

# CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

---

VICO VALENTINI

## Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani Lo strano caso del dottor Bruno Contrada\*

**SOMMARIO:** 1. Un Nazgûl alle porte di Minas Tirith. – 2. Carcere e carcere duro nello specchio dell’ermeneutica convenzionale. – 3. Non solo sicurezza. – 4. Dal doppiopesismo al banderuolismo. – 5. In postilla: il senso di umanità della Cassazione e l’uso finalizzato del diritto europeo.

Lo scritto, dopo aver ricordato l’ipersensibilità della Corte EDU alle istanze di sicurezza e giustizia sostanziale, e dopo averne descritto il metodo di giudizio, si sofferma sullo scrutinio convenzionale dei regimi detentivi nazionali, sottolineando il diverso trattamento riservato a ristretti “normotipi” (incommensurabilità della dignità umana e piena operatività del divieto ex art. 3 C.E.D.U.) e ristretti “pericolosi” (prevalenza dell’istanza di difesa sociale sul valore ex art. 3 C.E.D.U.); nonché sulla tendenza dei giudici strasburghesi a declinare un diverso giudizio di “prevedibilità della pena” a seconda della presenza/assenza di vittime. In questo scenario doppiopesista e poco coerente col concetto di “diritti umani”, s’inserisce lo strano caso di Bruno Contrada: che, nonostante fosse stato condannato per concorso in mafia, e, perciò, fosse un detenuto “pericoloso” che aveva contribuito a vittimizzazioni massive, ha incassato una doppia vittoria a Strasburgo, beneficiando del pieno riconoscimento dei diritti ex artt. 3, 7 C.E.D.U. Il tutto, a dimostrazione di come la *case-law* della Corte EDU sia davvero troppo imprevedibile e disuguale per essere presa (sempre) sul serio.

*After having recalled the ECtHR’s (over-)sensitivity to security and material justice, and after having described its method of interpretation, the paper focuses on the scrutiny of the ECtHR over the national rules regulating the detention, and emphasizes the Court’s different approach to ordinary detainees (predominance of the human dignity and full enforcement of the prohibition ex Art. 3 ECHR) and “dangerous prisoners” (predominance of the social defence policy and fuzzy enforcement of the prohibition ex Art. 3 ECHR); moreover, the text describes the tendency of the European Court to adopt a different concept of “foreseeable conviction” in case of lack/presence of victims. The strange case of B. Contrada is fully inconsistent with this “double-standards” scenario. Indeed, he had been convicted of “mafia”, and therefore, he was a “dangerous prisoner” who contributed to a massive victimization; however, he has won at Strasbourg twice, because its rights ex artt. 3, 7 ECHR have been fully recognized and protected by the ECtHR. All of this demonstrates that the European Court of Human Rights case-law is too unpredictable and unequal to be (always) taken seriously.*

### 1. Un Nazgûl alle porte di Minas Tirith

Qualche anno fa, a chi evidenziava i rischi connessi a una europeizzazione spinta della giustizia penale domestica<sup>1</sup>, si dava dell’apprensivo<sup>2</sup>, se non pro-

---

\* Testo rivisto e aggiornato della relazione presentata al seminario dottorale *La «società punitiva» e le strategie antimafia*, organizzato dal Prof. A. Sereni e svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia il 4 maggio 2017; il lavoro si inserisce nell’ambito del progetto “Diritti e situazioni giuridiche soggettive tra incertezze (nazionali) e ricerca dell’effettività della tutela (sovranzionale). Una ricerca interdisciplinare”, diretto dalla Prof.ssa L. Cassetti e finanziato dalla Ricerca di base 2015 – Università degli Studi di Perugia.

prio dell'eretico visionario<sup>3</sup>; in quel tempo, in effetti, si stavano raccogliendo i (buoni) frutti delle "prime gemelle"<sup>4</sup>, e la casistica della Corte di giustizia UE sembrava coniugare in modo (più) equilibrato *effet utile* e diritti fondamentali<sup>5</sup>.

Era insomma l'epoca degli euroentusiasmi<sup>6</sup>, e c'era poco spazio per chi, come il sottoscritto, guardava con insistente diffidenza alla casistica europea, a cominciare da quella convenzionale: sia per *ragioni assiologiche*, trattandosi di ermeneutica sbilanciata sul securitarismo e sulla tutela delle vittime<sup>7</sup>, oltre che appoggiata su principi istituzionali troppo distanti da quelli continentali<sup>8</sup>; sia anche per *ragioni metodologiche*, giacché la Corte EDU - che poi è l'attore che costruisce i principi basici della giustizia penale europea - apprezzando

<sup>1</sup> Cfr. per es., volendo, VALENTINI, *European criminal justice and continental criminal law - A critical overview*, in *EuCLR*, 2011, 2, 188 ss.; ID., *Justicia penal transicional y justicia penal europea. El protagonismo de las víctimas y la renuncia al derecho penal liberal*, in *Nuevo Foro Penal*, 2011, 77, 161 ss.; ID., *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 323 ss.

<sup>2</sup> Nell'acuto scritto di DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 1, 159 ss., ad es., mi si attribuivano - al tempo forse giustamente - preoccupazioni "oltremisura".

<sup>3</sup> Ricordo, ad es., l'incontro di studi italo-tedesco *Limiti convenzionali e costituzionali del "Diritto Penale Europeo" dopo il Trattato di Lisbona. Il dibattito in Germania ed in Italia*, svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona nel settembre 2011, in occasione del quale Viganò, nel suo intervento di chiusura, affermò che gli euro-scettici potevano dormire sonni tranquilli: giacché il diritto europeo, a suo dire, avrebbe significato sempre e comunque *favor libertatis* e garanzie.

<sup>4</sup> Il diritto scritto e vivente convenzionale, cui le sentenze gemelle (Corte cost., nn. 347 e 348 del 2007) avevano attribuito un rango sub-costituzionale ex art. 117 Cost., stava infatti occasionando diversi mutamenti in chiave garantista del sistema di giustizia penale: cfr. ad es. Corte cost., ord. n. 27 del 2009 (confisca per equivalente); Id., n. 93 del 2010 (procedimento di prevenzione); Id., sent. n. 196 del 2010 (confisca autoveicolo); Id., sent. n. 113 del 2011 (cd. revisione europea); Id., sent. n. 210 del 2013 (rito abbreviato).

<sup>5</sup> Ci riferiamo, in particolare, alla "sentenza El Dridi" (Corte giust. UE, 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 PPU), con cui la Corte di Giustizia dichiarò l'illegittimità euro-unitaria della norma ex art. 14, co. 5-ter; T.U. imm., ed alla cascata di revoche ex art. 673 c.p.p. che ne seguì immediatamente dopo: cfr., ex multis, Trib. Bari, Sez. Altamura, 10 maggio 2011, in *Dir. pen. cont.*, 10 maggio 2011; Cass., I, 28 aprile 2011, Trajkovic, *ivi*, 12 luglio 2011; Cass., I, 23 settembre 2011, Zinoubi, *ivi*, 21 ottobre 2011.

<sup>6</sup> Su queste correnti giuridico-culturali, sia consentito il rinvio a VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE. Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 2, 167 ss.

<sup>7</sup> Un'ermeneutica, cioè, che teorizza *anche* obblighi positivi di criminalizzazione e punizione, e che cavalca spesso la logica neo-giusnaturalistica del "ghiaccio sottile": al riguardo, ci permettiamo di richiamare VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *ius17@unibo.it*.

<sup>8</sup> L'ordinamento europeo, come noto, è costruito a immagine e somiglianza dei sistemi di *common law*, contemplando il *judicial law making* e la regola del precedente vincolante: in argomento, già V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *ius17@unibo.it*.

con metodo flessibile (olistico) la violazione/rispetto di entità altrettanto elastiche (i diritti fondamentali)<sup>9</sup>, partorisce per forza di cose decisioni poco prevedibili, in-coerenti, difficilmente “ordinabili a sistema”.

In quella bizzarra terra di mezzo<sup>10</sup>, infatti, non esistono valori incommensurabili, tutto è bilanciabile<sup>11</sup>, e, perciò, elasticizzabile e financo rinunciabile; pure quei diritti “nominalmente” inderogabili come la dignità umana, al centro del divieto *ex art. 3*, e la legalità penale *ex art. 7 C.E.D.U.*, che noi invece consideriamo da sempre incondizionatamente assoluta<sup>12</sup>.

Breve: di fronte a un interprete affezionato alla prevenzione generale, ipersensibile a fattori psicosociali e praticante una dogmatica del bilanciamento – ossia l’esatto contrario del metodo deduttivo e del sillogismo giudiziale – non ci siamo mai sentiti troppo a nostro agio<sup>13</sup>; un po’ come accade quando ci imbattiamo in quelle teorie dell’interpretazione che non concepiscono garanzie

<sup>9</sup> Sulla logica non-monotonica, complessa e multicriteriale che governa i giudizi della Corte EDU, sulla scarsa controllabilità del suo procedimento decisionale e sulla conseguente provvisorietà dei relativi epiloghi, v. le pionieristiche osservazioni di VOGLIOTTI, *La logica flouée della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, IV, 851 ss.; cfr. altresì, nella letteratura straniera, MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, II, Aix-en-Provence, 2005, 319 ss. e 365 ss.; e ŠUSNJAR, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Leiden-Boston, 2010, 85 ss. e 173 ss.

<sup>10</sup> Cfr. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, testo della relazione svolta in occasione del convegno dell’Associazione Silvia Sandano in onore di George P. Fletcher, Roma, 4 dicembre 2015, ove, forse troppo generosamente, si descrive il sistema europeo come il teatro di una (equilibrata) “mediazione culturale” fra i mondi di *common* e *civil law*.

<sup>11</sup> Il sistema C.E.D.U., del resto, ruota attorno alla clausola *ex art. 17 C.E.D.U.*, la quale, nello stabilire che nessun diritto convenzionale può essere invocato per legittimare atti o attività rivolti a distruggere altri diritti C.E.D.U., chiarisce *a)* che ogni libertà fondamentale perde automaticamente in “forza di resistenza” là dove il suo riconoscimento implichi la trasgressione di altri diritti convenzionali, e, quindi, *b)* che nessun diritto convenzionale è inderogabile e assoluto, ma è sempre bilanciabile con altri controdiritti: così, sostanzialmente, anche CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2009, spec. 83 ss.; STEIGLITZ, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, Baden-Baden, 2002, 96 ss.

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 394 del 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss. Sulla fisionomia della legalità-irretroattività convenzionale, che già sulla carta, a dispetto di quanto dispone l’art. 15 C.E.D.U., ammette deroghe quando si tratta di sanzionare gravi – ma non necessariamente massive – violazioni dei diritti fondamentali, sia consentito richiamare VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 97 ss.

<sup>13</sup> Nel *test* di ragionevole prevedibilità della pena *ex art. 7 C.E.D.U.*, ad es., la Corte di Strasburgo è solita includere, accanto a variabili giuridico-normative, vaghissimi e contingenti elementi socio-politici (es. dibattiti parlamentari, progresso culturale, evoluzione della coscienza sociale); si capisce che, combinando parametri di questo tipo col metodo olistico, qualsiasi epilogo potrà essere considerato “ragionevolmente prevedibile”: v. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, cit., spec. 136 ss.

anelastiche<sup>14</sup>.

E le ragioni di tale disorientamento sono intuibili: nel mondo in cui tutti i diritti fondamentali sono fluidi-bilanciabili, rischiano di diventare tali anche le garanzie penalistiche, per definizione reo-centrate, che circondano quei diritti. Tali garanzie, esattamente come i diritti che mirano a custodire, tenderanno a perdere in forza di resistenza, e magari a soccombere, a fronte di controistanze degne di maggior riguardo: come quelle di difesa sociale, che lì, nel sistema convenzionale, si chiamano “tutela delle vittime”, potenziali (che reclamano sicurezza)<sup>15</sup> ed effettive (che esigono la punizione del loro carnefice)<sup>16</sup>.

In quella dogmatica della ponderazione oltranzista, dunque, penetrano dati che nulla dovrebbero avere a che fare con la “umanità” dei diritti che la Corte EDU vorrebbe salvaguardare<sup>17</sup>, quali il tipo di reato e il tipo di pericolo che esso innesca; il tipo d’autore e il tipo di pericolosità sociale che egli esprime; il tipo di vittima, la sua maggiore o minore vulnerabilità; la coscienza sociale e, quindi, l’antisocialità del fatto addebitato, e via dicendo.

Ma tant’è. Nel mondo in cui tutto è bilanciabile, tutto diventa possibile: *tutto e il contrario di tutto*. Dipende dalla presenza/assenza di vittime portatrici d’interessi conflittuali con le garanzie che entrano di volta in volta in gioco.

\* \* \*

Nonostante la connaturale imprevedibilità-incoerenza della *case-law* C.E.D.U., però, la si continua a prendere molto sul serio.

Certo, è vero che la Consulta, nel riqualificare il rango di quella casistica - da

---

<sup>14</sup> Penso in particolare a RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti (a margine di Corte cost., n. 24 del 2017)*, in *Consulta on line*, 2017, 1, 81-84, il quale, a proposito del rimpallo fra Corti innescato dalla “regola Taricco”, critica la secca preferenza che la Consulta ha accordato alla legalità penale: la quale invece, secondo l’autorevole A., avrebbe dovuto essere ponderata col principio - anch’esso costituzionale - di apertura dell’ordinamento al diritto sovranazionale.

<sup>15</sup> Parlano di un diritto alla sicurezza-prevenzione speculare ai doveri di criminalizzazione-punizione teorizzati dalla Corte EDU, fra gli altri, DOAK, *Victim’s rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconceiving the Role of Third Parties*, Oxford-Portland, 2008, 38 ss. e 50 ss.; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987, 13 ss. e 25 ss.

<sup>16</sup> È, quest’ultimo, un interesse-istanza assai simile al “diritto alla giustizia” teorizzato con riferimento ai fenomeni di *Transitional Justice*: cfr., per es., SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, 2000, 129 ss.; TEITEL, *Transitional justice*, Oxford, 2000, 49 ss.

<sup>17</sup> I diritti umani, infatti, spettano per definizione a tutti gli esseri umani in quanto tali, a prescindere da sesso, razza, età etc., e da qualsiasi attributo-qualificazione giuridica o processuale: v., ad es., LEUPRECHT, *General course on human rights in Europe*, in *Collected courses of the Academy of European Law*, V, 2, *The protection of human rights in Europe*, The Hague-Cambridge, 1997, 135 ss. e 146 ss.

ordinario a costituzionale - ha preferito monopolizzarne il *test* d'ingresso, oltre che circondarlo di limiti più stringenti di quelli posti al diritto euorunitario<sup>18</sup>; come pure è innegabile che, oggi, il vento stia cambiando, nel senso che lo stesso Giudice delle leggi tende sempre più spesso a ridimensionare il diritto giurisprudenziale europeo, strasburghese<sup>19</sup> ma pure lussemburghese<sup>20</sup>: ossia, in buona sostanza, a prenderlo per quello che è (casistica giudiziale, appunto). Tuttavia, a parte questi recenti segnali d'insofferenza acuta, sono almeno dieci anni che attribuiamo alla normativa vivente sovranazionale il rango e la validità sostanziale delle leggi sub- e para-costituzionali: riconoscendo alle *sentenze europee* l'attitudine a orientare l'interpretazione di *leggi parlamentari nazionali*, e, nel caso di conflitto, a determinarne l'espunzione (*via Consulta*) o la paralisi (*via giudice comune*)<sup>21</sup>.

Domande.

Possiamo mantenere ancora oggi quest'approccio valorizzante?

Ce la sentiamo di continuare a cavalcare questo fluttuante Nazgûl?

Forse che non si tratta di un'ermeneutica troppo imprevedibile-incontrollabile per essere equiparata a una *lex superior* capace di falciare il nostro ordinamento?

Perché l'epilogo, con buona pace degli epigoni dell'umanesimo della Corte EDU, del "giudice giusto" che scarcerà e bacchetta sistemi troppo repressivi, non è sempre nel segno della tutela dei diritti umani; accade anzi spesso che quei diritti, e le garanzie che li presidiano, cedano a istanze di sicurezza e giustizia sostanziale.

Scenario "tecnicamente" plausibile nel sistema in cui tutto è bilanciabile.

Ma qui da noi?

---

<sup>18</sup> Cfr. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di Sonelli, Torino, 2015, 253 ss.

<sup>19</sup> Emblematica, al riguardo, Corte cost., sent. n. 49 del 2015, § 7, ove, nel ribadire la centralità della legge parlamentare nazionale, si afferma essere impensabile ridurre i giudici comuni a «passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale»

<sup>20</sup> Cfr., da ultimo, Corte cost., ord. n. 24/2017, § 9, che, nell'opporsi al *diktat* criminalizzante contenuto nella "sentenza Taricco", e nel marcare le differenze fra sistemi di *civil e common law*, afferma chiaro e tondo che, negli ordinamenti continentali, il giudice non ha «il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento».

<sup>21</sup> Sul fenomeno, che costituisce una chiara manifestazione del *judicial law making* dentro a un sistema di *civil law*, v., volendo, VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2015, 1 ss.

## 2. Carcere e carcere duro nello specchio dell'ermeneutica convenzionale

Veniamo all'oggetto specifico della comunicazione.

Lo scrutinio della normativa italiana antimafia da parte della Corte EDU offre diversi esempi di dogmatica del bilanciamento orientata alla sicurezza securitaria<sup>22</sup>; su tutti, spicca la casistica in punto di "41-bis".

Stiamo dunque parlando di disciplina dell'esecuzione penale, ma qui bisogna intendersi: quelle sul "carcere duro" non sono regole riconducibili alle nozioni convenzionali di *peine* o *matière pénale*, come invece la disciplina di alcuni benefici penitenziari (es. liberazione anticipata)<sup>23</sup>; nell'ottica della Corte europea, insomma, si tratta di norme che, concernendo modalità *meramente* applicativo-esecutive della sanzione penale, esibiscono un'indole processuale: e, come tali, sono sottratte alle garanzie *ex art. 7 C.E.D.U.*

Il che non significa, ovviamente, che non possano entrare in tensione con altre norme convenzionali: *in primis* quella *ex art. 3*, ma pure quelle *ex artt. 6, 8, 9 e 13 C.E.D.U.*

Ebbene, la doppia velocità dei diritti C.E.D.U., a seconda che restino sotto-traccia (qui la Corte europea riconosce garanzie individuali a gogò), oppure emergano (qui, invece, le garanzie collettive schiacciano quelle individuali)<sup>24</sup>, pressanti esigenze di sicurezza, emerge limpidamente nell'ambito della *case-law* sugli *status detentionis* nazionali.

Da Sulejmanovic<sup>25</sup> e Cara-Damiani<sup>26</sup> e Lorse<sup>27</sup>, passando per Ilaşcu<sup>28</sup>, Antropov<sup>29</sup>, Porumb<sup>30</sup>, Silver<sup>31</sup>, Kouzmin<sup>32</sup>, Raffray Taddei<sup>33</sup>, Scoppola<sup>34</sup>, Lunev<sup>35</sup> e

<sup>22</sup> Per prendere a prestito le efficaci formule di PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini, Pavarini, Bologna, 2011, 119 ss., il quale distingue fra una sicurezza liberale (tutela dal penale) e una sicurezza securitaria (tutela mediante il penale).

<sup>23</sup> Cfr. ad es. Corte EDU, Gr. Cam, 21 novembre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ove si finisce per ricondurre alla nozione europea di *peine*, e quindi alle garanzie *ex art. 7 C.E.D.U.*, la disciplina di un beneficio assimilabile alla nostra liberazione anticipata.

<sup>24</sup> Le operazioni di (s)bilanciamento in cui si cimenta la Corte EDU rassomigliano molto agli scenari auspicati da quella parte della dottrina costituzionalistica che, assumendo essere la sicurezza uno "*status positivus libertatis*", privilegia i diritti delle vittime rispetto a quelli del reo, considerandolo un "*nemico del costituzionalismo*": ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin-New York, 1983, 21 ss.; ID., *Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug*, in *FS G. Jakobs*, 2007, 205 ss.; GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Diritto e società*, 1986, 459 ss.

<sup>25</sup> Corte EDU, II, 17 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia.

<sup>26</sup> Corte EDU, II, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia.

<sup>27</sup> Corte EDU, I, 4 febbraio 2003, Lorse e altri c. Paesi Bassi.

<sup>28</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 8 luglio 2004, Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia.

<sup>29</sup> Corte EDU, I, 29 gennaio 2009, Antropov c. Russia.

<sup>30</sup> Corte EDU, III, 7 dicembre 2010, Porumb c. Romania.

<sup>31</sup> Corte EDU, 25 marzo 1983, Silver e altri c. Regno Unito.

<sup>32</sup> Corte EDU, I, 18 marzo 2010, Kouzmin c. Russia.

Mouisel<sup>36</sup>, fino ad arrivare al nostro arresto pilota Torreggiani<sup>37</sup>: in tutti questi casi, ma altri cento avremmo potuto indicarne, le condizioni di sovraffollamento (es. celle triple di 9 m<sup>2</sup>); la mancanza di servizi essenziali e di luce naturale, come pure le condizioni di fatiscenza (es. insufficiente ventilazione, *toilettes* senz'acqua calda e/o ubicate negli alloggi senza pareti divisorie, sporcizia e presenza di insetti e/o roditori); la presenza di barriere architettoniche e l'assenza di servizi sanitari adeguati (i quali ultimi, secondo la *ratio decidendi* del caso Cara-Damiani, dovrebbero addirittura essere *d'un niveau comparable* a quelli che lo Stato assicura alla popolazione fuori dal carcere); il regime d'isolamento *intra-moenia* e "verso l'esterno" (es. profonde limitazioni dei colloqui con i familiari, videosorveglianza, blocco, controllo o semplice ritardo nella consegna della corrispondenza); le perquisizioni e le ispezioni anche corporali; persino i semplici disagi logistici (es. l'esser trasportati di continuo ed in manette in ospedale per esser sottoposti a terapie)<sup>38</sup>; tutti questi incomodi, limiti, inadeguatezze e misure intrusive, dicevamo, integrano un trattamento degradante, talvolta un'autentica tortura<sup>39</sup>, e comprimono in modo sproporzionato/gratuito persino il "debole" diritto *ex art. 8 Conv. EDU* - che peraltro, nei casi di corrispondenza fra detenuto e difensore, diventa la molto meno debole garanzia *ex art. 6 Conv. EDU*.

Ma chi sono questi ricorrenti che vincono, spesso stravincono, a Strasburgo? Sono "delinquenti comuni" (colletti bianchi, ladri, rapinatori, ricettatori extracomunitari, trafficanti di droga o armi, falsari, truffatori), o, comunque, delinquenti non collegati a perduranti fenomenologie criminali (rei, o presunti tali, di "solitari" ed estemporanei reati contro la persona): soggetti, cioè, che innescano un pericolo criminale, o meglio un *sense of insecurity*, che cessa con la loro esclusione.

In questo perimetro criminale, dunque, la dignità umana è davvero una grandezza incommensurabile, impermeabile a qualsiasi contro-istanza: non ci sono esigenze di prevenzione e sicurezza che tengano, e vale davvero quanto

---

<sup>33</sup> Corte EDU, I, 21 dicembre 2010, Raffray Taddei c. Francia.

<sup>34</sup> Corte EDU, II, 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia.

<sup>35</sup> Corte EDU, V, 22 ottobre 2015, Lunev c. Ucraina.

<sup>36</sup> Corte EDU, I, 14 novembre 2002, Mouisel c. Francia.

<sup>37</sup> Corte EDU, II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia.

<sup>38</sup> Corte EDU, I, 14 novembre 2002, Mouisel c. Francia.

<sup>39</sup> Sulla tendenza a bagatellizzare la tutela *ex art. 3 C.E.D.U.*, ben rappresentata, fra l'altro, dalle decisioni che ne affermano "automaticamente" la violazione sulla sola base del "dato spaziale" (metratura delle celle), v. ora CASSIBBA, COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Uberty, Viganò, Torino, 2016, 64 ss.

prescrive l'art. 15 C.E.D.U.<sup>40</sup>.

Viceversa, al ristretto che s'iscrive in fenomeni criminosi che perdurano, che, cioè, *sopravvivono* alla sua inabilitazione-neutralizzazione individuale e *continuano* a minacciare la collettività, la Corte EDU ha sempre riservato un trattamento molto diverso.

Da Zara<sup>41</sup> a Natoli<sup>42</sup>, da Argenti<sup>43</sup> a Guidi<sup>44</sup> e Messina<sup>45</sup>, fino alle più recenti decisioni Paolello<sup>46</sup>, Riina<sup>47</sup> e Riina-*bis*<sup>48</sup>: per questi detenuti *ex art. 41-bis* ord. penit. è tutta un'altra musica, affermazioni di principio<sup>49</sup> e sporadici contentini<sup>50</sup> a parte.

Qui, infatti, continue e - inutilmente - capillari perquisizioni e ispezioni corporali<sup>51</sup>; prolungati isolamenti intra- ed extra-murari (es. non più di uno o due colloqui al mese coi familiari, *solitary confinement*<sup>52</sup>, divieto di partecipare a iniziative culturali, ricreative o sportive, interdizione dallo svolgimento di attività lavorative); la videosorveglianza massiva "h. 24" (es. tre videocamere piaz-

---

<sup>40</sup> Deroga in caso di stato d'urgenza - «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione [...] 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7».

<sup>41</sup> Corte EDU, II, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia.

<sup>42</sup> Corte EDU, I, 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia.

<sup>43</sup> Corte EDU, III, 10 novembre 2005, Argenti c. Italia.

<sup>44</sup> Corte EDU, II, 27 marzo 2008, Guidi c. Italia.

<sup>45</sup> Corte EDU, 26 febbraio 1993, Messina c. Italia.

<sup>46</sup> Corte EDU, IV, 1° settembre 2015, Paolello c. Italia.

<sup>47</sup> Corte EDU, II, 19 marzo 2013, Riina c. Italia.

<sup>48</sup> Corte EDU, II, 11 marzo 2014, Riina c. Italia.

<sup>49</sup> Quando la posta in gioco sono dignità umana e divieto di tortura, suole premettere la Corte EDU, bisogna «*faire abstraction de la nature de l'infraction reprochée au requérant*, car la prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue, *quels que soient les agissements de la victime*»: fra le innumerevoli, Corte EDU, IV, 1° settembre 2015, Paolello c. Italia, cit., § 26 [corsivi nostri].

<sup>50</sup> Sporadicamente, la Corte ha condannato l'Italia per (clamorose) violazioni dell'art. 8 C.E.D.U., sotto il profilo delle limitazioni-controlli della corrispondenza a contenuto difensivo-processuale, v. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 342 ss.

<sup>51</sup> Le ispezioni corporali dei detenuti *ex art. 41-bis* ord. penit., come noto, prevedono anche il controllo strumentale degli orifici - orali e anali - prima e dopo ogni colloquio (con familiari e/o difensori) e ogni partecipazione alle udienze, e ciò nonostante gli uni e le altre avvengano sotto la costante sorveglianza del personale di polizia penitenziaria, e senza alcuna possibilità di contatto fisico con gli interlocutori (collocati in stanza separata da vetro divisorio nel caso dei colloqui, e collegati in videoconferenza nel caso delle udienze); per un ricco catalogo di esempi di tali misure atipiche, cfr. ancora Corte EDU, IV, 1° settembre 2015, Paolello c. Italia, cit., § 2.

<sup>52</sup> Vale a dire la permanenza in cella individuale per almeno 22 ore al giorno, DELLA BELLA, *Il "carcere duro"*, cit., spec. 353 ss.

zate in cella, di cui una puntata sulla *toilette*<sup>53</sup>; l'illuminazione notturna della cella (che, non essendo abbinata a ulteriori angherie – es. sottrazione dell'orologio, bruschi risvegli ad opera di agenti penitenziari – non produrrebbe «ripercussioni importanti» sul sonno del detenuto)<sup>54</sup>; il divieto di partecipare a funzioni religiose<sup>55</sup>; quest'universo di restrizioni e vessazioni, quando colpisce detenuti di mafia, non costituisce trattamento degradante e comprime in modo proporzionato i diritti ex artt. 8 e 9 C.E.D.U., giacché è funzionale a recidere il legame del ristretto con l'ambiente criminale d'origine (ordine pubblico “esterno”), ed a mantenere l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere (ordine pubblico “interno”)<sup>56</sup>.

Un *réfrain* semplice, chiaro, lineare, e disarmante: *posto che* il ricorrente è stato condannato «a severe pene per fatti molto gravi»<sup>57</sup>, *allora* la sofferenza e l'umiliazione patite non sono andate al di là del limite consentito dall' art. 3 C.E.D.U.; *allora*, insomma, è possibile e legittima una *diversa declinazione* della dignità umana: che diventa d'incanto un bene misurabile, dotato di un proprio “peso specifico”, e quindi bilanciabile con/soccombente a ragioni di sicurezza e difesa sociale innescate dalla *eccezionale gravità* del fatto, e dalla – automaticamente conseguente, quasi stessimo parlando di una infallibile relazione osmotica<sup>58</sup> – *eccezionale pericolosità* dell'autore.

Ché del resto, sarebbe una clamorosa ingenuità supervalutare condanne estemporanee come quelle rese nei casi Labita<sup>59</sup> e Indelicato<sup>60</sup>: quelle censure, infatti, non avevano nulla a che vedere col regime ex art. 41-*bis* c.p., né nella sua configurazione astratta, né nella sua applicazione concreta, ma riguardavano – la mancanza di un'inchiesta approfondita e tempestiva per – abusi e maltrattamenti illegali commessi da alcuni agenti di custodia (insulti, percosse alle dita, ai testicoli e al volto, minacce, immobilizzazioni durante le visite mediche, e ulteriori, variegata umiliazioni).

<sup>53</sup> Corte EDU, II, 11 marzo 2014, Riina c. Italia, cit., §§ 6, 14 ss.

<sup>54</sup> Corte EDU, II, 19 marzo 2013, Riina c. Italia, cit., §§ 30-33.

<sup>55</sup> Corte EDU, I, 9 gennaio 2001, Natoli c. Italia, cit.

<sup>56</sup> Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 26 febbraio 1993, Messina c. Italia, cit., §§ 59 ss.; Corte EDU, III, 10 novembre 2005, Argenti c. Italia, cit., §§ 24 ss.

<sup>57</sup> V. ad es. Corte EDU, III, 10 gennaio 2005, Argenti c. Italia, cit., § 22; Corte EDU, IV, 11 luglio 2006, Campisi c. Italia, § 39.

<sup>58</sup> Sul conflitto fra funzione rieducativa della pena e logiche ispirate al “tipo d'autore”, e, più in particolare, sull'incostituzionalità di una disciplina che escluda automaticamente un detenuto da certi benefici penitenziari – ma lo stesso può dirsi di una disciplina che sottoponga automaticamente un detenuto a certe restrizioni – sulla base del solo titolo di reato per cui è stata pronunciata la condanna, v. per es. Corte cost., n. 257 del 2006, ivi con ampi auto-richiami adesivi.

<sup>59</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 6 aprile 2000, Labita c. Italia.

<sup>60</sup> Corte EDU, II, 18 ottobre 2001, Indelicato c. Italia

Nulla a che spartire, in altre parole, con le *violazioni legalizzate* della dignità umana, della vita privata e familiare, e del diritto di difesa connaturali al regime carcerario *ex 41-bis* ord. penit.

Ma, a nostro sommo avviso, non andrebbero sopravvalutate neppure le aperture umanistico-garantiste, talvolta puramente teoriche<sup>61</sup>, che la Corte EDU si concede *de temps en temps* con riferimento a regimi carcerari speciali assimilabili al nostro “41-bis”, come quello bulgaro per gli ergastolani<sup>62</sup>, e quello polacco destinato ai condannati per crimine organizzato<sup>63</sup>: giacché, sempre nella prospettiva del giudice europeo, sono i detenuti sottoposti a quei regimi speciali, e le fenomenologie criminali di cui sono espressione, a non essere neppure lontanamente assimilabili – per gravità, attualità e pericolosità – a “cosa nostra”<sup>64</sup>.

La speranza è l’ultima a morire, insomma, ma, se il nostro regime speciale finisse per non essere sfiorato da questo *trend* aperturista<sup>65</sup>, non ci sorprendemmo più di tanto.

Breve: perché le restrizioni *ex art. 41-bis* ord. penit. superino lo scrutinio di legittimità convenzionale, è sufficiente siano “previste dalla legge”; e tale base legale sussisterà qualora disposizioni passabilmente precise stabiliscano presupposti, durata, tipologia e modalità applicative di quelle misure<sup>66</sup>.

\* \* \*

Si dirà: ma la Corte EDU, pur disinteressandosi dell’“astratta” legittimità di un regime detentivo, non ha mai escluso che la sua “concreta” applicazione-declinazione possa violare le libertà convenzionali. Anzi, è proprio su questi profili *in action* che la Corte europea appunta la sua valutazione:

---

<sup>61</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 4 luglio 2006, Ramirez Sanchez c. Francia, ove la Corte, pur affermando che l’isolamento di un detenuto, ancorché non assoluto, non può essere disposto senza limiti, ha finito per avallare l’operato delle autorità nazionali, statuendo che non c’era stata una violazione dell’art. 3 C.E.D.U. E guarda caso, si trattava di un terrorista, vale a dire di un soggetto che, come e più dell’associato mafioso, s’inserisce in fenomeni criminali che espongono a perdurante ed eccezionale pericolo la “comunità degli innocenti”.

<sup>62</sup> Corte EDU, IV, 8 luglio 2014, Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria,

<sup>63</sup> Corte EDU, IV, 17 aprile 2012, Piechowicz e Horych c. Polonia.

<sup>64</sup> Così *ex professo* Corte EDU, II, 7 giugno 2011, Csüllög c. Ungheria, § 36, ove la Corte, nello statuire che le restrizioni imposte al detenuto, essendo inutili e sproporzionate per durata e contenuti, violavano l’art. 3 C.E.D.U., ha precisato che la pericolosità del ricorrente non era «paragonabile a quella dei detenuti mafiosi».

<sup>65</sup> Come invece adombra DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 318 ss.

<sup>66</sup> Così, a proposito delle misure limitative della corrispondenza, Corte EDU, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, cit., §§ 29 ss.

sull'individuale e irripetibile esperienza carceraria, tenendo conto della durata delle misure restrittive, delle caratteristiche fisiche e psichiche del detenuto, del suo stato di salute, del suo sesso e della sua età<sup>67</sup>; ove è chiaro che lo scrutinio sarà più severo e stringente nel caso di ristretti anziani e malati<sup>68</sup>, specie se lo Stato non sia in grado di garantire cure mediche appropriate<sup>69</sup>.

Questo vale per tutti quanti i regimi detentivi, ordinari e speciali.

Proprio con riferimento al "41-bis", peraltro, la Corte ha sempre ammesso che l'applicazione prolungata di quelle restrizioni potrebbe integrare *ex se* un trattamento degradante, pur non spingendosi fino alla fissazione di limiti massimi di tollerabilità<sup>70</sup>.

Tutto questo in teoria, però, perché poi, in pratica, sta al detenuto ricorrente dimostrare, *oltre ogni ragionevole dubbio*, di essere stato vittima di abusi degli agenti penitenziari<sup>71</sup>; di essere stato sottoposto a trattamenti degradanti<sup>72</sup>; di avere patito, a causa dell'applicazione prolungata del regime speciale, effetti fisici o psichici ricadenti nella previsione *ex art.* 3 C.E.D.U.<sup>73</sup>; di esser stato vittima di una lesione dei propri diritti di difesa ed al rispetto della corrispondenza<sup>74</sup>; di avere subito perquisizioni corporali e intrusioni al di là dei limiti consentiti dalla Convenzione<sup>75</sup>; di avere patito proroghe manifestamente in-

<sup>67</sup> V. ad es., fra le innumerevoli, Corte EDU, Gr. Cam., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, cit., § 120.

<sup>68</sup> Corte EDU, III, 29 maggio 2001, Sawoniuk c. Regno Unito; Corte EDU, III, Papon c. Francia, 7 giugno 2001.

<sup>69</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 27 giugno 2000, Ilhan c. Turchia.

<sup>70</sup> Corte EDU, IV, 28 giugno 2005, Gallico c. Italia; Corte EDU, II, 23 febbraio 2010, Mariano c. Italia.

<sup>71</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, cit., §§ 121 ss., ove si ritengono insufficienti, a fini probatori, una serie di certificati medici, peraltro corroborati da una nota di "denuncia" del Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze.

<sup>72</sup> Cfr. ancora Corte EDU, Gr. Cam., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, cit., spec. §§ 137-138, ove si ritiene non assolto l'onere probatorio per mancanza d'indicazioni dettagliate circa le date e le "esatte condizioni" dei trattamenti (si trattava di trasferimenti) degradanti.

<sup>73</sup> *Ex multis* Corte EDU, II, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, cit.; Corte EDU, II, 23 febbraio 2010, Mariano c. Italia, cit.; Corte EDU, IV, 1° settembre 2015, Paoletto c. Italia, cit., ove compare il *réfrain* standardizzato «il ricorrente non ha fornito elementi che permetterebbero di concludere che l'applicazione prolungata del regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis abbia causato al medesimo effetti fisici o psichici ricadenti nelle previsioni dell'art. 3».

<sup>74</sup> Emblematica, a riguardo, Corte EDU, IV, 11 luglio 2006, Campisi c. Italia, §§ 57 ss., ove, a proposito della corrispondenza fra detenuto e difensore, si esclude la violazione degli artt. 6, 8 C.E.D.U. giacché il ricorrente «non ha indicato con precisione i procedimenti penali a cui la corrispondenza incriminata si riferisce [e] neanche dimostrato in quale misura i diritti di difesa sarebbero stati lesi dall'intervento delle autorità»; sulla stessa linea Corte EDU, 19 marzo 2013, Riina c. Italia, cit., § 42, ove si esclude la violazione dell'art. 8 C.E.D.U. giacché il documento controverso «non è accompagnato da una busta o da una lettera che consenta di sapere a chi era indirizzato».

<sup>75</sup> Corte EDU, II, 23 febbraio 2010, Mariano c. Italia, cit., ove la Corte dichiara di non essere in grado di affermare, «al di là di ogni ragionevole dubbio», che le perquisizioni personali e le misure di video-sorveglianza siano state «sufficientemente gravi» da violare l'art. 3 Conv. EDU.

giustificate delle misure restrittive<sup>76</sup>, e via discorrendo.

E quando si tratta di detenuti “pericolosi”, guarda caso, la Corte di Strasburgo “assolve” pressoché sistematicamente lo Stato italiano “per insufficienza di prove”<sup>77</sup>.

La sensazione, insomma, è che, quando la concreta applicazione del nostro regime carcerario speciale esibisca profili d’illegittimità convenzionale, un *fumus* di violazione, la Corte si trincerò dietro i rigori dell’onere probatorio imposto al ricorrente; e ciò, va da sé, quali che siano l’età e lo stato di salute del “ristretto speciale”: come dimostrano, fra i molti, i casi Enea<sup>78</sup> (epilettico, cardiopatico, diabetico, invalido, depresso e autolesionista) e Riina<sup>79</sup> (ipertiroideo, iperteso, cardiopatico, diabetico, epatopatico e afflitto da morbo di Parkinson), che, alla fine della fiera, abbiamo trattato peggio di Priebke<sup>80</sup>.

\* \* \*

Ma pure qui, checché ne dica qualcuno, niente di nuovo sotto il sole.

La Corte europea, infatti, ha sempre calibrato la sua ermeneutica sulla presenza/assenza di istanze di difesa sociale e sicurezza: è sempre stata implacabile, cioè, nei confronti di individui che incarnavano pericoli diffusi, incombenti e di particolare spessore.

Pensiamo anzitutto all’avallo di politiche penali eccezionali già nei confronti del terrorismo ante-2001, nei confronti dell’E.T.A., dell’I.R.A., delle B.R.: “nemici della democrazia”, questi, molto meno globali, e molto più afferrabili, dei terroristi apocalittici di Al Qaeda e dell’Isis.

Già allora, come evidenziato in altre occasioni<sup>81</sup>, la Corte EDU non ha esitato

---

<sup>76</sup> Corte EDU, II, 19 marzo 2013, Riina c. Italia, § 28, ove si afferma che il ricorrente, «malgrado sia rappresentato da un avvocato [...] non ha fornito alla Corte elementi tali da consentirle di concludere che la proroga di tali restrizioni non era manifestamente giustificata».

<sup>77</sup> *Supra*, nt. 71-76.

<sup>78</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Enea c. Italia. Quando si tratta di detenuti per mafia o terrorismo, insomma, non ci pare proprio che la Corte EDU riconosca quella “presunzione di responsabilità dello Stato convenuto” che invece, di regola, accorda al ricorrente *in vinculis*: su questi meccanismi probatori, cfr. ancora CASSIBBA, COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, cit., 67 ss.

<sup>79</sup> Corte EDU, II, 19 marzo 2013, Riina c. Italia.

<sup>80</sup> Per una sintetica ricostruzione della (breve) esperienza carceraria di Erich Priebke in Italia, v. Corte EDU, II, 5 aprile 2001, Priebke c. Italia. Sull’incoerenza della casistica C.E.D.U. in punto di (tutela della) salute dei detenuti, specie, ma per vero non solo, là dove questi siano considerati “particolarmente pericolosi”, v. ora la dettagliata ricognizione di CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 gennaio 2017.

<sup>81</sup> VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, cit., 70 ss.; ID., *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme*, cit., 13 ss.

a confermare la liceità convenzionale di tribunali *ad hoc*, procedimenti e processi segreti, inversioni dell'onere probatorio, misure restrittive e custodiali fondate sul mero sospetto, ampie compressioni del diritto di difesa, detenzioni informali di ben sette giorni, e anomalie simili.

Già allora, poi, il binario differenziato disegnato dal Giudice europeo oltrepassava le porte del carcere, essendo considerati “giustificati” e “proporzionati”, ad es., il divieto di accesso a radio e giornali, il divieto di esercizio fisico, l'illuminazione artificiale permanente delle celle, la videosorveglianza “h. 24”, e persino un isolamento totale di ben otto anni<sup>82</sup>.

Va da sé, quindi, che pure ora la Corte EDU riservi lo stesso trattamento alle puntiformi recrudescenze di quei movimenti criminali<sup>83</sup>.

### 3. Non solo sicurezza

La bidimensionalità dell'ermeneutica convenzionale emerge limpidamente non solo quando entrano in gioco pressanti istanze di prevenzione (diritto alla sicurezza delle vittime virtuali), ma anche quando si tratta di colpire gravi violazioni dei diritti umani (diritto alla punizione delle vittime concrete).

Con buona pace, in questo secondo scenario, della legalità penale convenzionale: che si esaurisce - e non è poco, per carità - in un diritto alla “ragionevole prevedibilità della punizione”, sia per mano del legislatore parlamentare (divieto di leggi sfavorevoli retrospettive: retroattività “palese”), sia per mano del giudice-fonte (*prospective overruling*: divieto di retroattività “occulta”)<sup>84</sup>.

Lo sappiamo tutti, anche se qualcuno simula amnesie al riguardo: la Corte EDU non ha mai esitato a sottoscrivere punizioni *clamorosamente imprevedibili*, quando s'è trattato di colpire vittimizzazioni su larga scala (*gross violations*) o, più semplicemente, fatti spregevoli (*heinous*).

Ed in effetti: i soldati DDR appostati lungo il confine intertedesco potevano prevedere che la scriminante *ex art. 27 Grenzgesetz*, che sulla carta legitti-

<sup>82</sup> Sul punto, anche per i necessari richiami, NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 132 ss.

<sup>83</sup> Corte EDU, II, 1° aprile 2014, Bellomonte c. Italia, concernente una presunta “nuova brigata rossa” - poi assolta nel merito per insussistenza del fatto - collocata nel circuito di alta sicurezza (AS2) del carcere di Catanzaro, in una cella singola, buia ed esposta al sole, la cui finestra era stata murata; a ciò, si aggiungevano il divieto di contatti con altri detenuti e la notevole lontananza del penitenziario dal luogo di dimora dei familiari. Pure qui, dopo aver ribadito che l'impossibilità di partecipare ad attività fuori dalla cella non costituisce, di per sé, un trattamento inumano o degradante, la Corte EDU si è rifugiata dietro il consueto *standard* probatorio, concludendo che il ricorrente «non ha fornito alcun elemento che permetta di dimostrare la sua affermazione secondo la quale l'ingresso dell'aria e della luce nella sua cella sarebbe stato a tal punto limitato da essere costitutivo di una violazione dell'art. 3».

<sup>84</sup> Così già ROLLAND, sub *art. 7*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, a cura di Pettiti, Decaux, Imbert, Paris, 1999, 293 ss.

mava l'uso di armi da fuoco solo in presenza di date circostanze (dopo aver sparato colpi di avvertimento e, in ogni caso, solo nei casi in cui l'attraversamento integrasse un *Verbrechen*)<sup>85</sup>, ma che, di fatto, non era mai stata applicata (l'ordine era di sparare per uccidere, e mai una Procura aveva aperto un fascicolo perché un *Mauerschutz* aveva travalicato i limiti dell'agire consentito)<sup>86</sup>, sarebbe stata re-interpretata in chiave "amica dei diritti dell'uomo" (*menschenrechtsfreundliche Auslegung*) decenni dopo?<sup>87</sup>

La domanda è retorica, ovviamente; eppure, si tratta di punizioni che la Grande Camera della Corte europea ha avallato, peraltro senza neppure servirsi della deroga ex art. 7, par. 2, C.E.D.U.<sup>88</sup>.

Ancora: il marito che abusava sessualmente della propria consorte avrebbe mai potuto immaginare che la cd. *marital immunity*, una causa di non punibilità senz'altro vigente al momento dell'abuso, sarebbe stata successivamente neutralizzata, *via overruling*, dalla House of Lords?<sup>89</sup>

Pure qui, la domanda è retorica; pure qui, però, la Corte EDU ha ritenuto conforme alla regola ex art. 7, par. 1, C.E.D.U. la punizione del marito stupratore<sup>90</sup>.

Qualche "prova del nove" del doppiopesismo convenzionale?

Ci limitiamo a proporre tre: Pessino, Sud Fondi e Varvara<sup>91</sup>.

Tutto "penale bianco", artificiale, senza vittime da rassicurare o pacificare; e allora sì, che il divieto di retroattività sfavorevole può essere esteso a un *rever-*

<sup>85</sup> Per un dettagliato affresco della normativa di riferimento, BRUNNER, *Neue Grenzregelungen der DDR*, in *NJW*, 1982, 2479 ss. Si trattava dunque di una scriminante che, sulla carta, era ispirata a criteri di proporzionalità di matrice democratica: FROMMEL, *Die Mauerschützenprozesse-eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel*, in *FS Arth. Kaufmann*, 1993, 81 ss.; DREIDER, *Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzesetzes*, *ivi*, 57 ss. Del resto, anche l'ordinamento federale autorizzava l'uso di armi da sparo nel caso di attraversamento illegale («Legge federale sul confine» del 18 marzo 1961).

<sup>86</sup> Per un accurato resoconto statistico-criminologico, v. MARXEN, WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin, 1999, 141 ss.

<sup>87</sup> Con conseguente condanna per quelle "uccisioni dei fuggiaschi": sul punto, fra i molti, HÄBERLE, *Diskussionbeitrag*, in *VVDStRL*, 1992, 117 ss.; HERZOG, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze*, in *NJ*, 1993, 1 ss.; DANNECKER, *Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, in *Jura*, 1994, 585 ss.; HIRSCH, *Rechtsstaatliche Strafrecht un staatlich gesteuertes Unrecht*, Düsseldorf, 1996, *passim*.

<sup>88</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 22 marzo 2001, Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania.

<sup>89</sup> JEFFERSON, *Criminal law*, Harlow, 2003, 4; CARD (eds.), *Card, Cross, & Jones - Criminal law*, Oxford, 2008, 18; JURATOVITICH, *Retroactivity and the common law*, Oxford-Portland, 2008, 129; ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 2009, 62.

<sup>90</sup> Corte EDU, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito; Corte EDU, 22 novembre 1995, CR c. Regno Unito.

<sup>91</sup> Corte EDU, II, 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia; Corte EDU, II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia; Corte EDU, II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia.

*sal* interpretativo (Pessino), e che le garanzie sostanziali e processuali della giustizia penale (nessuna pena senza colpevolezza: Sud Fondi; nessuna pena senza condanna: Varvara) possono agganciare pure sanzioni non liberticide. Stesso discorso, lo diciamo solo per prevenire obiezioni, vale per il *leading case* Welsh (applicazione retroattiva del *confiscation order*)<sup>92</sup>: che non riguardava reati artificiali (traffico di stupefacenti), certo, ma concerneva comunque una vicenda connotata dall'assenza di vittime in carne e ossa.

#### 4. Dal doppiopesismo al banderuolismo

E fin qui andrebbe pur bene, sapremmo con chi abbiamo a che fare: con un interprete che si muove secondo traiettorie – incoerenti rispetto alla “umanità” dei diritti che dovrebbe tutelare ma – coerenti quanto all'*output* politico-criminale, ispirato, appunto, alla prevalenza della sicurezza dei diritti delle vittime sulle garanzie che custodiscono l'*habeas corpus* del reo.

Se le cose stessero sempre così, in effetti, il Nazgûl, tutto sommato, sarebbe governabile-prevedibile: potremmo aspettarci un *potenziamento* delle garanzie penalistiche, a magari introiettarlo, quando si discorre di *ordinary crimes* e pericoli normali, e quando non ci sono vittime vulnerabili che reclamano giustizia; e dovremmo invece aspettarci una *flessione-sacrificio* di quelle garanzie, stavolta da rinviare al mittente, quando si tratta di pericoli anormali e perduranti, e di fatti gravemente antisociali.

Ma le cose, ahinoi, non seguono sempre questi schemi.

Lo dimostra, fra gli altri, lo *strange case* di Bruno Contrada: un uomo tenuto in grande considerazione dai giudici europei, e ciò nonostante sia stato implicato in – e pure condannato per – fatti di mafia.

Ora, quando si parla di Contrada e Corte EDU, il primo scenario a cui si pensa è la recente condanna per violazione dell'art. 7 C.E.D.U.<sup>93</sup>: arresto, questo, molto attenzionato dalla dottrina<sup>94</sup> – e opportunamente sdrammatizzato dalla giurisprudenza.

<sup>92</sup> Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito.

<sup>93</sup> Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

<sup>94</sup> Cfr. per es., fra i più autorevoli, DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 11 ss.; DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 348 ss.; MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2016; PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2016, 3, 4 ss.; PULTANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 46 ss.; VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs legalità 'convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 1 ss.

Non tutti sanno, però, che lo stesso Contrada, con separato e precedente ricorso, lamentò pure di aver subito trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3 C.E.D.U.*, e ciò perché, a dispetto dell'età avanzata e delle diverse patologie che ne affliggevano il corpo (diabete, ipertrofia prostatica, artrosi, ischemie cerebrali, cardiopatia) e la mente (iponutrizione e disturbi depressivi), era stato rinchiuso nel carcere militare di Santa Maria Capua Vetere.

E la Corte EDU, già in quell'occasione, e contro ogni pronostico, condannò lo Stato italiano: per avere *concesso* a Contrada la detenzione domiciliare *solo dopo nove mesi* dalla sua (prima) domanda<sup>95</sup>.

Ripetiamolo, perché chi ci legge potrebbe pensare a un *lapsus calami*: siamo stati sanzionati perché non abbiamo “prontamente scarcerato” un condannato per mafia, ossia un ristretto “pericoloso” che aveva contribuito a vittimizzazioni massive, in precarie condizioni di salute.

E la *constant and established case-law* in punto di criminalità mafiosa?

Una svista?

Fatto sta che, solo un anno dopo, lo stesso Contrada ha incassato un ulteriore e persino più inaspettato successo a Strasburgo, guadagnando una *ratio decidendi* che, a prenderla sul serio, rivoluzionerebbe il nostro tradizionale modo d'intendere gli equilibri fra libertà di autodeterminazione individuale e amministrazione della giustizia penale.

Afferma stavolta la Corte EDU: la specifica norma generata dal combinato disposto degli artt. 110, 416-*bis* c.p., al momento del fatto, non era sufficientemente chiara-stabilizzata, perché una parte della giurisprudenza ammetteva, ed altra parte si rifiutava di concepire, il concorso esterno in associazione mafiosa; figura, questa, di cui i giudici europei sottolineano la «origine giurisprudenziale»<sup>96</sup>.

Certo, seguita la Corte, non è che l'ordinamento italiano, sempre al momento dello “aiuto” prestato da Contrada, non conoscesse-praticasse lo “schema generale” del concorso esterno *nel reato associativo*<sup>97</sup>; né era incerta la *rilevanza penale* della condotta del ricorrente, la quale rimbalzava fra concorso esterno, responsabilità associativa e favoreggiamento<sup>98</sup>.

Ad essere oscura, non stabilmente acquisita al sistema, «non sufficientemente

---

<sup>95</sup> Corte EDU, II, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia, §§ 75 ss.

<sup>96</sup> Corte EDU, IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit., § 66.

<sup>97</sup> Essendocene applicazioni in materia di cospirazione politica e terrorismo: Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit., § 71.

<sup>98</sup> Così anche MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 luglio 2015, 1 ss.

chiara e prevedibile», era invece la figura “di parte speciale” del concorso esterno in associazione di stampo mafioso: perciò, era imprevedibile pure la *specificità misura della pena* che sarebbe seguita alla commissione di quel “contributo”<sup>99</sup>.

Tanto è bastato per ritenere violata la garanzia *ex art. 7 C.E.D.U.*

Una seconda, spettacolare e inimmaginabile vittoria di Contrada.

E se già il doppio peso-velocità dei diritti convenzionali ci aveva convinto a diffidare della Corte EDU, figurarsi quanto ci spinge lontano da quel giudice la sua estemporanea schizofrenia politico-penale.

\* \* \*

Visto che ci siamo, coglieremmo l’occasione per dire la nostra sul senso della “Contrada *bis*”.

Se anche fosse vero, cosa che non ci pare proprio, che il concorso esterno in mafia era – e, quindi, sarebbe ancora – una figura di fattura analogico-giurisprudenziale<sup>100</sup>; anche a voler supervalutare, cioè, lo (sciatto, erroneo) inciso con cui la Corte EDU ha lasciato intendere che il fatto *ex artt. 110, 416-bis c.p.* manca di una base legale (parlamentare) positivizzata<sup>101</sup>, di certo non siamo stati censurati per questo: posto che, come sappiamo tutti, nel sistema europeo il giudice è autentica fonte del diritto<sup>102</sup>.

È dunque impensabile che ci abbia addebitato la violazione della riserva di legge statale un organo che neppure concepisce quella garanzia formale<sup>103</sup>; vi-

---

<sup>99</sup> Corte EDU, IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit., § 75.

<sup>100</sup> Trattandosi viceversa di fattispecie che il giudice costruisce sul piano normativo, certo, *ma senza fare analogia*, ossia muovendosi dentro il campo semantico dagli enunciati *ex artt. 110, 416-bis c.p.*: in questo senso, giustamente, Corte cost., sent. n. 48 del 2015; Cass., Sez. II, 21 aprile 2015, Agostino, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 ottobre 2015; Cass., Sez. II, 13 aprile 2016, Trematerra, *ivi*, 9 giugno 2016; Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, Ciancio, *ivi*, 18 ottobre 2016.

<sup>101</sup> *Obiter dictum*, ripetiamo, scorretto, oltre che insignificante nell’economia della decisione. Bene ha fatto quindi la Suprema Corte (Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, Ciancio, cit.) a neutralizzare la decisione con cui il G.i.p. di Catania, adito da un “fratello minore” di Contrada, ha supervalutato quell’inciso, traendone la conseguenza che il concorso esterno in mafia manchi di una base legale positivizzata e, perciò, non sia, né sia mai stato, previsto dalla legge come reato; con ciò, peraltro, applicando direttamente – senza passare dalla Consulta – la sentenza della Corte europea: G.i.p. Catania, 21 dicembre 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, spec. 108 ss.

<sup>102</sup> Sul punto, volendo, VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 285 ss. Tutto ciò, ovviamente, vale pure per l’ordinamento euro-unitario: cfr. ad es. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2017, 1 ss.

<sup>103</sup> Conf. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, 1 ss.

ceversa, siamo stati condannati perché la norma reale che incriminava il concorso esterno in associazione mafiosa, al momento del fatto, era troppo vaga e imprecisa.

Se quella “condotta partecipativa” fosse stata descritta da una disposizione di parte speciale, insomma, si sarebbe trattato di un testo eccessivamente ermetico, non sufficientemente tassativo – come i sintagmi “disastro innominato” ed “ingente quantità”, per intenderci; o meglio ancora: di un testo che, sempre al momento della condotta, coagulava gravi e profondi conflitti interpretativi.

Troppi contrasti interpretativi per riuscire a cogliere il divieto, dunque, e quindi – è questo il passaggio potenzialmente sovversivo – pure la pena collegata alla sua violazione; non un problema *diacronico* di retroattività occulta, perciò, ma un problema di tassatività della condotta incriminata, pregiudicata dalla presenza di conflitti ermeneutici *sincronici*<sup>104</sup>.

Ebbene, come giustiziare/introiettare questa massima – ammesso, ma niente affatto concesso, che non sia invece più opportuno rinviarla al mittente?

A volerla considerare davvero una sentenza-legge di portata generale (o di principio, o quasi pilota)<sup>105</sup>, dovremmo prendere atto delle ricadute sistemico-generalì (*i*) e casistico-individuali (*ii*) che essa è destinata a produrre.

(*i*) Dal punto di vista sistemico, introiettare quella massima significherebbe potenziare la scusante *ex art. 5 c.p.*, che abbiamo sempre dedicato, almeno in teoria, ai casi di contrasti interpretativi sincronici. In effetti, una volta europeizzata-contradizzata, la nostra norma di favore ne uscirebbe profondamente rivitalizzata: a ché l'errore/ignoranza della legge penale possa essere considerato evitabile/inescusabile, non basterebbe (più) la possibilità di conoscere l'illiceità penale *tout court* del fatto, e ciò quand'anche – come nel caso di Contrada – tutto sia meno che artificiale<sup>106</sup>; ci vorrebbe invece che l'ordinamento, scritto e vivente, ci metta in condizione di conoscere nitidamente e anticipatamente lo *specifico* illecito che verrà addebitato e, quindi, lo

<sup>104</sup> Qualche cenno in VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale. Bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 giugno 2016, 1 ss., 17 ss.

<sup>105</sup> *Contra* C. App. Palermo, ord. n. 639 del 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2017, che, per conseguenza, ritiene quella *ratio decidendi* non estensibile ai “casi analoghi” a quello di Contrada.

<sup>106</sup> Lo rileva criticamente anche PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge cit.*, 51 ss. È appena il caso di rammentare, infatti, come la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 364 del 1988, abbia di fatto limitato il *range* operativo della scusante ai reati artificiali: STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1988, 1313 ss.

*specifico* corredo sanzionatorio per esso previsto.

Decenni di teoria e prassi del *Verbotsirtum* al macero, in buona sostanza, come pure la stroncatura di qualsiasi progetto efficientista: basterebbero contrasti sussuntivo-qualificatori (favoreggiamento oppure concorso esterno? Furto con strappo oppure rapina? Omicidio oppure omicidio del consenziente?) a rendere imprevedibile la pena, e, quindi, a elidere la *culpa iuris*<sup>107</sup>.

Saremmo proiettati di colpo, insomma, nell'iperuranio del garantismo penale.

D'altronde, ci troveremmo di fronte a uno scenario tutto sommano analogo (anti-efficientista, indulgenzialista) se, invece di optare per un percorso "subiettivistico" (art. 5 c.p.), facessimo transitare l'*input* sovranazionale sul piano "oggettivo" ex art. 25 Cost., rileggendo il principio di determinatezza alla luce della "regola Contrada"<sup>108</sup>.

Si tratta di una ricostruzione fascinosa, e di certo più coerente col senso dell'arresto della Corte EDU: visto che il giudice, quando non oltrepassa il campo semantico degli enunciati scritti, quando, cioè, rende interpretazioni legittime ex artt. 25, co. 2, 101 Cost., contribuisce altrettanto legittimamente al processo di stabilizzazione/tipizzazione del precetto penale, allora va da sé che un conflitto giurisprudenziale grave e profondo pregiudichi la determinatezza di quel precetto, compromettendone la conoscibilità e, di qui, rendendo "imprevedibile" la pena destinata a essere inflitta<sup>109</sup>.

Morale: diventerebbero giustiziabili per incostituzionalità - *via* sentenza interpretativa di accoglimento - norme reali vaghe e indeterminate, come era, e, ci pare, continui ad essere, quella ex artt. 110, 416-*bis* c.p.

(ii) Quali i rimedi a disposizione di Contrada e, soprattutto, dei suoi "fratelli minori"? Per come la vediamo noi, qualsiasi risposta al quesito deve fare i conti con due dati fermi.

Il primo: le sentenze della Corte EDU *non* possono spiegare effetti (vincolanti e) *generalizzanti* diretti, tanto meno iperretroattivi, nel sistema domestico.

<sup>107</sup> Così, correttamente, LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2017, 1 ss., 7 ss.

<sup>108</sup> Sul punto, v. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 348 ss.

<sup>109</sup> Del resto, pure la legalità penale, *sub specie* di precisione, divieto di analogia e irretroattività, intende garantire la prevedibilità della punizione (già) sul piano dei connotati obiettivi dell'illecito (prevedibilità in senso soggettivo *ma impersonale*), rilasciando al *test* di colpevolezza (art. 5 c.p.) tutto ciò che attiene alla prevedibilità della condanna da parte di quell'accusato in carne e ossa (prevedibilità in senso soggettivo e *individualizzato*); e, dal punto di vista dello "uomo ragionevole", è indifferente che la "imprevedibilità della pena" dipenda da mutamenti post-fattuali del diritto scritto o vivente, oppure da oscurità lessicali od oscillazioni qualificative, v. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale. Biotechnological strengthening o manipolazione autodistruttiva*, cit., 20 ss.

Le regole d'ingaggio disegnate a partire dalle "prime gemelle", dunque, vanno ribadite: il giudice comune, nel caso in cui l'antinomia fra diritto domestico e normativa convenzionale non sia appianabile in via ermeneutica, deve passare la palla alla Consulta.

Il secondo: l'unico strumento a disposizione del ricorrente vittorioso a Strasburgo, come pure di chi si trova in una situazione (non solo analoga ma) del tutto identica<sup>110</sup>, per cancellare - stavolta in via diretta e immediata - *dalla sua vicenda concreta* la violazione acclarata dalla Corte EDU, è la revisione europea *ex art. 630 c.p.p.*

E quindi, condividiamo il muro opposto dalla Corte d'Appello di Palermo alle istanze *ex art. 673 c.p.p.* avanzate da Contrada<sup>111</sup> e dal suo sedicente clone Marcello Dell'Utri<sup>112</sup>: applicare quella disposizione processuale, infatti, avrebbe significato equiparare una *sentenza* della Corte EDU a una *legge abolitiva* direttamente applicabile; "*upgrading* britannizzante", questo, che finora - e chissà se continueremo a farlo - abbiamo riservato alla sola casistica eurounitaria<sup>113</sup>.

Ancora, bene ha fatto la Corte d'Appello di Caltanissetta, adita dai difensori di Contrada, a ritenere *ammissibile* l'istanza di revisione europea *ex art. 630 c.p.p.*; piuttosto, stupisce non poco l'epilogo cui è pervenuto il giudice nisseno, il quale ha considerato quella richiesta *infondata* giacché, diversamente da quanto aveva (nitidamente, inequivocabilmente) statuito la Corte europea, la condanna per concorso esterno poteva dirsi "ragionevolmente prevedibile"<sup>114</sup>. Sia come sia, preso atto della chiusura di ogni varco all'ingresso *immediato* della "regola Contrada" nel sistema domestico, e volendo - solo - per un momento immaginarci nell'iperuranio del garantismo penale, pare che la sola via percorribile, oltre che capace di accontentare tutti, sia una pronuncia in-

<sup>110</sup> È quanto innovativamente statuito da Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2017, che, superando una precedente posizione di chiusura (Cass., Sez. VI, 29 maggio 2014, Attanasio, in *Cass. pen.*, 2015, 1956 ss.), e precisando che la "revisione europea" è azionabile anche nel caso di acclarata violazione di norme sostanziali, ha finalmente esteso il suddetto rimedio a coloro che si trovino in una situazione (anche soggettiva) *del tutto identica* a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo.

<sup>111</sup> C. App. Palermo, I, ord. n. 466 del 2016, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 gennaio 2017, con scheda di Bernardi.

<sup>112</sup> C. App. Palermo, I, ord. n. 639 del 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2017, con scheda di Bernardi.

<sup>113</sup> Produttiva di effetti *in bonam partem*, ovviamente: v. *supra* nt. 5.

<sup>114</sup> Il giudice nisseno, insomma, si è di fatto rifiutato di dare esecuzione all'arresto della Corte EDU - come invece gli imponeva la *lex scripta* - contestandone nel merito la decisione, ossia contraddicendo-sindacando la (chiara, inequivoca) statuizione di "imprevedibilità della sanzione" ivi cristallizzata: conf. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016, 1 ss., 4 ss.

terpretativa di accoglimento del Giudice delle leggi: che, constatata la perdurante imprecisione della norma reale che incrimina il concorso esterno in mafia, la espella dall'ordinamento per conflitto col principio di determinatezza *ex art. 25, co. 2, Cost. (supra punto i)*.

A quel punto, Bruno Contrada, i suoi cloni (casi identici) ed i suoi fratelli minori (casi analoghi) ben potrebbero pretendere la revoca del giudicato di condanna *ex art. 673 c.p.p.*, o, comunque, guadagnare un proscioglimento per essere il fatto non più previsto dalla legge come reato.

#### **5. In postilla: il senso di umanità della Cassazione e l'uso finalizzato del diritto europeo**

Mentre concludevamo queste note sparse, la Suprema Corte pubblicava le ragioni che l'avevano indotta a cassare la decisione con cui il Tribunale di Sorveglianza di Bologna aveva rigettato l'ennesima istanza *ex artt. 147 c.p., 47-ter ord. penit.* proposta da Salvatore Riina, sul presupposto che le pur gravi patologie del ristretto fossero trattabili - e fossero state puntualmente trattate - in ambiente carcerario; e che la eccezionale pericolosità del detenuto, mai resipiscente e mai domo<sup>115</sup>, oltre che la piena e perdurante operatività dell'organizzazione di cui occupa(va) il vertice assoluto, giustificassero una eccezionale compressione dei suoi diritti fondamentali, tanto più che, per svolgere il ruolo di apicale-mandante, non sarebbe «necessaria [...] una prestanza fisica»<sup>116</sup>.

Argomenti e bilanciamenti, questi, che paiono teleguidati dall'Alsazia: un giudice bolognese, insomma, che parla in perfetto strasburghese (*retro* § 2).

La Cassazione, invece, ha scelto un idioma differente: quello dei diritti e della pena davvero umani, dell'imponderabilità della dignità personale, e del rifiuto di astrattismi agganciati al tipo d'autore-reato; ed ha imposto alla magistratura di sorveglianza di ricalibrare la sua pronuncia, di verificare cioè se, e fino a che punto, sia "traducibile" in un linguaggio umanistico: *ri-*considerando la compatibilità fra detenzione e stato di salute del ristretto in relazione non solo a - la trattabilità in carcere de - le singole patologie che ne mettono a repentaglio la sopravvivenza, ma, più ampiamente, con riguardo ad «ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità», ossia al «complessivo stato di logoramento fisico in cui versa il soggetto, sovente aggravat[o] anche da altre cause non patologiche

---

<sup>115</sup> L'ultima condanna per minacce rivolte alla magistratura e al personale di Polizia penitenziaria, sottolineava il Tribunale, era infatti piuttosto recente (2013): v. Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, Riina, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2017.

<sup>116</sup> Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, Riina, cit.

come, nel caso di specie, la vecchiaia»<sup>117</sup>; e *in* praticando, in modo meno sbrigativo e più concreto, il *test* di recidivanza, che andrà appoggiato su «precisi argomenti di fatto» capaci di dimostrare-attualizzare la pericolosità del detenuto nonostante il sopravvenuto «stato di decozione in cui versa»<sup>118</sup>.

Qui, dunque, è la Suprema Corte a fare sul serio coi diritti umani dei detenuti pericolosi, molto di più di quanto non abbia mai fatto il Giudice europeo dei diritti umani; ed è piuttosto curioso come, nel farlo, essa richiami ripetutamente le disposizioni C.E.D.U.<sup>119</sup>: quasi fossimo dentro una *pièce* pirandelliana i cui protagonisti si scambiano i ruoli intrecciando la realtà con la finzione.

---

<sup>117</sup> Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, Riina, cit.

<sup>118</sup> Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, Riina, cit.

<sup>119</sup> Cass., Sez. I, 23 marzo 2017, Riina, cit.