibilità di prospettare il conflitto interpretativo rispetto ad un diversa qualificazione giuridica dei fatti contestati, nel senso che Dell'Utri non avrebbe potuto beneficiare della estensione degli effetti della sentenza della Corte EDU per non avere prospettato, al Giudice nazionale, come invece aveva fatto Contrada, la possibile riqualificazione dei fatti contestati nel diverso reato di favoreggiamento personale. La sesta sezione rileva che il comportamento processuale non può essere influente rispetto al giudizio di prevedibilità, pena la trasformazione del " *vulnus sistemico rilevato dalla Corte EDU in un vizio del singolo processo".*

Tanto chiarito, la questione di fondo enucleata dall'ordinanza è se ritenere violato il principio di prevedibilità convenzionale per tutti coloro che sono stati condannati in via definitiva per concorso esterno nel reato di cui all'art. 416-bis c.p. in relazione a condotte poste in essere prima del 1994 e della pronuncia della sentenza Dimitry delle Sezioni Unite ovvero, più in generale, per tutti coloro che hanno subito "*condanne*" intervenute "*prima del consolidamento della giurisprudenza sfavorevole al reo*" determinato dall'intervento delle Sezioni Unite e, conseguentemente, se la Corte europea abbia evidenziato o meno un **difetto strutturale del sistema normativo interno** tale da non potere non avere ricadute *erga omnes.*

2. L'estensione erga alios delle sentenze della CEDU

Si è detto che nella materia in trattazione i punti fermi non abbondano, ma tra i pochi che è possibile enucleare dall'interno del frastagliato e complesso panorama giurisprudenziale vi è quello (ben evidenziato dalla sentenza Esti del 12 gennaio 2018) della diversità di posizione di chi, dopo avere adito vittoriosamente la Corte EDU chieda al Giudice interno di elidere gli effetti del giudicato reputato iniquo dalla Corte, rispetto a chi (c.d. fratello minore) chieda gli stessi benefici rappresentando al Giudice nazionale di trovarsi nella situazione della parte vittoriosa a Strasburgo. Il giudice interno, infatti, solo nel primo caso è ***obbligato*** ad adeguarsi senza riserve e senza spazi di valutazione al *dictum* della sentenza della Corte, in virtù dell'art. 46 della Convenzione europea che prevede l'obbligo per gli Stati contraenti, di uniformarsi alle sentenze definitive della CoEDU per le controversie in cui sono parte, e, nel caso di condanna, di rimuovere tutte le conseguenze pregiudizievoli **per la vittima che abbia adito la corte europea** , senza che possa ritenersi di ostacolo, in questo senso, l'effetto preclusivo del giudicato, stante l'efficacia immediatamente precettiva nell'ordinamento italiano delle norme convenzionali,

naturalmente nei limiti tracciati dalle sentenze gemelle della corte Costituzionale, che sono quelli della loro inidoneità a determinare l'inapplicabilità di norme interne con esse contrastanti, senza un intervento ablatorio della stessa corte Costituzionale.

Non così quando la questione affrontata dalla Corte EDU è portata all'esame del Giudice interno dai c.d. fratelli minori; in questi casi, svincolato dall'obbligo posto dall'art. 46 della Convenzione, il Giudice deve valutare, in via pregiudiziale, la 'esportabilità' al di fuori della vicenda processuale coinvolta dalla decisione della CEDU e la estensibilità *erga omnes* delle conclusioni formulate dalla Corte Edu. **Oggi lo stato dell'arte ci consente di ritenere pacifico che la portata precettiva dell'art. 46 rimane confinata allo specifico caso coinvolto dalla pronuncia del giudice europeo, sicchè, negli altri casi, non esiste un obbligo di indifferenziata estensione *erga omnes* dei principi affermati da una sentenza CEDU.**

A riprova di tanto si segnalano sinteticamente:

L'ordinamento convenzionale che, per un verso, prevede espressamente l'obbligo di adeguamento solo a vantaggio di chi è parte nel processo dinanzi alla Corte (art. 46 CoEDU), per l'altro riserva l'ipotesi della estensione dei principi *erga alios* alle c.d. sentenze pilota attraverso le quali, sul presupposto della pendenza di una pluralità di ricorsi vertenti sulla stessa problematica, la Corte indica allo Stato il problema strutturale o sistematico riscontrato nell'ordinamento interno e le misure riparatorie che deve adottare per porvi rimedio (art. 61 del regolamento CEDU).

I ripetuti interventi della Corte Costituzionale tra i quali si richiamano:

La sentenza n. 49 del 2015 che ha rivendicato l'autonomia esegetica del giudice nazionale che può e deve stabilire la '*portata del precedente*', in quanto *"sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si "esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto" (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento.".*

La sentenza n. 236 del 2011 che ha ribadito che la giurisprudenza europea va applicata con un margine di apprezzamento e di adeguamento alla luce delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi e che le sentenze di Strsburgo restano pur sempre legate alla concretezza della situazione che le hanno originate.

La sentenza n. 210 del 2013 che ha affermato che "*Spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l'ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti*" ed in mancanza sarà la stessa Corte Costituzionale a valutare eventuali "contro limiti" rispetto alla accertata contrarietà della normativa interna al paradigma dell'aer. 7 della convenzione (nel caso di specie sottoposto all'attenzione della Corte non furono ravvisati 'controlimiti' nel principio di stabilità del giudicato rispetto ad una norma penale concernente il trattamento sanzionatorio).

I precedenti casi di estensione *erga alios* degli effetti delle sentenze della CEDU che hanno accertato ***un difetto strutturale dell'ordinamento*** per via di "*pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale*" . Si è trattato di interventi del Legislatore (con valenza solo per il futuro) o della Corte Costituzionale (attraverso declaratorie di illegittimità costituzionale che hanno travolto potenzialmente i giudicati) o anche del Giudice di legittimità, sul piano interpretativo che, come è evidente, in nessun caso sono stati passivi esecutori di un comando altrui ma hanno determinato un '*adattamento*' dell'ordinamento interno ai principi della convenzione, attraverso un ineludibile percorso di riflessione sul *dictum* del Corte europea:

la sentenza Sejdoc contro Italia che ha indotto il legislatore italiano a modificare l'art. 175 c.p.p. in materia di restituzione nel termine per impugnare le sentenze contumaciali;

la sentenza Torregiani del 2013 sul sovraffollamento carcerario in seguito alla quale è intervenuto il legislatore;

le vicende Dasgupta e Lorefice in ordine al principio di immediatezza nel secondo grado di giudizio, in cui l'adeguamento è avvenuto prima sul piano interpretativo poi su quello normativo (art. 603 cpp);

la vicenda Scoppola/Ercolano in cui la CEDU era intervenuta ritenendo in violazione dell'art 7 della Convenzione la norma che prevedeva, per i delitti puniti con l' ergastolo e giudicati con rito abbreviato, la pena dell'ergastolo in luogo della pena dell'ergastolo con isolamento diurno e non la pena della reclusione temporanea in luogo della pena dell'ergastolo. In quest'ultimo caso è noto che, dopo che Scoppola, la parte vittoriosa a Strasburgo, aveva ottenuto dalla Suprema Corte – sia pure in sede di ricorso straordinario per errore di fatto (art. 625 bis cpp) – la sostituzione

della pena dell'ergastolo con quella della pena della reclusione temporanea, la Corte Costituzionale (sollevata la questione dalla Suprema Corte alla quale si era rivolto Ercolano, un 'fratello minore' di Scoppola , impugnando l' ordinanza del Giudice dell'esecuzione che aveva escluso che potessero essere estesi a lui gli effetti della sentenza Scoppola), aveva ritenuto costituzionalmente illegittima la norma già censurata dalla CEDU, stabilendo che il giudicato non può che ritenersi recessivo rispetto alle compromissioni dei valori e dei diritti fondamentali della persona;

La vicenda Drassich sul principio del contraddittorio in ordine alla qualificazione giuridica del fatto, in cui l'adeguamento è avvenuto sul piano interpretativo.

La necessità di fugare il rischio di collocare la CoEDU all'interno del nostro ordinamento quasi fosse l'organo del quarto grado di giudizio, con il potere di annullare le decisioni della Corte di Cassazione. Ipotesi, quest'ultima, che non è concettualmente ipotizzabile come non lo è un contrasto tra Corte europea e Stato contraente che abbia ad oggetto l'applicazione di un principio ai casi concreti: il possibile contrasto tra loro può ipotizzarsi esclusivamente sul piano della compatibilità/incompatibilità di diritti e principi, il quale trova la sua composizione attraverso il c.d. "dialogo tra le Corti" costituito dalla reciproca cessione di spazi all'evoluzione interpretativa dei diritti fondamentali, oppure, in ultima analisi, attraverso i meccanismi interni fissati dalla Corte Costituzionale con le c.d. sentenze gemelle del 2007 n. 348 e n. 349.

Per queste ragioni, alla domanda che l'ordinanza pone *apertis verbis* **se "*la sentenza sul caso Contrada lasci al giudice nazionale un margine di apprezzamento per valutare* [se e *ndr*] *come applicare erga alios la nozione di prevedibilità della legge penale in presenza di contrasti giurisprudenziali*" , si ritiene di rispondere positivamente.**

3. Il principio consolidato nella Giurisprudenza della Corte e la 'serialità delle violazioni'

Nessun automatismo, dunque, ma *apprezzamento* della sentenza della Corte di Strasburgo sotto un duplice profilo, se sia espressione di una giurisprudenza europea consolidata e se accerti una violazione destinata a ripetersi tutte le volte che si faccia interpretazione/applicazione del diritto, fisiologica nello Stato contraente (c.d. serialità delle violazioni).

Quanto al primo profilo, l'esigenza di valutare la giurisprudenza europea nel suo complesso discende dal fatto che le sentenze della Corte, ancorchè l'interpretazione estensiva dell'art. 46 implichi una 'autorità di cosa giudicata interpretata' ai principi di diritto espressi in esse rispetto ai casi simili, restano pur sempre legate alla concretezza della situazione che le hanno originate, sicchè la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la sentenza, deve essere adeguatamente valutata dal giudice nazionale che sarà chiamato a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno solo dopo avere escluso il rischio che quel principio, per non essere 'consolidato' nell'ambito della complessiva elaborazione giurisprudenziale, sia smentito da altre pronunce.

E' noto che questa impostazione, ripetutamente sostenuta dalla Corte Costituzionale (sent. n. 236/11; sent. n. 49/2015), è stata contestata dalla Grande Camera di Strasburgo che, nella causa GIEM c. Italia del 2018, ha ricordato come le sentenze della Corte abbiano tutte lo stesso carattere vincolante; tuttavia, come è stato condivisibilmente osservato in dottrina, il richiamo alla nozione di 'diritto consolidato' non intende sindacare la vincolatività delle pronunce della Corte rispetto al caso specifico, ma risponde all'esigenza di prevenire l'inevitabile rischio di contrasti nella giurisprudenza della CEDU e di acquisire, prima di provvedere ad una declaratoria di incostituzionalità di una norma interna per contrasto con la Convezione, la ragionevole certezza che l'orientamento della Corte europea non muterà.

Ne deriva, in conclusione, la necessità di vagliare se il principio affermato dalla Corte nella sentenza Contrada risponda al 'diritto consolidato' della Corte di Strasburgo sull'art. 7 della Convenzione ovvero se quella decisione sia stata il frutto di una valutazione condizionata dal caso concreto ed insuscettibile di ricevere una generale applicazione.

Sotto diverso profilo, occorre, poi, *apprezzare* se la sentenza di condanna della Corte costituisca una *red flag* in ordine ad un possibile *difetto strutturale dell'ordinamento*, per essere la violazione della Convenzione destinata a ripetersi, nel senso che il giudice nazionale dovrà accertare se l' applicazione/interpretazione del diritto interno, che secondo la Corte europea integra una violazione della Convenzione, sia quella fisiologica oppure se la lettura del nostro ordinamento che la Corte europea ha effettuato nel caso di specie, non corrisponda effettivamente al nostro diritto vivente.

Nel caso di specie si dovrà accertare se la vicenda Contrada sia stata espressione di un ' ***mutamento di diritto giurisprudenziale'***, non consentito dal principio di legalità di cui all'art.

7 della Convenzione e destinato a ripetersi poiché applicazione fisiologica del diritto interno, oppure, avendo la Corte europea errato nel ricondurre un semplice '***mutamento interpretativo***' , pienamente consentito anche dalla Convenzione (in quanto non può essere un mero contrasto giurisprudenziale ad inibire l'applicazione di una determinata fattispecie di reato), ad un mutamento del diritto giurisprudenziale applicabile, nessun effetto generale sarebbe riconducibile alla sentenza, poiché nessun difetto strutturale, corrispondente a quello accertato dalla sentenza Contrada, esisterebbe nel nostro ordinamento.

4. Il principio consolidato della prevedibilità della decisione giudiziaria

4. 1 La Corte Europea dei diritti dell'uomo, nell' affaire Contrada c. Italia, ricorso n. 66655/13), premesso che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è "il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta e consolidatasi nel 1994 con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 5/10/94, 'Demitry', e che, l'addebito riguarda episodi relativi ad un periodo tra il 1979 e il 1988, in cui il diritto vivente non si era ancora cristallizzato con l'intervento delle Sezioni Unite penali, ha ritenuto che la condanna di Contrada violasse il principio della 'prevedibilità della decisione giudiziaria', principio strettamente collegato con quello di legalità. Per pervenire alle sue conclusioni, la Corte di Strasburgo ha dato decisivo rilievo alle sentenze della

Cassazione che hanno escluso la configurabilità giuridica del concorso esterno in associazione mafiosa, la prima risalente al 1987, un’altra al 1989 e altre due al 1994

La CoEDU, come è evidente, non mette nel mirino una norma penale interna o la sua interpretazione da parte dei giudici nazionali e, tanto meno, la valutazione e la qualificazione giuridica dei fatti. Quello che la Corte europea pone in rotta di collisione con il principio di legalità di cui all’art. 7 della Convenzione, è il mutamento giurisprudenziale che incida sull’ambito di applicazione di una norma penale.

La fonte giurisprudenziale concorre ad integrare il diritto vivente e, pertanto, un indirizzo giurisprudenziale innovativo non può estendere la punibilità a fatti anteriormente commessi a meno che la nuova interpretazione non sia “*ragionevolmente prevedibile*”.

Dinanzi al divieto di retroattività, il principio di legalità convenzionale pone sullo stesso piano la legge e la giurisprudenza, sicchè il nuovo e non prevedibile indirizzo ermeneutico non può frustrare l'affidamento ingenerato da una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo anche se successivamente riconosciuta errata.

In altri termini, secondo l’interpretazione che dell’art. 7 della Convenzione fornisce la CoEDU, i requisiti di accessibilità e prevedibilità devono sussistere in riferimento al diritto come vive nella giurisprudenza, così che i mutamenti della norma possono assumere rilievo indipendentemente dal mutamento del testo di legge.

Questa interpretazione del dato normativo convenzionale non può essere messa in discussione dal Giudice interno e, d’altra parte, sottende un principio che non costituisce una novità nel panorama della giurisprudenza europea (cfr CoEDU, sent. 10/10/2006, Pessino contro Francia; sent. 22/9/95, S.W. contro Regno Unito) tanto da potersi senz’altro definire un principio consolidato.

4. .2 Tanto premesso, deve rilevarsi che detto principio ha piena cittadinanza nella giurisprudenza di legittimità anch’essa impegnata a presidiare il principio della certezza

applicativa della norma all’interno del nostro ordinamento, sul presupposto che, dietro l’apparenza di semplici dinamiche interpretative della norma incriminatrice, possano nascondersi fenomeni di retroattività in malam partem del “diritto vivente”, che potrebbero rivelarsi più insidiosi di quelli riguardanti il diritto scritto. In particolare le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno più volte ribadito che i valori dell’ accessibilità (accessibility) della norma violata e della prevedibilità (foreseeability) della sanzione, si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma ‘vivente’ quale risulta dall’ interpretazione dei giudici e hanno affermato che, anche nel nostro ordinamento, il principio di legalità convenzionale “non consente che un'applicazione univoca decennale da parte della Corte di cassazione di un principio affermato a garanzia della libertà della persona possa essere messo nel nulla da una difforme interpretazione, anche se plausibile, proprio perché questo risultato interpretativo non è "prevedibile" dall'agente. (S.U. Beschi n. 18288/10, S.U. Gallo n. 29556/14)

Dunque, sotto questo profilo, non è riscontrabile alcun ‘deficit sistemico’ del nostro ordinamento nel quale trova piena cittadinanza la ‘prevedibilità della decisione giudiziaria’, sia pure all’interno di parametri di giudizio che siano compatibili con il nostro ordinamento, saldamente ancorato al principio della riserva di legge e alla concezione tradizionale che attribuisce una

valenza meramente dichiarativa all'attività di interpretazione della giurisprudenza, volta esclusivamente ad enucleare il significato della norma. D'altra parte, secondo quanto ribadito dalla sentenza n. 236 del 2011 della Corte Costituzionale, la giurisprudenza europea va applicata con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi. Cosicchè sullo sfondo rimane nitida la diversa valenza che assume il principio della prevedibilità del risultato interpretativo della norma, cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, nella misura in cui contribuisce ad individuare i comportamenti penalmente rilevanti, negli stati di *civil law* dove non ha cittadinanza il vincolo al precedente, rispetto a quelli di *common law* dove invece, come è noto, detto vincolo è finalizzato a favorire la stabilizzazione giurisprudenziale.

5. Il binario morto della dicotomia 'Prevedibilità soggettiva/ oggettiva'

Sotto il diverso versante del paradigma valutativo della 'ragionevolezza' della prevedibilità della rilevanza penale di un fatto, emergono invece innegabili punti di frizione tra la sentenza Contrada e il nostro ordinamento, ben evidenziati dall'ordinanza di rimessione.

La Corte europea definisce il concorso esterno in associazione di tipo mafioso, il "*risultato di una evoluzione giurisprudenziale*" (paragrafo 74), individuando lo spartiacque della ragionevole prevedibilità, in un dato oggettivo, la sentenza Demitry del 1994, prima della quale "*il reato non era sufficientemente chiaro e prevedibile*".

L'ordinanza della sesta sezione, per questa ragione, non condivide la "*lettura",* della sentenza 'dell'Utri che, "*in chiave prettamente interna del dictum della Corte EDU*" ha ancorato "*la ragionevole prevedibilità della rilevanza penale di un fatto ad un profilo eminentemente soggettivo, anziché alla qualità della norma da valutarsi oggettivamente»,* e prospetta, in piena adesione alla impostazione della sentenza Contrada, la terza opzione interpretativa che porterebbe a reputare imprevedibile "*qualunque condanna per fatti commessi prima del 'consolidamento' della giurisprudenza sfavorevole al reo*".

Si ritiene che la contrapposizione tra prevedibilità in termini oggettivi delle conseguenze sanzionatorie della fattispecie, di matrice europea, e prevedibilità soggettiva ritagliata sulle qualità personali dell'imputato, sia collocata su un binario morto, almeno per tre ordini di argomenti.

In primo luogo, quella che si ritrova nella sentenza Contrada è una nozione di prevedibilità in senso oggettivo che non può ritenersi espressione di giurisprudenza consolidata. Al contrario, in alcune pronunce la Corte valorizza come indice di valutazione della prevedibilità i fisiologici mutamenti socioculturali, tali da giustificare la comune contezza della illiceità della condotta (i c.d. reati naturali, sent. 22/11/'95 S.W. contro Regno Unito), altre volte la tipologia dei destinatari della norma che rende il dubbio sulla liceità della condotta fonte di un dovere di astensione dall'azione o quantomeno di grande prudenza (sent. 1/9/16, X e Y contro Francia).

Tanto basterebbe a rendere la sentenza Contrada, sotto questo specifico motivo, priva della forza espansionistica rivendicata dai ricorrenti.

In secondo luogo, la trasposizione del sistema 'oggettivo' di misurazione della prevedibilità della decisione genererebbe inevitabili sofferenze del sistema interno in ordine, quanto meno, alla individuazione del momento in cui possa ritenersi raggiunta la soglia minima della prevedibilità della decisione giudiziaria che, nel caso in esame, è stata individuata dalla CoEDU nell'intervento delle Sezioni Unite. Nel nostro ordinamento, infatti, il Supremo Consesso della Corte di Cassazione non interviene all'improvviso determinando una portata applicativa del precetto del tutto inaspettata e spiazzando i destinatari delle norme in ordine alla loro interpretazione; al contrario, il suo ruolo è quello di presiedere alla "*graduale chiarificazione delle norme penali che contribuisce alla evoluzione del diritto penale*", per usare le parole della Corte di Strasburgo, concludendo un dibattito animatosi nelle Sezioni semplici con sentenze da tutti conoscibili. Inoltre, proprio la vicenda Contrada, caratterizzata da interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione successivi a quello del 1994, che hanno ridisegnato, in modo decisivo, i contorni della portata applicativa della fattispecie in esame (si pensi all'abbandono del requisito dello 'stato di fibrillazione' dell'associazione mafiosa), dimostra il rischio di una mobilità permanente di detta soglia della prevedibilità.

Per altro verso, non può non convenirsi con la sentenza 'Dell'Utri' per cui il concetto di 'prevedibilità delle conseguenze della propria condotta' e di 'conoscibilità del diritto vivente' ingloba un'insopprimibile dimensione soggettiva dei suoi parametri valutativi tanto che il nostro ordinamento, del tutto coerentemente, sul presupposto che il giudizio di prevedibilità riferito alle conseguenze penali della condotta, non può prescindere dall'elemento psicologico, colloca il rimedio avverso le decisioni giudiziarie imprevedibili sul polo dell'elemento soggettivo, riconoscendo rilevanza all'errore inevitabile dell'imputato sul precetto a norma dell'art. 5 c.p., come rivisitato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988 che, non si dimentichi, prende le mosse da una vicenda in cui l'imputato aveva ritenuto, in buona fede, sulla base della

giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato, di poter eseguire alcuni lavori senza licenza edilizia. Con il principio della 'ignoranza inevitabile' la Corte Costituzionale fornisce, evidentemente, una sponda al requisito della determinatezza della fattispecie penale, baluardo del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione, per cui se su un versante il legislatore deve rendere obiettivamente riconoscibile il perimetro del precetto normativo e l'ambito della sua portata applicativa, sull'altro, il giudice, nell'attività di adeguamento della norma al caso di specie, non può debordare dal limite della prevedibilità, in capo all'imputato, delle conseguenze criminose della sua condotta.

In conclusione, nel caso di specie, il principio di legalità convenzionale si innesta nel nostro ordinamento grazie all'art. 5 del c.p., come rivisitato dalla Corte Costituzionale, la cui giurisprudenza, in piena sintonia con quella della Suprema Corte di Cassazione. (S.U. Beschi n. 18288/10, S.U. Gallo n. 29556/14), garantisce equilibrio al sistema, salvaguardando la specificità della tradizione costituzionale e, al contempo, assicurando piena cittadinanza alla legalità convenzionale.

Soprattutto (terzo argomento), la questione della prevedibilità soggettiva/oggettiva non è rilevante poiché risulta disinnescata a monte dalla considerazione (connessa a quella immediatamente precedente sul ruolo delle Sezioni Unite) che, in un caso o nell'altro, il deficit di legalità accertato dalla CoEDU, nel caso Contrada, si basa su una lettura del nostro ordinamento che non corrisponde effettivamente al nostro 'diritto vivente'. Il processo di avvicinamento verso la individuazione del 'deficit sistemico', del 'difetto strutturale' dell'ordinamento si ferma, così, inesorabilmente dinanzi al vaglio della c,d, 'serialità delle violazioni'. Erroneamente, infatti, la Corte europea ha ricondotto ad una ipotesi di '*mutamento giurisprudenziale'* la vicenda Contrada che, invece, ha concretizzato non altro che una ipotesi di *'mutamento interpretativo'*, pienamente ammessa dalla stessa Convenzione poiché in piena sintonia con il principio consolidato della prevedibilità giudiziaria.

6. Mutamento interpretativo e mutamento giurisprudenziale

L' *actio finium regundorum* risulta inevitabile: il mutamento interpretativo rappresenta un significato possibile e prevedibile attribuito agli enunciati normativi in vigore al momento del fatto senza che possa ravvisarsi alcuna forma di violazione dell'art. 7 della Convenzione in

quanto escludere la legalità di una condanna nei casi di incertezza applicativa significherebbe impedire qualunque processo di concretizzazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative, in palese contraddizione con l'assunto fondamentale della stessa giurisprudenza europea secondo la quale alla produzione del diritto concorrono i due formanti legislativo e giurisprudenziale.

Anche sotto questo profilo è agevole registrare piena sintonia tra i principi consolidati di matrice europea e quelli interni che informano il 'mutamento interpretativo'. Quanto meno va evidenziato con nettezza che questi ultimi non sono nel mirino della sentenza Contrada.

Il dovere "*d'informazione e di attenzione*" sulla norma penale, rientra pacificamente nei parametri valutativi dell'atteggiamento psicologico dell'imputato per cui, non è consentito ritenere, a priori, che un'oscillazione della giurisprudenza giustifichi l'assenza di remora per il cittadino a porre in essere comportamenti che, anche secondo una sola parte della Suprema Corte, sono punibili: "*La colpevolezza prevista dagli artt. 42, 43, 47, 59 ecc. c.p. va, pertanto, arricchita, in attuazione dell'art. 27, primo e terzo comma, Cost., fino ad investire, prima ancora del momento della violazione della legge penale nell'ignoranza di quest'ultima, l'atteggiamento psicologico del reo di fronte ai doveri d'informazione o d'attenzione sulle norme penali, doveri che sono alla base della convivenza civile*" C.Cost.n. 364/88.

I Giudici di Strasburgo, d'altro canto, quando filtrano la vicenda giudiziaria di Contrada attraverso il setaccio del principio di legalità convenzionale, richiamano una casistica variegata in cui le specifiche vicende sono trasversalmente accomunate da una imprevedibile inversione di rotta della giurisprudenza, rispetto ad un errato orientamento precedente (c.d.*overruling* correttivo) che nulla ha in comune con il mero contrasto di giurisprudenza, sicchè nel mirino della Corte europea è la violazione del principio dell'affidamento ingenerato da una giurisprudenza costante poi smentita all'improvviso.

Pertanto, se la vicenda Contrada – in cui l'oscillazione della Corte di Cassazione ebbe ad oggetto la configurazione giuridica di tutte quelle condotte di contiguità alla mafia siciliana poste in essere da esponenti del mondo istituzionale e ricondotte sotto l'ombrello della fattispecie associativa attraverso l'applicazione del meccanismo estensivo, di parte generale, del concorso di persone – si fosse spiegata interamente nell'alveo del mutamento interpretativo, non vi sarebbe stata violazione del principio di legalità che, proprio così come interpretato dalla CoEDU, contrasta le sole ipotesi di giurisprudenza costante poi smentita all'improvviso da una retroattiva interpretazione normativa in *malam partem.*

Occorre, allora, rompere gli indugi ed entrare senza remore (finalmente) in *medias res* in quanto la risposta al quesito posto dalla sesta sezione passa attraverso una riflessione che consenta – attraverso la rivisitazione della giurisprudenza che ha preceduto la sentenza Dimitry del 1994 e che ha costituito il panorama entro il quale sono state poste in essere le condotte del Contrada come dei suoi fratelli minori – di rispondere alla domanda se la rilevanza penale della condotta del Contrada e dei suoi fratelli minori poteva ritenersi, o meno, incerta per via delle oscillanti, contraddittorie, ambigue ricostruzioni della giurisprudenza, in ordine al significato della lettera dell'art. 416 bis. c.p., se, cioè, la lettura del nostro ordinamento che la CoEDU ha effettuato nel caso di specie, corrisponde effettivamente al nostro 'diritto vivente' oppure, al contrario, se la Corte europea ha errato nella lettura del nostro ordinamento riconducendo un semplice mutamento interpretativo a un mutamento della legge applicabile.

7. Mutamento interpretativo e rispetto del principio di prevedibilità nella vicenda Contrada

7.1. Il presupposto da cui prende le mosse la sentenza della Corte EDU è costituito da "una sentenza di condanna pronunciata nei confronti del Contrada .. basata su una giurisprudenza consolidatasi in malam partem successivamente ai fatti ascritti.." (cfr ordinanza di rimessione). Come si è detto, questa affermazione necessita di una verifica funditus, per cui, dopo avere riavvolto sinteticamente il nastro, occorre verificare se sia possibile formulare ipotesi di qualificazione alternativa della condotta del Contrada (e, per quanto interessa in questa sede, dei suoi fratelli minori) che fossero, al momento della commissione dei fatti, ragionevolmente prevedibili rispetto a quella per cui è seguita la condanna

L'indagine, avente ad oggetto il panorama normativo ma anche giurisprudenziale coevo al decennio in cui sono stati commessi i fatti ascritti al Contrada (1979- 1988), appare, evidentemente, conseguenziale alla stessa pronuncia della CoEDU che si è fermata sulla soglia dell'affermazione del principio violato, limitandosi a ricostruire la cronologia dei diversi orientamenti giurisprudenziali nazionali senza valutare direttamente le disposizioni interne e il

loro ambito di applicazione, versante, quest'ultimo, che costituisce prerogativa del Giudice nazionale.

7.2. Per la CoEDU, dunque, Contrada "non poteva conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti"

Orbene, "*gli atti compiuti*" dal Contrada, non sono controversi e possono essere ricavati dalla sentenza di condanna secondo cui l'imputato contribuì "*all'attività ed alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata 'cosa nostra', in particolare fornendo ad esponenti della Commissione provinciale di Palermo notizie riservate riguardanti indagini e operazioni di polizia".*

Nonostante la questione della possibilità di applicare il meccanismo estensivo di cui all'art. 110 c.p. alle fattispecie plurisoggettive di associazione fosse sul tappeto sin dagli anni 70, la Corte europea concentra la sua attenzione su alcune sentenze della Cassazione che avrebbero " *contestato l'esistenza di un tale reato*": la sentenza Cillari, n. 8092 del 14/7/87, e quelle, successive, Agostani, n. 8864 del 27/6/89 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27/6/94.

Di queste, l'unica sentenza coeva ai fatti ascritti al Contrada è la sentenza Cillari che, per questa ragione, assume un peso specifico decisivo nell'economia dell'intera motivazione della sentenza della CoEDU, in quanto, evidentemente, le sentenze rappresentative della tesi negazionista intervenute in epoca successiva ai fatti commessi dal Contrada e dallo stesso Genco (sentenze 'Clementi' e 'Della Corte' rispettivamente di maggio e di giugno del 1994), non possono essere prese in considerazione.

La sentenza Cillari, però, a ben vedere, **"*contesta*" la fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa** non sul presupposto della irrilevanza penale della relativa condotta ma, più semplicemente, ritenendo che: "***La cosiddetta "partecipazione esterna****", che ai sensi dell'articolo 110 cod. pen. renderebbe responsabile colui che pur non essendo formalmente entrato a far parte di una consorteria mafiosa abbia tuttavia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi,* ***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."*

Secondo la sentenza, cioè, il parametro valutativo della 'partecipazione', elemento costitutivo della fattispecie associativa, è affidato solo al contributo causale e non può essere limitato dal dato formale dell'inserimento nella struttura organizzativa della compagine criminale. Pertanto la condotta di partecipazione – intesa nel senso di '*svolgimento di un ruolo*' all'interno dell'organizzazione e non di un mero ' *far parte*' dell'associazione che renderebbe logicamente incompatibile un contributo causale del concorrente – può essere anche quella dell'*extraneus,* di colui, cioè, che non sia formalmente inserito nell'organigramma associativo, a condizione che sia obiettivamente rilevante, sotto il profilo causale, ai fini del perseguimento degli scopi dell'associazione. Altri stralci delle sentenze rappresentative della tesi negazionista confermano questa traiettoria interpretativa: il concorrente "eventuale" « *non soltanto deve realizzare una condotta [...] o, quanto meno, deve contribuire con il suo comportamento alla realizzazione della medesima, ma pur anche deve agire con la volontaria consapevolezza che detta sua azione contribuisce all'ulteriore realizzazione degli scopi della societas sceleris:* ***il che, di tutta evidenza, non differisce dagli elementi – soggettivo ed oggettivo – caratterizzanti la "partecipazione***" » sez. I, 18 maggio 1994, n. 2348, Clementi.

Per converso, nelle sentenze rappresentative della tesi possibilista, in relazione alla condotta dell'*extraneus,* non è mai stato messo in discussione che è necessario **«** *che tale apporto, valutato ex ante, e in relazione alla dimensione lesiva del fatto ed alla complessità della fattispecie, sia idoneo se non al potenziamento almeno al consolidamento ed al mantenimento dell'organizzazione criminosa* **»** (Cass. pen., sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, Altivalle, *cit*.). Nella stessa pronuncia i Supremi Giudici hanno sottolineato che « *il concorso non sussiste quando il contributo è dato ai singoli associati, ovvero ha ad oggetto specifiche imprese criminose e l'agente persegua fini suoi propri, in una posizione di assoluta indifferenza rispetto alle finalità proprie dell'associazione* ».

Evidentemente, i due diversi approcci culturali alla questione dell'ammissibilità del concorso di persone ex art. 110 c.p. per le fattispecie associative hanno generato un confronto all'interno della giurisprudenza (per altro animatosi solo in epoca successiva a quella della commissione dei fatti da parte del Contrada) in cui, però, la condotta causalmente orientata al perseguimento degli scopi associativi, non è mai stata collocata al di fuori dell' alternativa, di pari trattamento sanzionatorio, partecipazione/ concorso esterno.

7.3. Pertanto, rispetto alla giurisprudenza rappresentata dalla sentenza Cillari, l'orientamento opposto che, riconoscendo cittadinanza nel nostro ordinamento al concorso esterno in associazione mafiosa, ha costituito,

con la sentenza Demitry del 1994, il punto di approdo della elaborazione giurisprudenziale, non può definirsi 'in malam partem' (se non in senso lato). Anzi, dopo l'abbrivio della sentenza Demitry, la giurisprudenza delle Sezioni Unite, proseguendo l'elaborazione garantista del concorso esterno, al fine di scongiurare possibili approcci 'morbidi' alla valutazione dell'apporto causale del contributo, cui, in astratto, potrebbe prestarsi lo schema concorsuale, ha richiesto una verifica con giudizio ex post della efficacia causale della condotta del concorrente, secondo il modello della condicio sine qua non adottato dalla sentenza Franzese per i reati colposi ad evento naturalistico (Sez. U. Mannino, n. 33784/05)

Insomma, se lo schema giuridico del concorso esterno in reato associativo – che pure si affacciava, all'epoca dei fatti in esame, nel panorama del diritto giurisprudenziale vivente, anche grazie a pronunce di merito di particolare portata come quella del c.d. maxiprocesso dell'8/11/1985, Abbate Giovanni + 706 – è stato ritenuto non sufficientemente chiaro e prevedibile per Contrada, non rimane che incanalare "*gli atti compiuti*" dal Contrada nell'unica categoria giuridica alternativa possibile che è quella della partecipazione associativa piena. Lo stato d'incertezza generato dalla giurisprudenza e censurato dalla CoEDU atteneva alla collocazione delle condotte di contiguità alla mafia siciliana all'interno o all'esterno del perimetro della partecipazione e non, certo, alla loro riconducibilità nell'ambito della categoria della fattispecie associativa.

La lettura di altri stralci della motivazione della sentenza rappresentativa della tesi negazionista, la sentenza Cillari della prima sezione della Cassazione, sopra indicata, ne fornisce una formidabile conferma.

A pg. 7 della sentenza, infatti, la Prima sezione, ritiene "*irrilevante ai fini della decisione*" la fondatezza della censura mossa dai ricorrenti alla sentenza della Corte di Appello in punto di ammissibilità del "*concorso eventuale nella realizzazione del reato de quo*". "*Cio che ha rilevanza*" prosegue la Corte, "*è che il contributo cosciente apportato dal singolo si innesti nella struttura dell'associazione ed in vista del perseguimento della sua finalità, divenuta così, causa comune (civilisticamente intesa) dell'agire suo e dell'ente*".

In altri termini la prima sezione esclude la possibilità (invocata dai ricorrenti) di veicolare le condotte contestate verso il reato di favoreggiamento, per il sol fatto che la Corte di Appello aveva erroneamente ipotizzato il concorso esterno. Sicchè, prosegue la Corte, "*si impone l'esame ..della posizione di ciascun ricorrente*", all'esito della quale il Giudice di legittimità perviene alla sua decisione di annullare con rinvio la sentenza della Corte di Appello, con riferimento ad alcuni dei ricorrenti, non perché le loro condotte erano state sussunte nella fattispecie concorsuale ma perchè difettava "*il contributo cosciente*"

7.4. Non solo allora, rimane impraticabile la via, mai ipotizzata da alcuna pronuncia della Cassazione, della irrilevanza penale delle condotte di Contrada come di coloro che sono stati condannati per concorso in associazione mafiosa, prima del 1994 (deve condividersi sul punto la sentenza Dell'Utri), ma anche l'alternativa di una qualificazione giuridica, in termini di favoreggiamento personale o, comunque, in termini diversi da quelli associativi

Il punto è cruciale: configurare per il 'fratello minore' Genco, ma anche per lo stesso Contrada, la fattispecie del favoreggiamento, significherebbe, infatti, rimettere in gioco l'accertamento in concerto dei fatti – definitivamente cristallizzato dalle sentenze della Cassazione che definirono la vicenda processuale della cognizione – con una inconcepibile oltre che inammissibile rivisitazione delle condotte, involgendo un ambito della questione che rimane estraneo a questo giudizio come a quello della Cedu.

I Giudici interni nel caso Contrada come nel caso Genco avevano escluso, *cognita causa,* la configurabilità del reato di favoreggiamento personale con una valutazione in concreto della vicenda che, nel caso Contrada, non poteva essere (e non è stata) messa in discussione dalla CoEDU. Così come la dinamica degli eventi ascritti al Contrada, ha indotto il Giudice interno ad escludere che "*gli atti compiuti*" dal Contrada, finalizzati "*alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa denominata 'cosa nostra'*", fossero di natura saltuaria od episodica o comunque avessero caratteristiche tali da poter retrocedere verso la categoria del favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p., allo stesso modo per Genco le condotte di " *agevolazione di affari illeciti in favore di personaggi mafiosi*" hanno indotto i Giudici della cognizione ad escludere che fossero configurabili fattispecie diverse da quella associativa.

In altri termini, **deve escludersi che la sentenza Demitry abbia eroso l'ambito applicativo della fattispecie del favoreggiamento personale o di altre fattispecie limitrofe a vantaggio della fattispecie di concorso esterno, collocando alcune condotte che in precedenza erano qualificate diversamente, nel cono proiettivo della fattispecie concorsuale. Deve escludersi, cioè, che prima della sentenza Demitry vi fosse un dubbio interpretativo in ordine al contenuto negativo del contributo causale del partecipe come del concorrente esterno, in quanto in entrambi gli orientamenti rivisitati dalla sentenza Demitry, non sono mai state messe in discussione le condotte esterne al perimetro dell'area di punibilità della fattispecie associativa (contributo dato per la commissione dei singoli delitti scopo o alle persone dei singoli associati, fenomeni di fiancheggiamento verso uno o più associati per motivi individuali e non per arrecare un contributo alla vita del consorzio criminale, ecc.) né il fine della tesi possibilista, condivisa dalle Sezioni Unite, è mai stato quello di introdurre all'interno di questo perimetro dette condotte.**

Pertanto deve concludersi che l'operato dei Giudici interni ha determinato un assetto interpretativo della norma pienamente prevedibile o, quanto meno, non ha prodotto alcun effetto pregiudizievole per il Contrada come per Genco come per gli altri fratelli minori per i quali, alla luce delle considerazioni svolte, se non esistevano le condizioni per ritenere prevedibile che la loro condotta fosse qualificata in termini di concorso esterno, certamente esistevano le condizioni per ritenere prevedibile una decisione giudiziaria di condanna per il reato di partecipazione in reato associativo mafioso, condanna che, rispetto a quella subita, non avrebbe avuto connotazioni meno afflittive.

Conclusioni: rigetto del ricorso.