

L'EFFICACIA DELLE DECISIONI DELLA CORTE EDU IN MATERIA PENALE DOPO LA SENTENZA *CONTRADA* *



Giuseppe Amarelli

SOMMARIO 1. La controversa validità *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo in materia penale dopo la sentenza *Contrada c. Italia* 2015. — 2. La recente limitazione delle Sezioni unite *Genco* 2020 alle sole sentenze ‘pilota’, ‘sistemiche’ e ‘consolidate’. — 3. La possibile interpretazione alternativa dell’art. 46 CEDU a favore dell’efficacia *ultra partes* del giudicato europeo a prescindere dal tipo di sentenza adottata. — 4. Gli specifici limiti dell’orientamento delle S.u.: l’estraneità della *Contrada* alle sentenze ‘pilota’ e ‘sistemiche’. — 5. (*Segue*): il contrasto con il diritto consolidato europeo. — 6. L’argomento più solido: l’imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole. — 7. Verso un nuovo intervento della Corte EDU? — 8. Gli scenari possibili.

1. La controversa validità *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo in materia penale dopo la sentenza *Contrada c. Italia* 2015

Il problema della pena, a cui Lucio Monaco ha dedicato pagine fondamentali nel suo bellissimo lavoro del 1984¹, si arricchisce nell’incessante divenire giuridico di sempre nuovi aspetti.

Tra questi, uno dei più complessi e stimolanti è oggi rappresentato dalla possibilità di interrompere l’esecuzione di sanzioni penali irrogate in via definitiva per fatti analoghi a quelli per i quali la Corte EDU abbia condannato l’Italia per violazione del principio di legalità convenzionale *ex art. 7 CEDU*.

Ci si interroga sul fatto se una pena considerata ‘illegale’ nella prospettiva di Strasburgo, perché irrogata per un fatto che secondo la legge (*recte*: il diritto) del tempo non era previsto chiaramente come reato, possa essere eseguita ancora nei confronti di tutti coloro i quali si trovino in situazioni identiche al ricorrente vittorioso, ma non abbiano adito la Corte europea.

Si discute, cioè, se quella pena possa (*recte*: debba) essere rimossa dal giudice dell’esecuzione per evitare cortocircuiti interni al sistema penale implicanti patenti

* Il testo è destinato agli *Scritti in onore di Lucio Monaco*.

¹ L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

violazioni dei principi di ragionevolezza-proporzionalità e rieducazione che, teoricamente, secondo gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. della nostra Carta fondamentale, dovrebbero sempre connotare ogni sanzione penale.

Com'è noto, dopo la sentenza della Corte EDU Contrada c. Italia del 14 aprile 2015² con cui è stata sancita l'estensione al diritto penale giurisprudenziale della garanzia della legalità penale convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, *sub specie* irretroattività e accessibilità-prevedibilità, escludendo la configurabilità del reato di concorso esterno per fatti commessi prima del 1994, anno in cui si è "definito" il suo statuto di tipicità con la sentenza delle Sezioni unite Demitry³, è sorto un vivace dibattito sulla sua possibile efficacia *ultra decisum* e sulla sua eventuale estensione ai casi analoghi non giudicati a Strasburgo a causa del mancato esperimento del ricorso da parte dell'interessato e già definiti da sentenze passate in giudicato⁴.

A breve distanza dal deposito delle motivazioni, infatti, si è subito animato in ambito nazionale un contrasto interpretativo tra un orientamento favorevole all'estensione della sentenza Contrada ai c.d. fratelli minori e, quindi, alla travolgibilità di giudicati di condanna relativi a fatti di concorso esterno commessi *ante* 1994⁵, ed uno diametralmente opposto che, sulla base di argomenti eterogenei (talvolta, facendo leva su di un'interpretazione soggettiva del principio di prevedibilità, talaltra escludendo a monte la penetrabilità nel nostro ordinamento incentrato sul principio di legalità formale di arresti della Corte EDU riferiti al diritto penale giurisprudenziale).

² Sul punto cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in «DPP», 2015, 1061 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, ivi, 1022 ss.; D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in «DPC», n. 2/2015, 46 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in «RIDPP», 2016, 347 ss.; G. FORNASARI, *Un altro passo nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, a cura di AA.VV., ESI, 2017, 447 ss.

³ In argomento, *ex multis*, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, 2019; nonché, sia consentito, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, Dike, 2017.

⁴ Da ultimo, per un'ampia ricostruzione di tale complessa tematica, cfr. G. GRASSO-F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in «IP», 2020, 42 ss.

⁵ In tal senso l'ordinanza da cui è scaturita la decisione Genco, Cass., Sez. VI, 22 marzo 2019, n. 21767, in «DPC», 13 giugno 2019, con nota di S. BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di "fratelli minori": rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*. In precedenza, seppur limitatamente alle sole sentenze pilota, Cass, Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 46067, Scandurra, e 2 marzo 2017, n. 21635, Barbieri.

ziale⁶), negava tale efficacia *erga omnes* alla decisione di Strasburgo, reputando, altresì, intangibili le situazioni simili già definite con sentenze definitive.

Per dirimere tale discrasia ermeneutica, la Sesta sezione ha avvertito la necessità di richiedere l'intervento della Suprema Corte nella sua più autorevole composizione con una ordinanza di rimessione particolarmente ricca e articolata, compendiata nel quesito se la decisione della Corte EDU 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”.

2. La recente limitazione delle Sezioni unite *Genco* 2020 alle sole sentenze ‘pilota’, ‘sistemiche’ e ‘consolidate

La sentenza ‘*Genco*’ delle Sezioni unite 2020 ha fornito a tale interrogativo una risposta di netta chiusura, per un verso, frustrando le aspettative nutrite da quei condannati che versano in condizioni analoghe al Contrada e, per altro verso, segnando una più generale battuta d’arresto nel processo di interazione virtuosa tra il diritto convenzionale giurisprudenziale ed il diritto penale nazionale⁷.

Per la Corte molteplici argomenti depongono contro l’estensibilità dei principi di diritto enunciati dalla sentenza Contrada ai c.d. fratelli minori condannati ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. per comportamenti di fiancheggiamento mafioso tenuti in epoca antecedente alla pronuncia delle S.u. Demitry.

Innanzitutto, ad avviso dei giudici di legittimità non sussiste un obbligo per gli Stati parte di conformazione generalizzata al giudicato europeo desumibile dall’art. 46, par. 1, CEDU dal momento che questa disposizione li impegnerebbe unicamente al rispetto della sentenza definitiva nei confronti del singolo ricorrente vittorioso.

⁶ Così, rispettivamente, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, Dell’Utri, e Cass., Sez. I, 12 gennaio 2018, n. 8661, *Esti*. Per una ricostruzione completa della giurisprudenza v. l’ordinanza di rimessione prima citata.

⁷ Sez. un., 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, in «GI», 2020, 1756 ss., con un commento di G. AMARELLI, *Le Sezioni unite negano efficacia erga alios alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo?* Sul punto cfr. R. BARTOLI, *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, in «DPP», 2020, 1 ss. dell’estratto; D. CARDAMONE, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla non estensibilità degli effetti della sentenza della Corte EDU Contrada c. Italia del 14 aprile 2015 ai casi simili*, in «QG», 27 maggio 2020; M.S. MORI, *I “Fratelli minori” di Contrada e le possibili conseguenze nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in www.giustiziainsieme.it, 12 giugno 2020.

Ciò significa che per i casi simili a quello *Contrada* non giudicati a Strasburgo non può esistere alcun diritto alla “estensione” dei principî enunciati in quella sede.

Più precisamente, per le Sezioni unite deve essere operato un distinguo sull’incidenza *erga alios* del giudicato europeo secondo le cadenze elaborate dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015.

Le uniche decisioni dotate di efficacia vincolante *ultra decisum* e capaci di imporre ai giudici nazionali un obbligo indeterminato di adeguamento sono quindi: le sentenze pilota adottate ai sensi dell’art. 61, 1° comma, del Regolamento CEDU; le sentenze che esprimono un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza della stessa Corte; le sentenze che segnalano l’esistenza di un problema sistemico o strutturale all’interno di una Parte contraente, ai sensi del 9° comma del medesimo art. 61. Esclusivamente quando si segua la procedura formale prevista per le sentenze pilota e siano indicate in modo tassativo ed esplicito le misure generali o individuali per rimuovere il difetto evidenziato, oppure quando si ribadisca un principio già sedimentato nella giurisprudenza convenzionale, o si segnali un difetto strutturale o sistemico dell’ordinamento nazionale, è possibile “pretendere” l’adeguamento di quest’ultimo alle statuizioni di Strasburgo anche in casi diversi da quello del ricorrente vittorioso.

Siccome per i giudici di legittimità la sentenza *Contrada* non rientra in alcuna di queste tre sottocategorie di provvedimenti decisori (pilota, “sistemici” o “consolidati”), non può essere estesa ai c.d. fratelli minori.

In primo luogo, la pronuncia del 2015 non può essere ascritta alla prima *species*, in quanto priva della veste giuridica formale di una sentenza pilota; non rispettosa della procedura prevista per la sua adozione; mancante dell’indicazione esplicita delle misure individuali e generali che lo Stato deve adottare per rimuovere la violazione.

In secondo luogo, la sentenza *Contrada* non può essere ricondotta neanche nella seconda categoria, quella delle sentenze c.d. “sistemiche”, poiché non rileva un difetto strutturale del diritto nazionale in materia di concorso esterno, non riscontrando sul piano contenutistico una violazione di carattere generale del principio di prevedibilità. “Al contrario, si sviluppa mediante l’esame del caso specifico ed analizza l’imputazione elevata al ricorrente nel processo celebrato a suo carico, la linea difensiva adottata, le risposte giudiziarie ottenute ed i relativi percorsi giustificativi”, esprimendo un “giudizio finale di violazione dell’art. 7 CEDU in termini strettamente individuali” (par. 5).

In ultima istanza, la *Contrada* non è riconducibile neanche nella terza tipologia

di sentenze, quelle espressive di un diritto consolidato, non inserendosi in un filone interpretativo uniforme, costantemente rintracciabile in pronunce di analogo tenore argomentativo e dispositivo.

Tale conclusione sarebbe poi confortata da diversi elementi.

In primis, dal fatto che manchino ulteriori decisioni di accoglimento di ricorsi proposti a Strasburgo da soggetti condannati per concorso esterno a causa della carente prevedibilità della natura di illecito penale delle condotte compiute e della pena per esse irrogate.

Secondariamente, dal fatto che essa fornisca un'interpretazione del principio di prevedibilità in termini oggettivi, quando, invece, nella giurisprudenza convenzionale ne prevale una soggettiva, o quanto meno mista; anzi, a ben vedere, anche la stessa sentenza *Contrada* parlerebbe di imprevedibilità non solo da un punto di vista oggettivo – guardando alla chiarezza della base legale del concorso esterno – ma anche da quello soggettivo del singolo reo, tenendo cioè conto “dell’andamento del processo di cognizione, delle difese articolate e dei contenuti motivazionali delle decisioni susseguitesì” (par. 5.2).

Infine, perché ravvisa una violazione del principio di prevedibilità in presenza di un mero contrasto interpretativo sulla configurabilità del concorso esterno rispetto a condotte di contiguità mafiosa, quando, invece, nell’orientamento prevalente europeo, un simile *vulnus* viene riscontrato solo al cospetto della ben diversa situazione del c.d. *overruling* sfavorevole, vale a dire di un mutamento giurisprudenziale assolutamente imprevedibile che rende penalmente rilevante un fatto pacificamente non considerato tale al momento della commissione. La sentenza *Demitry* del 1994 a cui fa riferimento la *Contrada*, infatti, “si presenta, non come un mutamento normativo, ma quale mera evoluzione nell’interpretazione della disposizione di legge vigente, coerente con l’essenza della fattispecie tipizzata dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p., possibile e conoscibile in anticipo, oltre che consentita dalla Convenzione nel significato attribuito dalla Corte EDU, che ha sanzionato sino ad ora soltanto gli interventi decisori dei giudici nazionali dissonanti rispetto ai precedenti costanti orientamenti, sia per il loro contenuto radicalmente innovativo, sia per gli effetti peggiorativi per l’imputato” (par. 6.3).

Ad abundantiam, le S.u. ricordano di aver più volte specificato, sia in ambito penale che civile, che l’unico *overruling* considerato come non ragionevolmente prevedibile in base alle indicazioni convenzionali è quello “di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni”; non

anche quello in cui “la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l’esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall’indirizzo maggioritario”.

Inoltre, nel caso Genco cui si riferisce la sentenza, la condanna a titolo di concorso esterno per le condotte di collateralismo mafioso era ancor meno imprevedibile rispetto alla vicenda Contrada, essendosi queste protratte fino al 1994 quando “il dibattito tra gli interpreti aveva già ben delineato la fattispecie del concorso esterno poi ravvisata a suo carico” (par. 6.2).

Infine, a chiusura del ragionamento, la Corte regolatrice invoca il principio di inevitabilità dell’errore così come già definito nel sistema penale italiano a partire dalla sentenza n. 364/1988 sull’art. 5 c.p., ritenendo che, nel caso di specie, non sarebbe possibile scriminare il condannato neanche invocando la regola “interna” della ignoranza inevitabile della norma penale, dal momento che questa presuppone la “previa esistenza di una posizione giurisprudenziale pacifica che abbia indotto nell’agente la ragionevole conclusione della correttezza della propria condotta”, non potendo essere applicata in presenza di orientamenti interpretativi difformi, dal momento che lo stato di incertezza dovrebbe imporre al soggetto dall’astenersi dall’agire.

Come a voler dire che, anche facendo leva sul principio di prevedibilità già conosciuto dal diritto nazionale da oltre trent’anni, non residuerebbero spazi per giungere ad una conclusione diversa da quella adottata sulla base degli argomenti “europei”.

3. La possibile interpretazione alternativa dell’art. 46 CEDU a favore dell’efficacia *ultra decisum* del giudicato europeo a prescindere dal tipo di sentenza adottata

Nonostante lo sforzo esplicativo profuso dalla decisione delle S.u. nella densa e nodosa parte motiva, i cardini su cui questa si basa prestano il fianco a talune riserve critiche.

In primo luogo, non è incontrovertibile l’interpretazione restrittiva ed “individualizzante” del principio dell’obbligo di conformazione degli Stati alle decisioni di Strasburgo di cui all’art. 46, par. 1, CEDU, che ne circoscrive la portata nei confronti del solo ricorrente vittorioso.

In realtà, la disposizione in parola può essere passibile di una differente lettura, limitandosi a enunciare per le Parti contraenti il dovere di adeguarsi alla statuizione

della Corte EDU nelle “controversie di cui sono parti”⁸. Se, quindi, una sentenza accerta una violazione di un diritto del singolo ricorrente convenzionalmente riconosciuto dovuta a ragioni oggettivo-strutturali della base legale – come sono per l'appunto quelle dell'applicazione retroattiva ed imprevedibile di una norma penale – lo Stato deve applicarla in forza dell'art. 46 CEDU nei confronti di tutti i casi analoghi⁹. Com'è stato rilevato, “quando a cadere sotto la scure del giudice di Strasburgo sono il precetto e/o la sanzione penale e la loro prevedibilità/accessibilità, e quindi un vizio sistemico e intrinseco della normativa interna, sembra difficile affermare che la sentenza della Corte EDU non possa avere effetti al di là del caso concreto”¹⁰. Peraltro, di recente, la sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU G.I.E.M. c. Italia del 2018, nella opinione a margine di uno dei suoi giudici, ha evidenziato che “la Convenzione obbliga gli Stati non soltanto a far rispettare, conformemente all'articolo 46 della Convenzione, il carattere vincolante di una sentenza della Corte nei confronti delle parti della controversia, ma anche a impedire che una violazione constatata in una sentenza sia ripetuta nei confronti di terzi”¹¹.

In secondo luogo, non pare convincente neanche il vero fulcro della decisione, vale a dire la negazione dell'efficacia *erga alios* della sentenza Contrada in ragione della sua estraneità alle *species* “rafforzate” delle sentenze pilota, “sistemiche” e “consolidate”.

Diversamente da quanto ritenuto dalla nostra Consulta con la menzionata sentenza n. 49/2015 a cui le S.u. prestano ossequioso rispetto, la Corte di Strasburgo in tempi ben più recenti, e con l'evidente intento proprio di “dialogare” con il giudice delle leggi italiano, con la sentenza G.I.E.M. del 2018 ha inteso ribadire – anche per evitare una paradossale introduzione di “controlimiti diffusi” alla penetrazione del diritto convenzionale, attivabili discrezionalmente dai singoli giudici nazionali – che non esistono distinzioni possibili tra le sue pronunce in termini di efficacia per gli

⁸ In argomento, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, 2020, 160 ss.; A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, 2019, 97 ss.; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Giuffrè, 2018, 70; A. PAGLIANO, *Gli effetti della giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, 2018; ID., *I fratelli minori e l'applicazione conforme delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «AP», 2019, 1 ss., spec. 24 ss. A favore di un'interpretazione estensiva dell'art. 46 CEDU v. F. VIGANÒ, *L'impatto della CEDU e dei suoi Protocolli sul sistema penale italiano*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, a cura di, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, 22 ss.

⁹ In questo senso si era espressa la Corte nella citata sentenza Dell'Utri.

¹⁰ G. GRASSO-F. GIUFFRIDA, *Gli effetti*, cit., 105.

¹¹ Così par. 72 dell'opinione del Giudice Pinto de Albuquerque.

Stati parte, avendo tutte “lo stesso valore giuridico”, non potendo “il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa [...] dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate”¹².

A sembrare “lapidaria e non corredata da nessun rilievo esplicativo”, allora, non è tanto – come asseriscono le Sezioni unite – questa motivata affermazione della Corte EDU funzionale a garantire una armonizzazione tra diritto nazionale e diritto convenzionale, quanto il tentativo di confutarla sostenendo che la patrocinata soluzione contraria non eluda l’obbligo indifferenziato di dare piena attuazione agli arresti di Strasburgo, ma serva solo ad introdurre un criterio prudenziale per consentire alle corti nazionali di distaccarsi da orientamenti non corretti e ancora suscettibili di mutamento.

Un passaggio così rilevante, che segna un distacco brusco dalle indicazioni ultime della Corte EDU nella sua più autorevole composizione, avrebbe meritato ben altra attenzione, dal momento che è il “filtro” che consente alle S.u. di entrare nel merito della sentenza *Contrada* e di escluderne l’efficacia *erga omnes* in ragione delle sue caratteristiche formali e sostanziali.

4. Gli specifici limiti dell’orientamento delle S.u.: l’estraneità della *Contrada* alle sentenze ‘pilota’ e ‘sistemiche’

Comunque, in attesa di un chiarimento da parte di Strasburgo (che, a quanto pare, non tarderà ad arrivare essendo già giunta al suo vaglio la vicenda Inzerillo), anche a voler ritenere corretta tale cruciale differenziazione (la cui caducazione farebbe crollare tutto il successivo ragionamento della Corte), le perplessità non si diradano del tutto.

In primo luogo, non pare pienamente convincente l’invocazione, quale fattore dirimente per negare l’efficacia *erga alios* della *Contrada*, della sua estraneità alla *species* delle sentenze pilota.

Queste, infatti, fin dalla loro “emersione” nel diritto giurisprudenziale della Corte EDU con la sentenza *Broniowski c. Polonia* del 22 giugno 2004, sembrano assolvere a funzioni che potremmo definire “endo-processuali europee” di decongestionamento del carico di lavoro oramai smisurato dei giudici di Strasburgo in presenza di violazioni sistemiche di principi convenzionali derivanti da una medesima norma interna, e di

¹² Corte EDU, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l. et al. c. Italia*.

accelerazione del processo di recepimento del giudicato europeo nell'ordinamento nazionale, fissando le misure da adottare (sovente entro un termine preciso) per rimuovere il difetto strutturale attentamente evidenziato. Le sentenze pilota, cioè, servono a rendere più certi e pronti i modi ed i tempi per riallineare il diritto interno ai *decisa* di Strasburgo e a non ingolfare la Corte con cause seriali, ma non incidono sul piano sostanziale dei rapporti tra i due ordinamenti, mettendo in discussione, *ex adverso*, l'efficacia generale delle altre tipologie di pronunciamenti europei.

Affermare, dunque, che la *Contrada* non possa estendersi ai casi simili perché non è una sentenza pilota prova troppo.

Ancor meno persuasiva è l'esclusione operata dalle S.u. della *Contrada* dal novero delle sentenze c.d. sistemiche (esclusione ribadita apoditticamente anche nella *Comunicazione al Comitato dei Ministri del Governo italiano* del 12 aprile 2018¹³), dal momento che, a ben vedere, essa ruotando su una violazione dell'art. 7 CEDU ha svelato un difetto oggettivo di formulazione legal-giurisprudenziale del delitto di concorso esterno e, quindi, come ogni decisione di natura dichiarativa-accertativa di un *deficit* di tipicità/determinatezza di una norma incriminatrice nella sua dimensione generale ed astratta, ha evidenziato un problema di carattere strutturale destinato ad incidere in modo identico su tutti i casi simili.

5. (*Segue*): il contrasto con il diritto consolidato europeo

Più complesso è il giudizio sul terzo tipo di conclusione della Corte di legittimità, quello della non riconducibilità della decisione *Contrada* alla categoria delle sentenze "consolidate".

Sembra invero improprio a tal fine l'iniziale riferimento alla natura di *leading case* di questa pronuncia ed alla assenza di altre decisioni adottate o pendenti di analogo tenore, dal momento che, in realtà, il principio in essa affermato è ricorrente in altri arresti della Corte EDU, seppure in casi diversi dal concorso esterno che ne costituisce solo una delle tante possibili applicazioni.

Non appare ugualmente decisivo neanche il secondo ragionamento svolto dalla Corte per sostenere l'estraneità della *Contrada* al novero delle decisioni consolidate: l'insolita lettura da questa operata del principio di prevedibilità in un'accezione oggettiva. Seppure nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si ravvisavano, anche

¹³ La relazione sullo stato d'esecuzione della sentenza *Contrada* c. Italia (n. 3) è consultabile in www.hudoc.exec.coe.int.

all'epoca, pronunce che interpretavano il principio in parola in chiave soggettiva, non si può dire che queste costituissero l'orientamento prevalente rispetto al quale la sentenza Contrada si è posta in termini eccentrici. A favore della interpretazione oggettiva e più ampia del principio di prevedibilità si era pronunciata poco prima la *Grande Chambre* nella sentenza Del Rio Prada del 2013 in cui la condanna della Spagna era dipesa dalla totale assenza sul piano del *case law* di precedenti conformi alla decisione sfavorevole e non dalla situazione soggettiva del ricorrente, ragion per cui sarebbe stata contraria al diritto consolidato esattamente l'ipotesi opposta, ovvero quella di una presa di posizione a favore di una prevedibilità soggettiva o mista¹⁴.

Inoltre, diversamente da quanto sembra sostenere la Corte, la sentenza Contrada non pareva lasciare alcun margine di apprezzamento in ordine all'interpretazione del concetto di prevedibilità in una prospettiva anche soggettiva, affermandone in modo esplicito la natura oggettiva. Non solo nel par. 64 si precisava che compito della Corte era “di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso” e quindi di spiegare “se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale”. Ma soprattutto, nel successivo par. 72, si affermava che “il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidata nel 1994 con la sentenza Demitry. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), [...] non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo”.

Nessun cenno era contenuto al versante soggettivo del reo, né alle personali conoscenze “superiori” del ricorrente al momento della commissione del fatto, né, tanto meno, alla sua condotta processuale e alla deduzione nei gradi di giudizio precedenti della violazione dei principî di irretroattività e di prevedibilità e della diversa e più mite qualificazione giuridica dei fatti ascrittigli¹⁵. L'unico accenno alla calcolabilità personale delle conseguenze giuridico-penali della condotta (“prevedibile per quest'ultimo”) non solo ne segnalava la connessione con la libertà di autodetermina-

¹⁴ Sulle accezioni della prevedibilità nella giurisprudenza della Corte EDU v. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in «DPC Trim», 4/2017, 128 ss.

¹⁵ In termini critici nei confronti della prevedibilità soggettiva S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Contrada*, in www.sistemapenale.it, 11 marzo 2020.

zione individuale del reo al *tempus commissi delicti*¹⁶, ma serviva solamente a limitare cronologicamente la portata della pronuncia ai fatti anteriori al 1994. Al contrario, e correttamente, in quella sentenza si censura una violazione del principio di legalità convenzionale ex art. 7 CEDU che attiene al piano oggettivo, generale ed astratto della chiarezza ed accessibilità della fonte dell'illecito penale – sia essa legislativa o giurisprudenziale – vigente all'epoca della commissione del fatto.

A tale riguardo sia consentito un ulteriore rilievo.

Anche a voler concedere che la prevedibilità debba esser intesa in un'accezione mista, non sarebbe stato possibile escluderne la violazione nel caso in esame, in ragione delle competenze del ricorrente e del fatto che la sua condotta di fiancheggiamento mafioso si fosse dipanata fino al 1994. In primo luogo, Genco aveva un bagaglio di conoscenze personali della legislazione antimafia sicuramente inferiore al Contrada, capo della squadra mobile impegnata proprio nel contrasto a tale forma di criminalità. In secondo luogo, a nulla vale il fatto che la condotta fosse stata tenuta fino a pochi mesi prima delle S.u. Demitry, dal momento che la Corte EDU individua come spartiacque in materia di concorso esterno proprio questa decisione, per cui tutti i fatti precedentemente commessi godono delle medesime garanzie convenzionali dell'irretroattività e della prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU, risultando preventivabile, anche per i consulenti della difesa, una condanna per tale reato solo per i comportamenti analoghi successivi.

6. L'argomento più solido: l'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole

L'unico rilievo che appare persuasivo – sempre laddove si ammetta che si possa differenziare tra sentenze efficaci *uti singuli* ed *erga omnes* – è il terzo motivo individuato dalle Sezioni unite per non considerare la *Contrada* una sentenza “consolidata”: l'aver affermato, contrariamente al diritto europeo prevalente, una lesione del principio di prevedibilità in presenza di un mero e fisiologico contrasto giurisprudenziale sincronico, piuttosto che di un *overruling* improvviso, oggettivamente ed assolutamente imprevedibile.

L'estensione delle garanzie della prevedibilità e della irretroattività al diritto penale giurisprudenziale può avvenire solo quando ci si trovi al cospetto di una deci-

¹⁶ Di recente, questa lettura della prevedibilità è stata ripresa da Cass., 24 aprile 2018, n. 37857, in materia di accesso abusivo al sistema informatico.

sione *in malam partem* che, inaspettatamente, ribalti un sedimentato indirizzo favorevole del diritto interno circa l'irrilevanza penale di un certo comportamento o, al massimo, la sua rilevanza a diverso e meno grave titolo, come ad esempio nell'ipotesi in cui intervenga oggi nel nostro ordinamento una sentenza delle S.u. che, confutando la precedente decisione del 2012 e la granitica giurisprudenza successiva, affermi la rilevanza penale del c.d. uso di gruppo degli stupefacenti¹⁷. In tutti gli altri casi, si può ritenere che una discrasia ermeneutica – anche se prolungata nel tempo¹⁸ – non sia mai in grado di formare nei consociati un legittimo affidamento circa la liceità di una loro condotta, ma, al massimo, possa alimentare una speranza processuale o uno stato di incertezza che non conducono a considerare imprevedibile l'eventuale sentenza di condanna adottata sulla scorta dell'orientamento interpretativo più rigoroso. Un conflitto interpretativo in materia di contiguità mafiosa tra indirizzi quasi tutti tesi a riconoscere all'imputato la qualifica di concorrente esterno o, peggio ancora, di partecipe associativo, non rende ragionevolmente imprevedibile e assurdamente retroattiva la decisione delle S.u. 1994 di aderire al primo orientamento, "creando" un nuovo tipo delittuoso di concorso esterno più garantista di quello ricavabile dalla base legale impiegata, *i.e.* il combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.¹⁹. Come affermato di recente dalla stessa Cassazione in altre decisioni coeve in materia di accesso abusivo a sistema informatico e di pene accessorie della bancarotta, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale è situazione che esclude l'imprevedibilità e l'operatività retroattiva della decisione giudiziale che adotti la soluzione minoritaria, più rigorosa e risalente nel tempo²⁰.

7. Verso un nuovo intervento della Corte EDU?

Alla luce di quanto detto, gli scenari che al momento sembrano prospettarsi sono strettamente connessi alla decisione che adotterà Strasburgo quando (presumibilmente a breve) si pronuncerà in materia nel caso Dell'Utri pendente dal 2015 e in quello Genco da ultimo presentato, ma soprattutto in quello Inzerillo che lo scorso

¹⁷ G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in «RIDPP», 2018, 1406 ss.

¹⁸ *Contra* M. DONINI, *Il caso Contrada*, cit., par. 9, che ammette l'estensione delle garanzie della prevedibilità e dell'irretroattività ai contrasti giurisprudenziali prolungati.

¹⁹ Non è questa la sede per soffermarsi sull'effettiva portata creativa della giurisprudenza in materia di concorso esterno, sul punto v. per tutti i lavori già citati di MAIELLO e DONINI.

²⁰ Cass., Sez. V, 9 novembre 2018, n. 8541; Cass., Sez. V, 4 marzo 2019, n. 31970.

ottobre 2020 ha superato il vaglio di ammissibilità ed è stato ritenuto rivedibile da Strasburgo.

Nonostante il diniego già espresso in passato all'istanza formulata nel 2015 dal Governo italiano di rimessione alla *Grande Chambre* della questione Contrada e l'attuale qualificazione da parte del Comitato dei Ministri come “sorveglianza standard” dello “stato di esecuzione” di quella sentenza in Italia²¹, si può ugualmente auspicare che, in ragione della pluralità di ricorsi di analogo contenuto nel frattempo pervenuti e della complessità e rilevanza delle questioni in gioco, la Corte possa mutare idea, decidendo di pronunciarsi sulla retroattività/prevedibilità del concorso esterno nella sua più autorevole composizione, magari con una sentenza pilota. Anche perché i ripensamenti di Strasburgo non sono più tanto infrequenti, come hanno dimostrato le note vicende del *ne bis in idem* e della confisca senza condanna, in ordine alle quali le prime decisioni della Corte EDU hanno subito un drastico ridimensionamento per mano delle successive all'esito di un proficuo dialogo con le Corti italiane.

È appena il caso di rilevare che, in futuro, situazioni del genere potranno essere più agevolmente risolte se e quando il Protocollo n. 16 alla CEDU sarà ratificato dal nostro paese e diventerà possibile per le Corti nazionali di ultima istanza richiedere alla Corte EDU pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU o dai suoi protocolli.

8. Gli scenari possibili

La prima possibilità che si prefigura è rappresentata da un rigetto dei ricorsi europei per ragioni di carattere procedurale o attinenti ad aspetti peculiari delle vicende dei singoli ricorrenti.

In questo caso nulla cambierebbe per i “fratelli minori”, perché, in assenza di chiarimenti da parte di Strasburgo, i giudici nazionali non potrebbero far altro che conformarsi alla decisione delle S.u. 2020, tenuto conto anche della sua “stabilizzazione rafforzata” conseguente alla riforma del 2017 dell'art. 618, c. 1 *bis*, c.p.p. Per un futuro *overruling* di un precedente arresto della massima Corte nella sua più autorevole composizione, infatti, è oggi necessario che la sezione della corte che intenda discostarsene rimetta nuovamente la decisione alle Sezioni unite.

Ad analoghi esiti sfavorevoli si perverrebbe anche nell'ipotesi in cui la Corte

²¹ In tal senso, la scheda sull'Italia del Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU del 17 dicembre 2019, in <https://rm.coe.int/16807097c1>.

EDU decidesse di pronunciarsi nel merito e di ripensare le proprie precedenti statuizioni di *G.I.E.M.* e *Contrada* chiarendo, rispettivamente, che il giudice nazionale può discostarsi dal diritto non consolidato europeo e che il principio di prevedibilità si riferisce al diritto giurisprudenziale solo in caso di *overruling* assolutamente non preventivabili.

In entrambe le situazioni, l'unica alternativa percorribile per offrire una copertura alle istanze di ricomposizione dei diritti individuali dei "fratelli minori" e per rispettare i menzionati principî di ragionevolezza e rieducazione della pena (essendo stata scartata già dalle S.u. l'invocabilità dell'errore scusabile *ex art. 5 c.p.*) sarebbe quella indicata da una parte della dottrina della adozione di un provvedimento di clemenza collettiva ai sensi dell'art. 79 Cost., in particolare di un'amnistia c.d. giustizia nella sua forma di strumento di "correzione del diritto"²².

Lo scenario, invece, muterebbe completamente se la Corte EDU decidesse di pronunciarsi nel merito delle sentenze *Contrada* e *G.I.E.M.*, ma ribadendone i principî di diritto. Una volta, infatti, riaffermata l'imprevedibilità oggettiva del reato di concorso esterno per un "problema strutturale" e l'efficacia vincolante di qualsiasi decisione della Corte EDU, per i giudici nazionali (come asserisce anche la stessa *Comunicazione* prima richiamata p. 9) l'estensione della *Contrada* ai casi simili già coperti dal giudicato sembrerebbe alternativa praticamente obbligata.

A quel punto, deporrebbero in tal senso anche i principî del diritto interno in materia di pena, dal momento che l'esecuzione di sanzioni irrogate nei confronti dei "fratelli minori" per un fatto omogeneo non considerato chiaramente reato dal "diritto" del tempo in cui è stato commesso, a causa di un *deficit* di tipicità e determinatezza della base legale del reato di concorso esterno, potrebbe essere reputata in contrasto con il combinato disposto degli artt. 3 e 27, 3° comma, Cost. e con la funzione di prevenzione integratrice della pena da questi scolpita.

In una simile eventualità residuerebbe unicamente il dubbio sul rimedio da esperire tra la proposizione di una questione di legittimità costituzionale ed il travolgimento del giudicato da parte del giudice ordinario tramite la revisione europea o l'incidente di esecuzione.

La sentenza *Genco*, pur senza prendere posizione apertamente su tale aspetto, sembra implicitamente accogliere la prima opzione, ritenendo la revisione europea di cui all'art. 630 c.p.p. – anche in ragione della ampiezza di questa disposizione

²² V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, in E. MEZZETTI-L. LUPARIA, a cura di, *La legislazione antimafia*, Zanichelli, 2020, 70 ss.

normativa non limitata solo al diretto interessato – lo strumento da impiegare per procedere all'adeguamento al *dictum* della Corte EDU delle situazioni già giudicate²³. Essendo scaturita proprio da una istanza di revisione europea, si evince implicitamente che se questa fosse stata considerata infondata le S.u. l'avrebbero affrontata in via preliminare.

Una parte della dottrina ritiene, però, che il rimedio preferibile in questa circostanza, trattandosi di violazione del diritto sostanziale e, quindi, bisognevole solo di un giudizio ricognitivo e non di una rinnovazione del giudizio, sia costituito dall'incidente di esecuzione²⁴, in quanto la revisione europea dovrebbe essere riservata alle ipotesi di violazioni processuali in cui è indispensabile una rinnovazione dell'istruttoria. A favore di tale opzione militano il fatto che, in questo caso, sarebbero integrati tutti i presupposti richiesti dalle Sezioni Unite Ercolano per proporre un incidente di esecuzione "europeo", ravvisandosi: l'identità della situazione con quella del ricorrente vittorioso, *i.e.* una condanna per un fatto che al momento della commissione non trovava disciplina in una norma sufficientemente chiara e prevedibile; l'esistenza di un vizio strutturale della normativa interna sostanziale; la necessità di una valutazione meramente ricognitiva per l'accoglimento della richiesta; l'irrelevanza della riapertura del processo, riguardando la decisione di Strasburgo un vizio intrinseco del titolo criminoso non sanabile da alcuna attività di rielaborazione probatoria; la possibilità di praticare un'interpretazione convenzionalmente orientata della normativa interna²⁵.

In attesa di capire come si orienterà Strasburgo, le certezze al momento sono solamente due.

La prima è che la *querelle* sulla retroattività/prevedibilità del reato di concorso esterno è tutt'altro che conclusa, non essendo da escludere un ripensamento sul punto da parte dei giudici europei.

La seconda è che la diatriba più generale che sta sullo sfondo, relativa alla efficacia *ultra alios* delle decisioni in materia penale della Corte EDU, merita di trovare quanto prima una risposta chiara ed univoca, in modo da fissare una volta per tutte se e a quali condizioni il giudicato europeo convenzionale possa estendersi a casi analoghi e, magari, anche da rendere più agevole per il ricorrente vittorioso la sua esecuzione.

²³ In tal senso S. BERNARDI, *Le Sezioni unite*, cit.

²⁴ G. GRASSO-F. GIUFFRIDA, *Gli effetti*, cit., 102.

²⁵ V. MAIELLO, *op. ult. loc. cit.*

ne, essendo inaccettabile che, come nel caso Contrada, decorrano quasi cinque anni per la liquidazione effettiva delle somme di equa soddisfazione *ex art.* 41 CEDU.

In ogni caso, considerando le asimmetrie ancora esistenti tra la giurisprudenza nazionale e quella di Strasburgo su tali argomenti, l'impressione che si ha, oggi, quando si approccia al rapporto tra il diritto convenzionale giurisprudenziale ed il diritto penale interno, è molto simile al senso di straniamento e disorientamento che suscitano le suggestive – ma osticissime – pagine de *Le città invisibili* di Calvino.

Se, però, nella letteratura il superamento di una prospettiva lineare e realistica costituisce uno straordinario stimolo per l'intelletto dei lettori, nel diritto penale l'assenza di certezze apre un *vulnus* insostenibile per la libertà personale dei consociati.