



**PROCURA GENERALE presso
la Corte di Cassazione**

R.G. 50628/16

II PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti relativi al ricorso proposto nell'interesse di ***** avverso l'ordinanza n. 466/16 del 24/10/16, con cui la Corte di Appello di Palermo dichiarava inammissibile l'istanza di revoca della sentenza n. 623 emessa dalla Corte di Appello di Palermo il 25/2/06;

OSSERVA

1. Premessa.

Con sentenza della Corte di Appello di Palermo del 25 febbraio 2006, divenuta irrevocabile l'8 gennaio 2008, ***** è stato condannato alla pena di anni dieci di reclusione per il reato di cui agli artt. 110, 416 bis c.p., (c.d. concorso esterno in associazione mafiosa), per fatti compiuti tra il 1979 e il 1988.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, al cui esame è stata sottoposta la vicenda, con sentenza del 14 aprile 2015 (*affaire ***** 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 ***** violasse il principio della 'prevedibilità della decisione giudiziaria', principio strettamente collegato con quello di legalità. Per questa ragione la CoEDU ha condannato lo Stato Italiano per violazione dell'art. 7 della Convenzione Europea, al versamento di 10.000 euro a favore del ricorrente; la richiesta, poi, del Governo italiano che l'*affaire* fosse rinviato alla Grande Camera, a norma dell'art. 43 della Convenzione, è stata rigettata il 14 settembre 2015.

2. L'oggetto del ricorso.

L'odierna impugnazione riviene da un ricorso, dichiarato inammissibile dalla Corte distrettuale, con cui, in applicazione dell'art. 46 CEDU, si chiedeva, in via principale la revoca ex art. 673 c.p.p. della predetta sentenza n. 623/06 ed, in subordine, la rimessione alla Corte Costituzionale

della questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p., con riferimento agli artt. 117 e 25 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'ipotesi della revoca della sentenza di condanna in un caso come quello in discussione.

Secondo il ricorrente il giudicato europeo pone il Giudice interno dinanzi all'obbligo, previsto, per gli Stati contraenti, dall'art. 46 della Convenzione europea, di conformarsi alle sentenze definitive della CoEDU per le controversie in cui sono parte, rimuovendo tutte le conseguenze pregiudizievoli per la vittima. Tale obbligo, che potrebbe essere soddisfatto "*solo mediante la rimozione della condanna pronunciata in sede domestica*", sarebbe stato eluso dalla pronuncia di inammissibilità impugnata.

Orbene, prima di valutare la fondatezza del provvedimento impugnato, occorre nei limiti consentiti dall'economia del caso in esame, svolgere alcune riflessioni preliminari.

In primo luogo, al fine di dare un volto definito al 'diritto violato' dell'*affaire* *****, occorre enucleare il principio giuridico enunciato dalla Corte europea, isolandolo dagli aspetti rimasti impregiudicati come la qualificazione giuridica dei fatti addebitati al ***** e, ancor più, il loro accertamento giudiziale.

Poi occorre valutare se, come ritiene il Giudice a quo, tra tutti, la 'revisione europea' costituisca effettivamente il percorso più appropriato, in rapporto alla specificità del caso, per confrontarsi con il *dictum* della sentenza *****.

La Corte europea, infatti, non fornisce alcuna indicazione per la reintegrazione, in concreto, del diritto violato, nonostante la casistica della sua giurisprudenza registri ultimamente interventi sempre più incisivi della Corte che molto spesso, all'accertamento della violazione denunciata e alla condanna dello Stato contraente al pagamento di un indennizzo, affianca la indicazione dei rimedi da adottare nel caso concreto per rimuovere gli effetti pregiudizievoli ed assicurare il ripristino del diritto leso. In numerose occasioni, per esempio, dopo avere accertato una violazione avvenuta in un processo penale, la Corte europea ha individuato nella riapertura del processo lo strumento più adatto per dare esecuzione alla sua sentenza; in altre la Corte si è spinta oltre fino ad indicare un difetto strutturale del sistema normativo interno e ad ordinare allo Stato contraente di prevedere un rimedio di carattere generale, come è avvenuto con la sentenza Sejdóc 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 in esame, al contrario, non presenta prescrizioni ulteriori rispetto alla mera condanna al pagamento

dell'indennizzo e, significativamente, come si vedrà, è priva anche di semplici indicazioni in ordine ai rimedi da adottare nel caso concreto.

3. La prevedibilità della decisione giudiziaria.

3.1 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 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, sicché 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.

Tale principio non costituisce, certo, una novità nel panorama della giurisprudenza europea (ed anche italiana, come più avanti si vedrà) e sembra attagliarsi particolarmente al caso di specie in cui la Corte definisce il concorso esterno in associazione di tipo mafioso, il "*risultato di una evoluzione giurisprudenziale*" (paragrafo 74), individuando lo spartiacque della ragionevole prevedibilità, nella sentenza Demitry del 1994, prima della quale "*il reato non era sufficientemente chiaro e prevedibile*".

3.2 Il concetto della 'prevedibilità della decisione giudiziaria', tuttavia, deve essere collocato 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.

Ed infatti, sotto diversa angolazione, la Corte Costituzionale ha ribadito che il principio di legalità convenzionale rimane meno pregnante di quello di cui all'art. 25 della Costituzione italiana proprio perché, come interpretato dai Giudici di Strasburgo, prescinde dalla riserva di

legge che nel nostro ordinamento individua nel Parlamento l'unico organo legittimato a legiferare nella materia penale (C.Cost. n. 230/12).

Pertanto, 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, assume valenza diversa 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.

La trasposizione del principio di legalità convenzionale nel nostro ordinamento, genera, allora, inevitabili sofferenze del sistema 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 *****, 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.

Sulla base di queste premesse, 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 sulla norma penale (art. 5 c.p., come rivisitato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988).

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.

3.3 Quanto alla possibilità di applicare il principio di irretroattività di cui all'art. 2 c.p.e quello, ricavato per inferenza logica, della retroattività della legge più mite, al mutamento giurisprudenziale, la questione si pone su un terreno già arato dalla Corte Costituzionale e dal Supremo Consesso della Corte di Cassazione.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 230 del 2012, ha tenuto ben salda la distinzione fra mutamento legislativo e mutamento d'indirizzo giurisprudenziale ed ha escluso la possibilità di estendere il procedimento della revoca del giudicato *in executivis*, previsto dall'art. 673 c.p.p. per i casi di *abolitio criminis*, all'ipotesi di *overruling* favorevole, che ricorre quando, il nuovo orientamento giurisprudenziale, emendando quello precedente, finisce per escludere il fatto, per il quale è già intervenuta la condanna, dalla portata applicativa di una norma penale. La Corte Costituzionale, ricordando che le pronunce della giurisprudenza penale non hanno effetti vincolanti nei confronti dei giudici chiamati ad occuparsi di fattispecie analoghe e che è assolutamente fisiologico che il precedente giurisprudenziale, compreso quello costituito da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, possa essere contraddetto da una decisione successiva, ha affermato che il mutamento di indirizzo giurisprudenziale non è equiparabile, agli effetti dell'art. 2 c.p., ad uno *ius superveniens*, anche in considerazione del rischio al quale sarebbe esposto il principio della sicurezza giuridica se, per garantire la parità di trattamento, si prevedesse la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori contrastanti con il nuovo indirizzo.

3.4. D'altra parte, non può disconoscersi 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 e, per questa ragione, la giurisprudenza di legittimità è ormai da tempo sempre più impegnata a riconoscere il rilievo del principio di legalità convenzionale all'interno del nostro ordinamento. In particolare le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, anche dopo la cauta sentenza, sopra richiamata, della Corte Costituzionale n. 230 del 2012, hanno ribadito i principi della sentenza Beschi n. 18288/10, secondo cui 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., Gallo n. 29556/14).

Orbene, queste pronunce delle Sezioni Unite, che richiamano espressamente il principio di legalità convenzionale, si collocano, a tutti gli effetti, nel solco tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88 che ha ridisegnato la portata applicativa dell'art. 5 c.p. e 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.

Inoltre, sarebbe metodologicamente viziata una contrapposizione tra prevedibilità in termini oggettivi, di matrice europea, della fattispecie e delle sue conseguenze sanzionatorie e prevedibilità soggettiva ritagliata sulle qualità personali dell'imputato. Infatti, il concetto di 'prevedibilità delle conseguenze della propria condotta' e di 'conoscibilità del diritto vivente' ingloba un'insopprimibile dimensione soggettiva dei suoi parametri valutativi che non viene disconosciuta neppure dalla stessa CoEDU nella sentenza *****. La possibilità di recepire significato e perimetro applicativo della norma non è cristallizzata ma è diversificata a seconda delle peculiarità soggettive di ciascuno dei suoi destinatari e si realizza "*se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver fatto ricorso a consulenti illuminati*" (paragrafo 79 della sentenza).

In conclusione, il principio di legalità convenzionale, allo stato, 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, garantisce, in tal modo, equilibrio al sistema, salvaguardando la specificità della tradizione costituzionale e, al contempo, assicurando piena cittadinanza alla legalità convenzionale.

3.5 Queste considerazioni si attagliano viepiù al caso ***** che, rispetto alle paventate ipotesi di retroattività in *malam partem* della interpretazione normativa della giurisprudenza, presenta un significativo elemento di diversità.

I Giudici di Strasburgo, infatti, filtrano la vicenda giudiziaria di ***** attraverso il setaccio del principio di legalità convenzionale, richiamando una casistica variegata in cui le specifiche vicende sono trasversalmente accomunate dalla imprevedibile inversione di rotta della giurisprudenza, rispetto ad un errato orientamento precedente (c.d. *overruling* correttivo). Nel caso ***** , invece, la carenza di prevedibilità del precetto scaturisce dal c.d. *overruling* evolutivo, di minore impatto rispetto all'altro, poiché caratterizzato non da un'inversione di rotta della giurisprudenza ma da un contrasto giurisprudenziale, al momento del fatto, poi risoltosi (come si vedrà) a vantaggio della soluzione più favorevole per il condannato. Infatti, 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.

Deve, pertanto, concludersi che, diversamente dal c.d. *overruling* correttivo, nei casi di *overruling* evolutivo, il dovere “*d'informazione e di attenzione*” sulla norma penale rientra a pieno titolo nei parametri valutativi dell'atteggiamento psicologico dell'imputato (C.Cost.n. 364/88). Infatti un'oscillazione della giurisprudenza non giustifica l'assenza di remora, per il cittadino, a porre in essere comportamenti che, anche secondo una sola parte della Suprema Corte, sono punibili.

4. Le conseguenze della violazione accertata dalla CoEDU.

4.1 Secondo la CoEDU, ***** “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 ***** , non sono controversi in questa sede di revisione 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*”.

Occorre allora valutare, in prima battuta, se sia oggi possibile formulare ipotesi di qualificazione alternativa della sua condotta che, al contrario di quella per cui è seguita la condanna, fossero da lui ragionevolmente prevedibili al momento della commissione dei fatti, oppure concludere, in linea con la tesi del ricorrente, che si trattò di comportamento penalmente irrilevante.

Questo aspetto che implica la rievocazione del panorama normativo ma anche giurisprudenziale coevo al decennio in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979- 1988), è stato saltato a piè pari dal ricorrente che ritiene di poterne prescindere in vista di un intervento del giudice dell'esecuzione di mera rimozione della sentenza di condanna. Invece, detta indagine appare, evidentemente, conseguenziale alla stessa pronuncia della CoEDU che si è fermata sulla soglia dell'affermazione del principio violato senza spingersi oltre, dati i limiti strutturali del giudizio convenzionale.

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 ricorrente è la sentenza Cillari che, per questa ragione, assume un peso specifico rilevante nell'economia dell'intera motivazione della sentenza della CoEDU. La sentenza Cillari, però, *“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 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.

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 *****) 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.

Pertanto, rispetto alla giurisprudenza più rigorosa 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, può, senz'altro essere definito in *bonam partem*. 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).

In conclusione, 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 *****, non rimane che incanalare "gli atti compiuti" dal ***** nell'unica categoria giuridica alternativa possibile che è quella della partecipazione associativa piena. Lo stato d'incertezza generato dalla giurisprudenza e censurato dalla CoEDU ateneva 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.

Rimane, pertanto, impraticabile la via, invocata dal ricorrente e mai ipotizzata da alcuna pronuncia della Cassazione, della irrilevanza penale delle suddette condotte.

Allo stesso modo deve escludersi l'alternativa, prospettata dal ***** nel corso del giudizio interno, di una qualificazione giuridica della sua condotta in termini di favoreggiamento

personale o, comunque, diversi da quelli di associazione di stampo mafioso. Infatti, ricondurre la condotta del ***** alla fattispecie del favoreggiamento, significherebbe rimettere in gioco l'accertamento in concerto dei fatti -definitivamente cristallizzato dalla sentenza della Cassazione- involgendo un ambito della questione che rimane estraneo a questo giudizio.

I Giudici interni avevano escluso, *cognita causa*, la configurabilità del reato di favoreggiamento personale con una valutazione in concreto della vicenda che non poteva essere (e non è stata) messa in discussione dalla CoEDU. Proprio la dinamica degli eventi ascritti al *****, ha indotto il Giudice interno ad escludere che “*gli atti compiuti*” dal ***** 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.. Si tratta di un aspetto del problema affrontato *apertis verbis* dalla sentenza della Corte di Cassazione che ha definito la vicenda processuale di *****, che non può tornare in gioco se non a condizione di una inconcepibile oltre che inammissibile rivisitazione del fatto.

Pertanto, se il compito del giudice interno è quello di dare un volto definito agli effetti lesivi della violazione accertata dai Giudici di Strasburgo, con azione trasparente e scevra da intenti elusivi o persecutori verso la vittima, deve convenirsi che l'operato dei Giudici palermitani non ha prodotto alcun effetto pregiudizievole per il ***** per il quale, alla luce delle considerazioni svolte che sono inscritte nella scia della decisione della CoEDU, se non esistevano le condizioni per ritenere prevedibile che la sua 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.

5. L'art. 46 della Convenzione europea e gli strumenti processuali per eseguire le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

5.1 La varietà delle decisioni della Corte europea comporta, specularmente, l'onere, cui si fanno carico la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale, di reperire gli strumenti processuali che consentano al Giudice di eseguirle nell'ordinamento interno, intervenendo sul processo o sulla sentenza senza che possa ritenersi di ostacolo, in questo senso, l'effetto preclusivo del giudicato. Le tipologie dei casi portati all'esame della Corte europea è tale da rendere ardua, ma non per questo meno necessaria, l'elaborazione di linee direttrici interne tendenti a garantire uniformità.

Per stabilire se, nel nostro caso, il procedimento di esecuzione, invocato dal ricorrente, costituisca o meno lo strumento più idoneo per eseguire la sentenza della Corte europea in esame, non può prescindersi da una breve ricognizione degli strumenti processuali interni utilizzabili a tal fine. Nella evoluzione storica della giurisprudenza, lo spartiacque è senz'altro costituito dalla introduzione dello strumento della 'revisione europea': con sentenza additiva n. 113 del 2011 la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza al fine di conseguire la riapertura del processo, quando sia necessario ai sensi dell'art. 46 della Convenzione europea. Trattasi, si badi, non di un ulteriore caso di revisione rispetto a quelli già elencati in tale articolo, ma di un istituto autonomo e destinato a recepire i contenuti delle sentenze della CEDU, mediante la riapertura del processo e, se del caso, la rinnovazione integrale del giudizio.

5.2 Prima del 2011 non può esservi dubbio che i due strumenti privilegiati per recepire il *decisum* della Corte europea fossero quello del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all'art. 625 bis c.p.p. e quello dell'incidente di esecuzione. Si assisteva ad un'applicazione analogica se non addirittura forzata dell'art. 625 bis c.p.p. come documenta, per esempio, il caso Drassich, in cui era stato lo stesso giudizio di Cassazione a formare oggetto della cognizione della Corte europea secondo la quale il Giudice di legittimità, qualificando giuridicamente il fatto, *ex officio*, in modo diverso e più grave, aveva impedito, alla difesa, il contraddittorio sulla diversa imputazione. Il vizio riscontrato dalla CoEDU non dipendeva certo dalla violazione di una regola processuale interna, potendo – sino ad allora- il Giudice operare una diversa qualificazione giuridica del fatto senza la necessità di alcuna previa interlocuzione con la difesa, ma scaturiva dalla più stringente concezione del diritto al contraddittorio dell'imputato secondo le norme CEDU. La Suprema Corte (Sez. 6 n. 45807/08, Drassich) introdusse l'errore censurato dalla CEDU nel novero degli errori rimediabili con il ricorso straordinario, assimilando agli errori di fatto contenuti nei provvedimenti della Suprema Corte, le violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del Giudizio di legittimità e scaturite non da preclusioni processuali addebitabili al ricorrente ma dal (cattivo) governo del processo da parte del Giudice. Vale la pena considerare, però, che oggi il caso Drassich sarebbe stato agevolmente ricondotto nel contenitore della 'revisione europea', trattandosi di una violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo (art. 6 della Convenzione europea), destinata ad essere rimossa con la riapertura del processo.

Lo stesso caso Scoppola in cui la CEDU aveva prescritto di sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta al condannato, con quella di trenta anni di reclusione ed in cui non vi era la necessità di un nuovo giudizio di merito, anch'esso risolto con il procedimento di cui all'art. 625 bis c.p.p., dimostra come, nel corso del tempo, quello del ricorso straordinario per errore di fatto, sia stato un rimedio utilizzato in via privilegiata dalla Suprema Corte.

D'altra parte l'incidente di esecuzione, considerando che l'adeguamento interno alla sentenza europea incide inevitabilmente su un giudizio interno ormai definitivo, costituiva, soprattutto (ma non solo) nei casi di violazioni sostanziali, l'alternativa preferita e, anche su questo versante, si è assistito ad una interpretazione estensiva dell'art. 670 c.p.p., utilizzato al fine di dichiarare ineseguibile il titolo esecutivo per violazioni constatate dalla CEDU (emblematico il noto caso Dorigo).

5.3 La materia, in assenza di uno specifico intervento legislativo, rimane ancora caratterizzata da cospicue zone d'ombra, ma ultimamente la Suprema Corte, con le due sentenze

'Dell'Utri'(Sez V n. 28676/16 e Sez. I n. 3080/16) richiamate nel ricorso, nel valutare la posizione di Dell'Utri - che, pur sprovvisto di una specifica pronuncia della CoEDU, aveva chiesto l'estensione degli effetti della decisione *****, per essere stato anch'egli condannato per lo stesso reato, per fatti commessi prima della sentenza Demitry - è intervenuta con argomenti che non possono non essere rievocati in questa sede.

Le due sentenze Dell'Utri, infatti, si sono occupate espressamente della vicenda ***** - sia pure per evidenziarne le differenze rispetto al caso Dell'Utri - e del problema dell'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della CEDU, sotto lo specifico profilo dello strumento giuridico interno più idoneo allo scopo di porre rimedio alla violazione riscontrata, ma sono pervenute a conclusioni che, come rileva il ricorrente, non appaiono in linea.

La V Sezione, ha escluso la possibilità di applicare, pure in via analogica, l'istituto (invocato dal ricorrente Dell'Utri) del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all'art.

625 bis c.p.p.. L'assenza di alcuna 'fuorviata rappresentazione percettiva' (la definizione dell'errore di fatto è delle Sezioni Unite, sent. n. 18651/15) nella sentenza di legittimità impugnata e le differenze rispetto al caso Drassich che pure, come sopra si è ricordato, è stato risolto con l'applicazione per analogia del ricorso straordinario di cui all'art. 625 bis c.p.p., hanno indotto la V Sezione a cercare la soluzione del caso Dell'Utri - accomunato, sotto questo specifico profilo, al caso ***** - in altra direzione ed in particolare in quella dell'incidente

di esecuzione. Il passaggio motivazionale di particolare pregnanza è il seguente: occorre “*rimuovere il giudicato in relazione ad una precisa qualificazione giuridica dei fatti, ritenuti non penalmente rilevanti in quanto non sufficientemente specifici in considerazione dell’epoca della loro commissione*”. D’altra parte la V sezione ha motivato la sua opzione per l’incidente di esecuzione rilevando un’affinità tra il caso ***** ed il caso Scoppola il quale ultimo, anche, non necessitava di alcuna attività processuale ulteriore, trattandosi unicamente di incidere sul titolo esecutivo. In quel caso, la Suprema Corte, adita ex art. 625 c.p.p., aveva provveduto direttamente, per ragioni di economia processuale, a dare attuazione al giudicato della CEDU (revocando la pena iniqua dell’ergastolo e sostituendola con quella di anni trenta di reclusione), ma aveva espressamente individuato il rimedio esperibile, nell’incidente di esecuzione. Non va comunque sottaciuto che all’esito della sua disamina, la V Sezione non ha escluso la strada della ‘revisione europea’, prospettata, per la verità, quasi *per incidens*, come possibile soluzione alternativa a quella dell’incidente di esecuzione.

5.4 La sentenza della V sezione, pur proiettata a confutare la tesi del ricorrente che aveva invocato la strada del ricorso straordinario di cui all’art. 625 bis c.p.p., indica, dunque, nel giudizio di esecuzione la sede per risolvere il problema posto dalla sentenza *****.

Come è noto il giudizio di esecuzione è oggi al centro di un dibattito giurisprudenziale e dottrinario animato da due visioni contrapposte che, naturalmente, in questa sede non è possibile approfondire. Certo la sentenza si pone nel cono proiettivo della giurisprudenza che oggi attribuisce al giudice dell’esecuzione un ruolo potenziato di tutore della legalità nella misura in cui la stabilità del giudicato è recessiva rispetto all’esigenza di garantire i diritti fondamentali, anche quando si tratti elidere gli effetti del giudicato reputato ingiusto dalla Corte europea.

Il principio, però, deve fare i conti con gli strumenti operativi a disposizione del Giudice dell’esecuzione ed è presumibile che avendone finalizzato l’intervento a ‘*rimuovere il giudicato*’, la V Sezione abbia inteso riferirsi alla procedura di cui all’art. 673 c.p.p.. Sennonchè la evidente impossibilità di applicare direttamente o analogicamente al caso di specie l’art. 673 c.p.p., riservato espressamente ai casi, specificamente individuati, della abrogazione e della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, porrebbe, in tal caso l’art. 673 c.p.p. in odore di incostituzionalità. La strada, indicata dallo stesso ricorrente, però, appare priva di sbocco. La Corte Costituzionale (sentenza n. 230/12 richiamata in precedenza), infatti, dopo avere escluso che il c.d. *overruling* favorevole possa travolgere il giudicato al pari di un’*abolitio*

criminis, non tornerebbe, certo, sui suoi passi, con riferimento ad una ipotesi di minore impatto come quella di un contrasto, nel seno della giurisprudenza, relativo alla portata applicativa di un precetto.

D'altra parte, stando alla casistica giurisprudenziale, il giudizio di esecuzione non appare compatibile con la specificità del caso in esame, in cui non si tratta di rideterminare il trattamento sanzionatorio inflitto al condannato per renderlo conforme alla pronuncia della Corte europea, e neanche, come sostiene il ricorrente, di intervenire sul titolo esecutivo, senza alcun tipo di valutazione discrezionale. Il profilo della prevedibilità delle conseguenze del comportamento, infatti, non coincide con la percezione dell'antigiuridicità della condotta del condannato, ma - come è stato rilevato, in modo del tutto condivisibile, dalla suddetta sentenza Dell'Utri n. 3080/16 della I sezione della Suprema Corte - riguarda il diverso versante della precisa qualificazione giuridica da attribuire alla condotta pacificamente antigiuridica. Prova ne sia il fatto che la CoEDU, nella sentenza *****, non registra la violazione del primo periodo del primo comma dell'art. 7 della Convenzione ma del secondo periodo che equipara la prevedibilità della responsabilità alla prevedibilità della misura della pena.

Sulla base di queste premesse, evidentemente, la rimozione del giudicato *tou court* non appare il rimedio più idoneo in quanto, per fare luce sul detto profilo della prevedibilità della decisione giudiziaria, occorre tornare ad occuparsi della vicenda processuale del ricorrente passando in rassegna le qualificazioni giuridiche diverse da quella del concorso esterno in associazione mafiosa, e, specularmente, le alternative sanzionatorie che il ***** riteneva prevedibili, in luogo del trattamento ricevuto.

5.5 Contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, la suddetta pronuncia della Sez. I, Dell'Utri, offre una chiave di lettura senz'altro condivisibile.

Nella ricerca dello strumento processuale più idoneo allo scopo, la sentenza sbarra l'accesso verso l'incidente di esecuzione rimarcando che, dopo l'introduzione, nel 2011, della revisione europea, non è più possibile continuare a collocare l'art. 670 c.p.p. al di fuori della sua massima portata interpretativa, come è stato fatto in passato per l'assenza di strumenti alternativi. Infatti deve escludersi che il giudizio di esecuzione possa costituire "*il luogo flessibile in cui scaricare ogni questione correlata alla esistenza di vizi e violazioni in tesi verificatesi in cognizione*" in quanto al ruolo imprescindibile del giudicato di garantire certezza e stabilità alle relazioni giuridiche, corrisponde la natura eccezionale delle esigenze di "*rivisitazione*" della decisione

irrevocabile, comunque affidate a norme ben identificate e di stretta interpretazione. La sentenza conclude la sua disamina, sul punto, ritenendo che la revisione europea costituisca “*il principale canale di adeguamento dell’ordinamento interno ai contenuti delle decisioni emesse dalla CoEDU,*” e che il procedimento di esecuzione conservi il suo spazio nei casi in cui non è necessaria la riapertura del processo di cognizione ma occorre, più semplicemente, incidere sul titolo esecutivo (si pensi, per es. alla esigenza, presa in considerazione dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 210/13, di “*sostituire la pena irrogata con quella conforme alla CoEDU e già precisamente determinata nella misura della legge*”).

5.6 La revisione europea, dunque, non può essere limitata alle ipotesi di violazione del principio della equità del processo che ricadono nell’ambito dell’art. 6 della Convenzione, in quanto, essa, grazie alla sua duttilità e capacità di conformarsi alla specificità della sentenza europea, dispone di una portata operativa ‘in bianco’ che certamente ingloba le violazioni ricadenti nell’ambito dell’art. 7 della Convenzione e, per questo, costituisce senz’altro la sede naturale per ripensare alla vicenda processuale del ***** e la giusta cornice entro cui richiamare le considerazioni svolte in precedenza.

5.7 D’altra parte, il possibile rigetto del ricorso in una vicenda in cui la Corte europea non fornisce alcuna indicazione in ordine agli strumenti da adottare per dare esecuzione alla sua sentenza, non implicherebbe elusione dell’art. 46 della Convenzione, il quale, per quanto ci riguarda, produce esclusivamente l’effetto di riportare le lancette dell’orologio indietro attraverso il giudizio di revisione, e ciò indipendentemente dal suo esito che, nell’ottica del ricorrente, potrebbe costituire un ‘nulla di fatto’.

L’impegno “*a conformarsi alle sentenze definitive della Corte*” di cui all’art. 46 della Convenzione, infatti, convive, in piena sintonia, con l’insopprimibile margine di discrezionalità che il giudice interno deve esercitare per trapiantare nel nostro ordinamento la decisione dei Giudici di Strasburgo, sia pure all’insegna della trasparenza e della lealtà verso la Corte Europea e della piena disponibilità a recepire le sue decisioni.

Il Giudice nazionale non è un passivo esecutore di un comando altrui ma ha il compito di filtrare la decisione dei Giudici di Strasburgo attraverso i principi generali dell’ordinamento interno. Diversamente rischierebbe di eseguire un trapianto forzoso all’interno del nostro sistema di un corpo estraneo, costituito da una decisione incompatibile con i principi generali

dell'ordinamento, oltre che priva della necessaria forza giuridica. Il punto è cruciale.

Occorre, infatti, 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. A parte la 'convenzionalità' dell'accertamento operato dai Giudici di Strasburgo, condizionato dai limiti strutturali del giudizio europeo che, nel caso di specie, non hanno consentito alla Corte di conoscere tutti gli atti giudiziari, vi osterebbe l'assenza del potere di interpretare le norme interne e di sindacare, nel merito, le scelte ermeneutiche dei Giudici nazionali. Nella vicenda *****, infatti, la CoEDU, si è limitata a ricostruire la cronologia dei diversi orientamenti giurisprudenziali interni senza valutare direttamente le disposizioni interne e il loro ambito di applicazione, versante, quest'ultimo, che costituisce prerogativa del Giudice nazionale.

Pertanto deve convenirsi che, al fine di non rimanere intrappolati in un'errata interpretazione dell'obbligo di eseguire la decisione europea, non è concettualmente ipotizzabile un contrasto tra Corte europea e Stato contraente che abbia ad oggetto l'applicazione di un principio (peraltro nel caso che ci occupa, pacificamente condiviso, come si è visto) al caso concreto. Occorre riconoscere che 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. Proprio la Corte Costituzionale nella nota sentenza 'Varvara' n. 49/15 - che costituisce una tessera fondamentale nella difficile composizione del mosaico avente ad oggetto i rapporti tra CoEDU e Giudice interno -, così si è espressa: *"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.”.

Alla stregua di tutte le considerazioni svolte, è possibile concludere che quella censurata dalla CoEDU nell'*affaire ***** c. Italia* è una violazione convenzionale per la quale l'indennizzo costituisce misura che esaurisce le sue conseguenze senza necessità di ulteriore adeguamento interno. Lo stesso dispositivo della sentenza dei Giudici di Strasburgo, infatti, sotto questo profilo, riconduce la vicenda nel novero dei casi (di cui si occupa l'art. 41 della Convenzione) in cui non è possibile ipotizzare una forma di riparazione delle conseguenze della violazione, diversa da quella del pagamento di un indennizzo.

P.Q.M.

Chiede che la Corte di Cassazione dichiari inammissibile il ricorso.

Roma, 13 giugno 2017

**Il Sostituto Procuratore Generale
Ciro Angelillis**