

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 26/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35474-la-consulta-sulla-revoca-della-sentenza-per-abolizione-del-reato-e-l-equiparabilit-del-mutamento-della-giurisprudenza-delle-ss-uu-all-abolitio-criminis>

Autore: Matteo Timoncini

La Consulta sulla revoca della sentenza per abolizione del reato e l'equiparabilità del mutamento della giurisprudenza delle SS.UU. all'abolitio criminis

ALMA MATER STUDIORUM

UNIVERSITA' DI BOLOGNA

Scuola di specializzazione per le professioni legali "Enrico Redenti"

Direttore Prof. Massimo Franzoni

La Consulta sulla revoca della sentenza per abolizione del reato e l'equiparabilità del mutamento della giurisprudenza delle SS.UU. all'*abolitio criminis*.

TESI DI SPECIALIZZAZIONE

Presentata dal Dott.

Matteo Timoncini

Relatore Chiar.mo Prof.

Renzo Orlandi

A.A. 2012/2013

La Consulta sulla revoca della sentenza per abolizione del reato e l'equiparabilità del mutamento della giurisprudenza delle SS.UU. all'*abolitio criminis*.

di Matteo Timoncini

“Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.”

Montesquieu, "L'Esprit des Lois", XI, chapitres III-VI. Genève, 1748

“Res judicata pro veritate accipitur.”

Ulpiano, Digesto (I, 5, 25).

Sommario: Premessa - **1.** L'origine della rimessione. - **1.1** Alcuni casi di revoca nelle more del giudizio costituzionale. - **2.** La questione sollevata e le sue principali basi argomentative. - **3.** La mancata pronuncia di inammissibilità. - **4.** L'esame nel merito della questione. - **4.1** Il parametro interposto di legalità convenzionale. - **4.2** Il vaglio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* - **5.** Gli errori del rimettente e delle pronunce intervenute *medio tempore*. **6.** Sono possibili vie alternative a quella prospettata in rimessione? - Conclusioni.

Premessa

Con l'arresto giurisprudenziale che si va analizzando, la Consulta è andata a dirimere un delicato punto di frizione tra diverse tesi presenti in dottrina che, quantomeno nell'ultimo periodo, stava sempre più andando ad alimentare un simile contrasto anche in seno alla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità¹.

¹ Alcune esemplificazioni di come l'orientamento minoritario, argomentato dal giudice rimettente, stesse prendendo piede sono l'ordinanza del Tribunale di Torino del 30 gennaio 2012 (giudice: Recchione), che applica l'art. 673 c.p.p. in un caso simile a quello da cui è scaturita l'ordinanza di rimessione, e la sentenza della

La questione, che come si vedrà ha radici molto profonde, ha trovato quale punto di emersione una norma del libro decimo del codice di procedura penale che disciplina l'esecuzione dei provvedimenti dei giudici penali.

La norma è l'art. 673 c.p.p. che disciplina la revoca delle pronunce di condanna, di applicazione della pena su richiesta delle parti², e di proscioglimento o non luogo a procedere per estinzione del reato o mancanza di imputabilità, da parte del giudice dell'esecuzione nei casi di *abolitio criminis*, avvenuta a seguito di abrogazione legislativa o dichiarata illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

Come si vedrà, la precisione della norma nell'esplicitare la portata dell'*abolitio criminis*, che per molti potrebbe essere del tutto pleonastica, si rivelerà essere il fulcro della questione rimessa al giudice delle leggi.

Da un caso pratico di mutamento della giurisprudenza delle Sezioni unite dei giudici del Palazzaccio, emergerà in tutta la sua ampiezza quella che appare essere un'incongruenza logica del nostro sistema penale ed un inaccettabile lesione delle fondamentali libertà dell'individuo.

L'arresto della Consulta che ne scaturisce, già criticato per l'aver affrontato il merito della questione quando era ben possibile una pregiudiziale pronuncia di inammissibilità, risulta riccamente argomentato e dotato di una solidità teorica notevole.

Nonostante tali caratteri, non sempre presenti in decisioni su questioni tanto delicate, potrebbe non costituire la parola "fine" per coloro che, forti di un'inarrestabile evoluzione delle norme di fonte sovranazionale, dell'elidersi dei confini un tempo, forse, più netti tra produzione e interpretazione norma-

Sez. I della Corte di Cassazione del 21 dicembre 2011 (dep. 12 gennaio 2012) n. 545 anch'essa per l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. seppure argomentando tale risultato ermeneutico in termini in parte diversi rispetto al giudice torinese.

² Nonostante la mancata menzione nel testo dell'art. 673 c.p.p. delle sentenze emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p., è ormai pacifica l'inclusione di tali pronunce nella norma "*atteso che, da un lato, il rito del patteggiamento non tocca il principio di diritto sostanziale nullum crimen sine lege, operante anche retroattivamente*" e "*dall'altro, il giudice dell'esecuzione non deve compiere alcun accertamento di merito, ma solo la valutazione in astratto della fattispecie oggetto della sentenza rispetto al nuovo assetto del sistema penale e ciò anche quando la norma incriminatrice non sia stata interamente abrogata, ma riscritta con una riduzione del relativo ambito di operatività*" (cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 2000, n. 4968 (Battistella) e 19 ottobre 2007, n. 42407).

tiva, e della mutevolezza dei bilanciamenti tra principi costituzionali non riescono a tollerare una compressione del principio di uguaglianza.

1. L'origine della rimessione

L'occasione per la pronuncia in esame si ha con la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale da parte del giudice della terza sezione penale del Tribunale di Torino che si trovava a decidere circa la revoca *ex art. 673 c.p.p.* della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti passata in giudicato per violazione dell'art. 6, co. 3, D.lgs. n. 286/1998, riguardante la mancata ottemperanza all'ordine di esibizione di documenti d'identificazione o di soggiorno.

Per comprendere l'esatta morfologia della questione sollevata davanti alla Corte, occorre fare un passo indietro e osservare gli elementi fondamentali della vicenda che ha riguardato l'art. 6, co. 3, D.lgs. n. 286/1998.

La norma incriminatrice oggi sanziona *“Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato [...] con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000”*.

Questo è il testo successivo alle modifiche apportate dalla l. n. 94/2009 (c.d. pacchetto sicurezza) che ha aumentato i massimi edittali delle pene detentive e pecuniarie previste, ha riformulato i termini definitivi della condotta da “mancata esibizione” a “non ottemperanza all'ordine di esibizione” e, soprattutto, ha sostituito la disgiunzione “ovvero” che separava l'elencazione dei documenti di identificazione da quelli di soggiorno con la diversa locuzione “e”.

La disgiunzione era interpretata dalle Sezioni unite della Cassazione³ nel senso di porre i documenti identificativi e di soggiorno in un rapporto di equipollenza.

³ Sentenza Cass. pen. SS.UU., 29/10/2003, n. 45801, Mesky. (Guida al Diritto, 2004, 1, 68)

La Suprema Corte chiarì che l'esibizione di un documento di una delle due categorie previste (identificazione e soggiorno) era sufficiente ad escludere la configurazione dell'illecito.

Si aveva un condotta illecita, quindi, solo nel caso in cui nessun documento fosse esibito, alla richiesta, agli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza.

La norma era considerata posta a tutela del solo interesse alla pronta identificazione del soggetto controllato e non anche all'immediata verifica della regolarità del suo soggiorno.

Ferma restando l'inesigibilità, secondo la clausola del giustificato motivo, di documenti di cui la persona non poteva essere in possesso a causa della sua illegittima presenza sul territorio⁴, la norma si andava ad applicare anche agli stranieri irregolari che omettevano di esibire un documento idoneo all'identificazione.

In seguito alla citata novella legislativa, si riscontrarono due orientamenti contrastanti: il primo, in continuità con l'interpretazione precedente, svalutava la modifica del testo normativo e riteneva ancora paritaria la possibilità di esibizione di documenti⁵ con conseguente applicabilità della norma anche agli stranieri in posizione irregolare; il secondo, che dava maggior significato ai mutamenti, riteneva cambiato l'interesse protetto. Il nuovo ambito comprendeva anche l'immediata verifica della regolarità del soggiorno.

Secondo la tesi da ultimo considerata, adottata dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza Alacev⁶, la novella oggi richiede l'esibizione sia di un documento idoneo all'identificazione sia di un documento per la verifica della presenza di un valido titolo di soggiorno.

Stante la pacifica⁷ inesigibilità dell'esibizione dei documenti di soggiorno da parte di persone illegalmente immigrate, in quanto ontologicamente prive

⁴ Sentenza Cass. Mesky cit.

⁵ Sentenza Cass. pen., Sez. I, 18/11/2009, n. 44157, Calmus (Foro It., 2010, 2, 2, 70) e Sentenza Cass. pen., Sez. III, 21/01/2011, n. 1857, Ben Ali (CED Cassazione, 2011) "*La fattispecie criminosa di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato, introdotta dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, non ha abrogato, né esplicitamente né implicitamente, il reato di omessa esibizione, senza giustificato motivo, dei documenti identificativi, previsto dall'art. 6, comma terzo, D.lgs. n. 286 del 1998*".

⁶ Sentenza Cass. pen. SS.UU., 27/04/2011, n. 16453, Alacev. (CED Cassazione, 2011; Dir. Pen. e Processo, 2011, 11, 1348; Riv. Polizia, 2011, 10, 653)

⁷ Sentenza Cass. pen. Mesky e Calmus cit.

di essi, la Cassazione ha ritenuto che la novella abbia provocato un'*abolitio criminis* nei confronti di coloro che sono irregolarmente nel paese.

Semplificando: se la vecchia norma era applicabile anche agli stranieri irregolarmente presenti che non esibivano alcun documento, la novella non lo è più in alcun caso, poiché andrebbe a pretendere un comportamento inesigibile nei confronti di questi.

La Corte evidenzia inoltre come l'interpretazione data non sia basata sulla clausola del giustificato motivo. Tale clausola attiene ad elementi oggetto di esclusiva valutazione da parte dei giudici di merito mentre altro è ciò che si afferma, cioè l'ontologica incompatibilità tra quanto richiesto e la situazione in cui versa l'immigrato irregolare, con conseguente inapplicabilità della norma a quest'ultimo.

Tale differenza non è di poco conto. Solo nel caso di *abolitio criminis*, infatti, il principio della retroattività (*rectius* iperretroattività) favorevole della *lex mitior*, di cui al comma 2° dell'art. 2 c.p., trova applicazione⁸.

Proprio tale principio viene ad essere la ragione fondante la questione sollevata dal giudice torinese essendo l'art. 673 c.p.p. applicazione pratica dello stesso.

Il giudice del Tribunale di Torino è investito della domanda del Pubblico Ministero di revoca parziale *ex art. 673 c.p.p.* della sentenza che ha applicato la pena di cui all'art. 6, co. 3, D.lgs. n. 286/1998 ad un cittadino straniero irregolarmente presente in Italia.

La sentenza oggetto della richiesta era passata in giudicato prima del deposito delle motivazioni della sentenza delle Sezioni unite⁹, che ha optato per

⁸ Conso, Giovanni, e Vittorio Grevi. Compendio di procedure penale. VI edizione. CEDAM, 2012.

⁹ Nell'ordinanza di rimessione – Ordinanza del Tribunale di Torino, Sez. III penale, del 27/06/2011. Giudice: Natale (Dir. Pen. Cont. 26 Luglio 2011) – si dà rilievo alla circostanza per cui la persona colpita dalla sentenza di cui si chiedeva la revoca non è stata “salvata” dalla Cassazione per pochissimi giorni, infatti, nonostante la sentenza delle SS.UU. Alacev fosse già stata pronunciata (il 24/02/2010), non ne erano ancora state depositate le motivazioni quando (il 09/03/2010) il ricorso per cassazione fu dichiarato inammissibile facendo passare in giudicato la sentenza e precludendo definitivamente al giudice di merito la revoca della stessa. Infatti, come affermato da Cass. pen., Sez. I, 01/06/2011, n. 22105, “*fin tanto che il giudicato formale non si sia formato, spetta al giudice della cognizione prendere atto della intervenuta abolitio criminis e annullare la condanna per fatto divenuto privo di rilievo penale*”.

l'interpretazione nel senso dell'*abolitio criminis* legislativa, ed era stata pronunciata per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della l. n. 94/2009.

Nel caso di specie non sono quindi di alcun rilievo le questioni intertemporali riguardanti la modifica legislativa, essendo al tempo dei fatti già intervenuta.

La persona si trovava ad essere stata punita per fatti ritenuti non più penalmente rilevanti, in conseguenza dell'avvenuta *abolitio criminis*, e in forza di un provvedimento non passibile di revoca *ex art. 673 c.p.p.*, in quanto intervenuto solo dopo la modifica legislativa, nonostante l'*abolitio* fosse stata rilevata dalle Sezioni unite solamente dopo il passaggio in giudicato della sentenza emessa nei suoi confronti.

Rilevata tale situazione di *impasse*, non risolvibile in via meramente interpretativa a causa della precisa e limitata portata della norma del codice di rito, il giudice adito sospendeva il procedimento sollevando questione di legittimità costituzionale “*dell’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna [o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti] in caso di mutamento giurisprudenziale -intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione- in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato, per contrasto con l’art. 117 Costituzione, in relazione all’art. 7 CEDU¹⁰ (come interpretato dalla Corte EDU) e agli art. 5 e 6 CEDU; con l’art. 3 della Costituzione, anche in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp. att. c.p.p. ed all’art. 65 Regio Decreto 30.01.1941, n. 12 (ordinamento giudiziario); con l’art. 13 della Costituzione; con l’art. 25 della Costituzione; con l’art. 27, comma 3, della Costituzione*”¹¹.

1.1 Alcuni casi di revoca nelle more del giudizio costituzionale

Nelle more del giudizio costituzionale, diversa è la soluzione interpretativa data da altro giudice torinese che, pronunciandosi su analoga istanza del PM

¹⁰ “Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali” firmata a Roma il 4 novembre 1950 in seno al Consiglio d’Europa.

¹¹ Ordinanza del Tribunale di Torino del 27/06/2011 Cit.

successiva alla rimessione, ha invece ritenuto di poter risolvere la questione in via interpretativa nel senso dell'applicabilità dell'art. 673 c.p.p.¹²

In via di estrema sintesi, il giudice ha ritenuto praticabile tale via da altri fugata in ragione: dell' "overruling abolitivo della fattispecie incriminatrice" da parte delle Sezioni unite "che ha modificato di fatto - ed in modo percepibile - i parametri di legalità"; delle argomentazioni spese nella pronuncia della Cassazione a Sezioni unite penali¹³ che in seguito all'evoluzione del sistema penale, anche per effetto della crescente rilevanza del dettato della CEDU nel nostro ordinamento, ha configurato le sue stesse pronunce quali "nuovo elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui all'art. 666 c.p.p." (c.d. giudicato esecutivo); e della cedevolezza dell'istituto del giudicato nei confronti della del diritto comunitario e degli interventi della Corte EDU¹⁴.

Ha quindi deciso che "in presenza di interventi della Corte regolatrice che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidato pregresso orientamento, con un effetto sostanziale abolitivo della norma incriminatrice sia legittima la revoca della condanna emessa sulla base dei pregressi parametri di legalità materiale.

Diversamente opinando si opererebbe, una sostanziale lesione dei diritto alla legalità della pena tutelato dall'art. 7 della Convenzione ed, inoltre si darebbe vita ad una palese disparità di trattamento tra persone che hanno posto in essere una medesima condotta in tempi diversi.

¹² Ordinanza del Tribunale di Torino, Sez. GIP, del 30/01/2012. Giudice: Recchione. (Dir. Pen. Cont. 19 Ottobre 2012)

¹³ Sentenza Cass. pen., SS.UU., 13/05/2010, n. 18288, Beschi (CED Cassazione, 2010; Dir. Pen. e Processo, 2010, 7, 802; Foro It., 2010, 11, 2, 566) che ha affermato che "In applicazione della visione sostanziale del principio di legalità adottata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in base al quale il concetto di legalità comprende sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale (attribuendo di fatto al giudice un ruolo fondamentale in merito all'esatta interpretazione delle norme penali), non può essere qualificata come mera reiterazione di richiesta già formulata l'istanza avanzata al giudice dell'esecuzione che, pur riproponendo il medesimo petitum, sia sostenuta da una interpretazione nuova della legge penale (in quanto più recente e contraria a quella sulla base della quale era stata presa la prima decisione) come fornita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione."

¹⁴ Sentenza Corte Cost., 07/04/2011, n. 113. Illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nel non prevedere la possibilità di un caso di revisione della sentenza che permetta di conformarla ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. (Giur. It., 2012, 5, 1022)

Il trattamento riservato alle persone che sono state condannate sulla base dell'orientamento pregresso sarebbe antagonista rispetto a quello riservato a chi – dopo l'intervento delle Sezioni unite – è stato assolto in seguito all'(immediato) effetto conformativo prodotto dall'intervento del massimo organo di nomofilachia”.

Al medesimo risultato applicativo è giunta la Cassazione penale, sezione I, con la sentenza n. 545 del 12 gennaio 2012¹⁵ con cui ha avallato l'applicazione dell'art. 673 c.p.p., effettuata dal giudice del Tribunale di Trento, sulla base dell'avvenuto mutamento legislativo ad opera della l. n. 94/2009 rilevato dalle Sezioni unite nella pronuncia Alacev che ha ribaltato quanto precedente affermato nella pronuncia Mesky¹⁶.

In particolare, secondo detta pronuncia, stante la rilevata *abolitio criminis* è irrilevante il rilievo solo successivo da parte delle Sezioni unite Alacev.

Non vi è nella pronuncia di Cassazione nemmeno un accenno a riferimenti di diritto sovranazionale comunitario o della Corte EDU.

Rispetto alla sentenza del Tribunale torinese, riccamente argomentata, questa pronuncia della Suprema Corte è però scarna ed è fondata su ragioni equitative piuttosto che su solide argomentazioni¹⁷.

2. La questione sollevata e le sue principali basi argomentative

Illustrata la genesi della problematica logico-giuridica alla base della rimessione, nonché il problema pratico davanti al quale il sistema normativo attuale pone l'interprete, si potrà apprezzare l'argomentazione, autorevolmente

¹⁵ Contrariamente a quanto ritenuto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento, secondo il quale “*non poteva essere valutata in favore del condannato B. A. l'abolitio criminis di cui sopra, per essere stato il reato di cui al D.lgs. n. 286 del 1998, art.6, comma 3 da lui commesso in epoca successiva al 9 agosto 2009, data di entrata in vigore della L. n. 94 del 2009; e ciò in quanto si sarebbe trattato di condanna non abnorme né illegale, ma solo conseguente ad un'errata valutazione delle norme di legge, configurabile come un "error in iudicando" e, come tale, emendabile solo mediante appello ovvero mediante ricorso per cassazione*”.

¹⁶ Cassazioni pen., SS.UU., Alacev e Mesky citate.

¹⁷ Napoleoni, Valerio. « Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo. » A cura di Francesco Viganò. *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale* (Santa Maria, Luca), n. 3-4 (2012): 164-176.

definita “dotta”¹⁸, con cui il giudice torinese ha sostenuto la tesi dell’applicabilità dell’art. 673 c.p.p. davanti alla Corte Costituzionale.

Si tralasceranno volutamente gli argomenti di minor pregio e che la stessa Consulta ha considerato privi di autonomia¹⁹.

Innanzitutto, il giudice ammette essere irraggiungibile per via interpretativa il risultato preteso, anche con una rilettura adeguatrice²⁰ o estensiva, e riconosce l’insuperabile limite testuale dell’art. 673 c.p.p. Tale tesi è già stata sostenuta dalla Corte di legittimità in altre occasioni²¹.

La rilevanza della questione nel giudizio *a quo* è chiara in quanto la pronuncia additiva della Consulta ribalterebbe l’esito del giudizio altrimenti negativo.

La non manifesta infondatezza ha dalla sua parte il fatto che la linea logica del provvedimento poggia su pronunce delle Sezioni unite (la pronuncia delle Sezioni unite della Suprema Corte riguardo ai limiti del giudicato esecutivo e cautelare²² che sostenevano, pur riguardo a istituti differenti²³, le medesime tesi proposte dal rimettente) dimostrandosi quindi non certo peregrina.

Le argomentazioni centrali a sostegno della richiesta del giudice *a quo* sono state:

i. Il contrasto della norma del codice di rito con l’art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto dell’art. 7 della CEDU.

¹⁸ Manes, Vittorio. <Prometeo alla Consulta: una lettura delle resistenze costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”.> Giurisprudenza Costituzionale (Giuffrè Editore), (In corso di pubblicazione)

¹⁹ Sentenza Corte Costituzionale, 12/10/2012, n. 230 (Pres. Quaranta, Rel. Frigo). Punto 12 delle considerazioni in diritto.

²⁰ Come effettuato dal giudice del Tribunale di Torino che, invece, all’art. 673 c.p.p. ha dato applicazione. Cit.

²¹ Sentenza Cass. pen., Sez. I, 01/08/2006, n. 27121 (CED Cassazione, 2006; Arch. Nuova Proc. Pen., 2007, 5, 646; Riv. Pen., 2007, 9, 921) “*l’art. 673 c.p.p. opera solo nei casi in cui, a seguito di innovazione legislativa o di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi una ipotesi di abrogazione esplicita o implicita di una norma, mentre tale disposizione non può trovare applicazione quando l’eventuale abrogazione implicita derivi da un mutamento di indirizzo giurisprudenziale o da una diversa interpretazione della normativa applicata nella sentenza di condanna*”.

²² Rispettivamente: sentenza Cass. pen. SS.UU. n.18288/2010, cit., e sentenza Cass. pen., Sez. II, 25/05/2010, n. 19716 (CED Cassazione, 2010).

²³ Più propriamente definiti da taluni quali “preclusioni”, riservando il termine “giudicato” per il diverso e più centrale istituto ordinario. Cfr. Mancuso, Enrico Maria. Trattato di procedura penale. X. A cura di Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena. Giuffrè, 2012.

E', infatti, un dato acquisito dalla giurisprudenza costituzionale che le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, abbiano il carattere di norme sub-costituzionali idonee a fungere da parametro di legittimità delle norme ordinarie per effetto del richiamo dell'art. 117, 1° comma, Cost. al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali²⁴.

Se poi l'art. 7 CEDU dispone testualmente la sola irretroattività della nuova incriminazione o dell'aggravamento di pena, questo è stato letto dalla Corte EDU in senso assai più ampio, tanto da ricomprendere, per quanto qui rileva²⁵, anche il diverso principio della c.d. *lex mitior* o retroattività della legge meno severa²⁶.

Inoltre, sempre la Corte EDU ha affermato, stante la compresenza tra gli stati firmatari della CEDU di paesi aventi tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*, che il "diritto" cui fa riferimento il principio convenzionale di legalità non può essere limitato alla sola legge formale e deve andare a ricomprendere anche quello di derivazione giurisprudenziale stante il "*ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo*"²⁷.

Questo è d'altronde inevitabile stante il carattere generale ed astratto delle norme di fonte legislativa che, anche nel diritto penale, esigono sempre una interpretazione giurisprudenziale anche, eventualmente, in chiave evolutiva²⁸.

²⁴ Si veda, da ultimo, la sentenza della Corte Cost. n.113/2011 cit.

²⁵ Gli altri principi ritenuti implicitamente inclusi nell'art. 7 CEDU da parte della Corte di Strasburgo sono quello della legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen sine lege*) e i corollari dell'esigenza di determinatezza delle previsioni punitive e del divieto di analogia in malam partem.

²⁶ Sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, 17/09/2009, ricorso n. 10243/03. Caso Scoppola c. Italia (n. 2) che riconosce il principio della *lex mitior*, già assunto a principio che fa parte della tradizione costituzionale comune degli stati membri dell'UE da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee in *Berlusconi e altri* (Cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02), oltre che principio di civiltà giuridica presente in numerose convenzioni internazionali (Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, art. 15; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 49; Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, per. 35-37).

²⁷ Judgment of the European Court of human rights, 24 April 1990, application no. 11801/85 Case of *Kruslin v. France* "it would be wrong to exaggerate the distinction between common-law countries and Continental countries, as the Government rightly pointed out. Statute law is, of course, also of importance in common-law countries. Conversely, case-law has traditionally played a major role in Continental countries, to such an extent that whole branches of positive law are largely the outcome of decisions by the courts".

²⁸ Sentenza Cass. pen. SS.UU. n.18288/2010, cit.

Il cerchio logico del rimettente si chiude con quanto affermato nella sentenza emessa nel caso *Groupe Danone v Commission* (C-3/06 P) che ha ritenuto applicabile il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 7 CEDU anche alle nuove interpretazioni con effetti *in malam partem*, stante l'essenziale requisito della prevedibilità della legge penale²⁹.

Tale ultima pronuncia fa da ponte tra il principio di legalità convenzionale (art. 7 CEDU) e il forte valore della giurisprudenza (il c.d. diritto vivente) che attraverso la propria interpretazione va ad integrare il dato normativo anche nei paesi di *civil law*.

Ad avviso del rimettente, il principio di legalità convenzionale nella sua ampia portata non può valere solo per i mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli ma deve valere anche per quelli favorevoli (e nell'opposta direzione, della retroattività, quindi). In caso contrario la garanzia dei diritti dell'individuo sarebbe frustrata da un "*vuoto ossequio all'autorità delle decisioni statuali*".

Il fatto storico considerato reato e fondante la sentenza di condanna, d'altronde "*tale non è più ritenuto dalla giurisprudenza successiva che si consolida nel diritto vivente*".

ii. Il contrasto con gli artt. 3 e 25 Cost. in relazione agli artt. 610, 2° comma, c.p.p., 618 c.p.p., 172 disp. att. c.p.p. e all'art. 65 del r.d. 30/01/1941 n. 12 (Ordinamento giudiziario).

Questa è probabilmente l'incoerenza *prima facie* più evidente anche ai non giuristi. E' d'altronde palese l'ingiustizia di una condanna (o dell'applicazione della pena in seguito al patteggiamento) per un'incriminazione abolita dalla legge e mantenuta in vita da un'interpretazione giurisprudenziale che tarda ad adeguare il proprio orientamento.

²⁹ Judgment of the European Court of human rights (Second chamber), 08 February 2007, Case C-3/06 P *Groupe Danone v. Commission*. "*Article 7(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights, signed in Rome on 4 November 1950, which enshrines in particular the principle that offences and punishments are to be strictly defined by law (nullum crimen, nulla poena sine lege), may preclude the retroactive application of a new interpretation of a rule establishing an offence.*

That is particularly true of a judicial interpretation which produces a result which was not reasonably foreseeable at the time when the offence was committed, especially in the light of the interpretation put on the provision in the case-law at the material time".

Il soggetto che ha commesso il fatto nella finestra temporale intercorsa tra l'*abolitio criminis* e il suo rilievo giurisprudenziale, si trova ad essere in posizione deteriore rispetto a chi ha commesso il medesimo fatto durante la vigenza della legge incriminatrice, potendo quest'ultimo beneficiare, per il tramite dell'art. 673 c.p.p., dell'iperretroattività di cui all'art. 2, 2° comma, c.p.

Il giudice *a quo* rileva come la Corte di Cassazione sia posta nel nostro ordinamento al vertice della piramide giurisdizionale dall'art. 65 Ord. Giud. che la definisce "*organo supremo della giustizia*" con la funzione di: "*assicura[re] l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale*".

Il medesimo preminente rilievo è conferito alla Suprema Corte dal 2° comma dell'art. 610 c.p.p.³⁰, dall'art. 618 c.p.p.³¹ e dall'art. 172 disp. att. c.p.p.³²

Il complesso delle norme appena citate va a conferire, in particolare alla composizione a Sezioni unite della Corte, un rilievo del tutto preminente per la funzione, e il potere, di dirimere i contrasti attuali e potenziali tra decisioni giurisprudenziali delle sezioni singole.

L'art. 172 disp. att. c.p.p., al 2° comma, conferisce inoltre una certa stabilità e portata generale alle decisioni assunte a Sezioni unite

Questo intreccio di norme è interpretato come indice di sovraordinazione-normatività delle decisioni assunte dalla plenaria del supremo consesso.

Il giudice rimettente rileva anche che la stessa Consulta ha dimostrato tenere in particolare considerazione il diritto vivente, specialmente se cristallizzato in pronunce delle Sezioni unite della Cassazione. In più occasioni è, infat-

³⁰ Art. 610, 2° comma, c.p.p. "*Il presidente [della corte di cassazione], su richiesta del procuratore generale, dei difensori delle parti o anche di ufficio, assegna il ricorso alle sezioni unite quando le questioni proposte sono di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni*".

³¹ Art. 618 c.p.p. "*Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite*".

³² Art. 172 disp. att. c.p.p. "*1. Nel caso previsto dall'articolo 618 del codice, il presidente della corte di cassazione può restituire alla sezione il ricorso qualora siano stati assegnati alle sezioni unite altri ricorsi sulla medesima questione o il contrasto giurisprudenziale risulti superato.*

2. In nessun caso può essere restituito il ricorso che, dopo una decisione delle sezioni unite, è stato rimesso da una sezione della corte di cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale".

ti, stata dichiarata l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che abbiano omesso di considerarlo³³.

L'ordinanza prosegue ricordando come tale rilievo sia posseduto (e, a dire il vero, maggiormente) anche in ambito civile. La Cassazione civile ha infatti recentemente dato peso al mutamento di orientamento giurisprudenziale che, per le sua imprevedibilità, ha portato una parte a trovarsi ad aver depositato un ricorso insanabilmente infondato, concedendo la rimessione in termini *ex art. 184-bis c.p.c.* in ragione della natura scusabile dell'errore³⁴.

La funzione nomofilattica che l'ordinamento affida alla Suprema Corte, d'altronde, implementa i principi di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3 Cost.) e di prevedibilità delle conseguenze legali dei propri comportamenti al fine di orientare la proprie condotte (artt. 25 e 27 Cost.).

Tale ultima esigenza è alla base dello stesso principio di legalità.

Concludendo, ad avviso del giudice torinese, il rigetto della questione sollevata:

a) sarebbe *“in contrasto con il principio di (tendenziale) retroattività della normativa penale più favorevole (artt. 3 e 25, co. 2, Cost.)”*;

b) comporterebbe *“il rischio di trattare in modo diseguale imputati (che, viceversa, avrebbero dovuto essere trattati in modo eguale, avendo essi commesso lo stesso fatto di reato), in funzione –per esempio- del semplice dato*

³³ *ex multis* Ordinanza Corte Cost., 01/04/2003, n. 109 che dichiara la manifesta inammissibilità della questione sollevata, dopo aver considerato: *“che, peraltro, pur essendo consapevole che tra più <interpretazioni ugualmente possibili di cui una conforme al dettato costituzionale e l'altra che comporta un vizio di legittimità costituzionale, il magistrato ordinario è tenuto a scegliere la prima>, di fronte al contrario indirizzo del <diritto vivente> ritiene <doveroso rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, affinché l'organo cui è affidato il controllo di legittimità costituzionale sugli atti aventi forza di legge, dica se la suddetta interpretazione sia costituzionalmente corretta>”*

e *“che la contraddittorietà di tale iter argomentativo rende evidente che i rimettenti si sono rivolti a questa Corte per ottenere un avallo alla ricostruzione logico-sistematica della disciplina che ritengono costituzionalmente corretta, ed hanno quindi utilizzato in modo improprio il giudizio di legittimità costituzionale, attivato per contrastare una interpretazione che essi non solo non condividono, ma mostrano di ritenere del tutto implausibile (v., ex plurimis, ordinanze n. 472 del 2002, n. 351, n. 233, n. 199 e n. 20 del 2001)”*.

³⁴ Ordinanza interlocutoria Cassazione Civ., Sez. II, 17/06/2010, n. 14627 (CED Cassazione, 2010) *“Alla luce del principio costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità in ordine alle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, incorre in errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 184-bis cod. proc. civ., "ratione temporis" applicabile, anche in assenza di un'istanza di parte, se, esclusivamente a causa del predetto mutamento, si sia determinato un vizio d'inammissibilità od improcedibilità dell'impugnazione dovuto alla diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso”*.

dell'ordine di trattazione dei processi; dato talvolta casuale e comunque non riconducibile a condotte dell'imputato (violazione dell'art. 3, comma 1, Costituzione)";

c) anteporrebbe *“ragioni di tutela dell'ordinamento (la certezza del diritto e la tendenziale stabilità delle decisioni) a precise esigenze di libertà della persona, costituzionalmente tutelata dall'art. 13 della Costituzione (per usare un'efficace immagine adoperata in dottrina, si rischia di privilegiare la certezza del diritto a detrimento della certezza dei diritti)”;*

d) priverebbe *“una persona della sua libertà in assenza della reale necessità di salvaguardare un contrapposto principio costituzionale da bilanciare con il bene della libertà personale; se si ragiona sulla funzione della sanzione penale (senza diffondersi in questa sede oltre il dovuto) si può comprendere che la scelta del legislatore di non revocare –in casi simili a quello in esame- una sentenza di condanna non ha alcuna funzione nemmeno in termini di general-prevenzione”*.

Con l'ordinanza, il giudice cerca anche di neutralizzare possibili argomenti a contrario.

A suo avviso l'attribuzione di un ruolo para-normativo alla giurisprudenza di legittimità non ingesserebbe la funzione evolutiva delle corti né devierebbe la tradizione giuridica verso schemi di *common law*.

Il quesito riguarda, infatti, le sole pronunce delle Sezioni unite e solo per la dichiarazione di un fatto come non più previsto dalla legge come reato.

Le Sezioni unite resterebbero sempre pienamente in grado di mutare il proprio orientamento anche in senso sfavorevole all'imputato, con l'unico limite che *“il mutamento giurisprudenziale sfavorevole varrebbe solo per il processo in cui la questione controversa è stata discussa ed assumerebbe valore di orientamento delle successive decisioni solo a partire dalla sua pubblicazione”*.

3. La mancata pronuncia di inammissibilità

L'ordinanza di rimessione, come si è potuto osservare, era argomentata riccamente con giustificazioni a sostegno dotate di solidità, messe a sistema per cercare di costituire un'impalcatura logica in grado di garantire l'accoglimento della richiesta.

La Consulta, nella pronuncia in commento, archivia rapidamente la manifestamente infondata eccezione d'inammissibilità per difetto di rilevanza della questione. Eccezione secondo la quale il caso concreto era sussumibile nello schema dell'*abolitio criminis* legislativa cui l'art. 673 è pacificamente applicabile. Tale eccezione non merita una parola.

Proseguendo, la Corte Costituzionale non rileva altre ragioni di possibile inammissibilità della questione e passa, dunque, alla valutazione nel merito.

Il Giudice delle leggi esclude l'inammissibilità come conseguenza del mancato esame dell'applicabilità residuale della disposizione di cui all'art. 294³⁵ del r.d. 6 maggio 1940, n. 635 (Regolamento esecutivo del T.U.L.P.S.) e dell'art. 221³⁶ del T.U.L.P.S. che punisce in via generale la mancata esibizione dei documenti d'identità con le pene alternative dell'arresto e dell'ammenda.

Tale soluzione, invero, derubrirebbe la ritenuta *abolitio criminis* a *abrogatio sine abolitione* rientrante nella successione di leggi penali di cui all'art. 2, 4° comma, c.p., che esclude l'incisione dell'intervenuto giudicato. Il caso concreto uscirebbe quindi dalla portata applicativa dell'art. 673 c.p.p.

La Corte ritiene tale rilievo assorbito dalla circostanza per cui il giudice *a quo* ha richiesto l'estensione del meccanismo di cui all'art. 673 c.p.p. sulla base della statuizione delle Sezioni unite del 2011 che hanno “*affermato, in termini inequivoci, che in rapporto all'omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero illegalmente soggiornante è intervenuta un'abolitio criminis: il che,*

³⁵ Art. 294 del r.d. 6 maggio 1940, n. 635 “*La carta d'identità od i titoli equipollenti devono essere esibiti ad ogni richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza*”.

³⁶ Art. 221, 2° comma, del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 “*le contravvenzioni alle disposizioni di tali regolamenti sono punite con l'arresto fino a due mesi o con l'ammenda fino a euro 103*”.

stante la formulazione del *petitum*, basta, dunque, a rendere rilevante la questione sollevata”³⁷.

Tale motivazione, che pare sostenuta dalla posizione di ossequio alla funzione della Suprema Corte di interprete del diritto, non può essere condivisa.

Le Sezioni unite Alacev non affermano, infatti, l’irrilevanza penale *tout court* della mancata esibizione di documenti. La Suprema Corte si esprime limitatamente alla fattispecie speciale di cui all’art. 6, 3° comma, D.lgs. 286/1998³⁸.

Va poi considerato che la sentenza Alacev non riguardava un caso di applicazione dell’art. 673 c.p.p. ma un’impugnazione, da parte di un Procuratore della Repubblica, di una sentenza di non luogo a procedere, situazione per la quale era conseguentemente irrilevante l’inquadrabilità del fatto nella fattispecie generale sopra citata.

Nel caso di specie, invece, stante il dettato dell’art. 2, 4° comma, c.p. l’inquadrabilità nella fattispecie generale assume (*rectius* avrebbe dovuto assumere) portata esiziale nei confronti della tesi del giudice *a quo*.

Occorre inoltre rilevare che la questione sollevata richiedeva alla Corte Costituzionale una pronuncia c.d. additiva.

Con tale tipo di pronuncia, il Giudice delle leggi smette i panni di “legislatore negativo” per andare a manipolare i testi normativi soggetti al suo controllo secondo una dottrina affermata fin dagli anni sessanta. La Corte si è comunque dimostrata cauta nell’utilizzo di tale strumento in ragione del rispetto delle prerogative del legislatore³⁹.

Tale potere, auto-attribuito, rientra nello spostamento dello schema di giudizio della Corte dalle disposizioni alle norme⁴⁰. In tale contesto si è giunti ad ammettere che la Corte possa modificare le disposizioni per ripristinare la

³⁷ Sentenza Corte Costituzionale n. 230/2012. Punto 4 delle considerazioni in diritto.

³⁸ Sentenza Cass. SS.UU. Alacev. Cit. “*In conclusione, le Sezioni unite ritengono corretta la decisione del giudice di merito che ha disposto non luogo a procedere nei confronti dell’imputato, ai sensi dell’art. 2, comma 2, cod. pen., per essere intervenuta l’abolitio criminis del reato già previsto dall’art. 6, comma 3, d.lgs. 286 del 1998 nei confronti dello straniero in posizione irregolare, a seguito delle modificazioni introdotte dall’art. 1, comma 22, lett. h), l. n. 94 del 2009*”.

³⁹ AA.VV. <Problemi dell’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale> Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008. Vilnius: Corte Costituzionale, 2008. 193.

⁴⁰ i.e. dai testi legislativi ai significati degli enunciati ricavati mediante l’interpretazione dei primi.

corrispondenza tra i significati deducibili dal testo e quelli costituzionalmente possibili.

Si tratta di un potere estremamente delicato, in grado di sfiorare in via diretta nella funzione legislativa attribuita nel nostro ordinamento al Parlamento.

Questa delicatezza, insieme alla considerazione per cui, come la Corte ha costantemente ripetuto, “*in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”⁴¹, ben lasciano comprendere la natura di *extrema ratio* della dichiarazione di illegittimità costituzionale e, ancora di più, di una pronuncia manipolativa⁴².

La Corte, nelle decisioni circa la legittimità costituzionale di una norma, procede quindi perché a ciò costretta, al fine di rendere la disposizione conforme a Costituzione.

Sia l'*an* che il *quid* della manipolazione sarebbero da considerarsi, quindi, costituzionalmente necessari⁴³ o, per dirla in altri termini, l'azione della Consulta avviene attraverso manipolazioni a “rime costituzionali obbligate”⁴⁴.

In tali circostanze, spesso il Giudice costituzionale preferisce lanciare sentenze c.d. monito che, rigettando la questione sollevata, fanno appello al legislatore affinché provveda ad adeguare il dato normativo⁴⁵ al rispetto del dettato costituzionale.

In caso di inerzia, solo in seconda (o ulteriore) battuta la Corte poi interviene ristabilendo la legalità costituzionale fino ad allora compressa.

⁴¹ *ex multis* Sentenza Corte Costituzionale, 22/10/1996, n. 356.

⁴² Categoria generale all'interno della qual confluiscono le sentenze ablative (<nella parte in cui prevede>) sostitutive (<nella parte in cui prevede ... anziché>) e additive (<nella parte in cui non prevede>). Le ultime due sono quelle che maggiormente mettono in tensione i principi che legittimano l'azione della Corte quale tendenziale legislatore negativo.

⁴³ AA.VV. (2008). Cit.

⁴⁴ Manes, Vittorio (In corso di pubblicazione). Cit.

⁴⁵ Già con la sentenza del 23/06/1956, n.3, la Corte inaugura questa prassi rispettosa del ruolo proprio del legislatore.

L'asticella del parametro di ammissibilità della questione, in tali pronunce ai limiti dei poteri di sindacato della Corte, è conseguentemente particolarmente alta.

Nella sentenza 31/05/2012, n. 134, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata essendo “*evidente che l'addizione normativa richiesta dai giudici a quibus non constitui[va] una soluzione costituzionalmente obbligata, ed eccede[va] i poteri di intervento [della] Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore*”.

Nel caso di specie la pronuncia richiesta non solo è additiva ma “*sovversiva di sistema*” in quanto, come rileva la stessa Corte, verrebbe “*a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio: con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento*”.

Proprio di tale categoria di richieste la Corte ha più volte affermato l'inammissibilità. Esse vanno, infatti, oltre i limiti del sindacato di legittimità costituzionale sfociando nel campo riservato alle esclusive scelte di politica legislativa⁴⁶.

4. L'esame nel merito della questione

Nonostante tutto quanto rilevato in favore dell'inammissibilità, forse per la rilevanza della questione e per chiarire i principi in materia frenando l'intraprendenza di alcune corti di merito e della stessa Cassazione⁴⁷, ben potendo sottrarsi al quesito, la Corte ha risposto in modo dotto e solido nel senso dell'infondatezza della questione.

⁴⁶ A poco più di un mese di distanza dalla sentenza in commento, la Corte Costituzionale ha ribadito il concetto nella sentenza del 15/11/2012, n. 252. “*l'intervento richiesto assume, dunque, il carattere di una "novità di sistema": circostanza che lo colloca al di fuori dell'area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimmetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore.*”

La questione va dichiarata, di conseguenza, inammissibile (ex plurimis, sulla inammissibilità delle questioni che sollecitano interventi "creativi" della Corte, sentenza n. 33 del 2007, ordinanze n. 77 del 2010, n. 243 del 2009 e n. 83 del 2007)”.

⁴⁷ Ordinanza del Trib. di Torino del 30/01/2012 e Cass. pen. N. 545/12. Cit.

4.1 IL parametro interposto di legalità convenzionale

Sul punto della ritenuta violazione del parametro interposto di costituzionalità costituito dall'art. 7 della CEDU, la Corte, pur dovendo rilevare la correttezza dei singoli gli assunti del rimettente, nega che sia possibile giungere alla conclusione sostenuta.

Se infatti è vero:

che l'art. 7 CEDU, nel significato ad esso attribuito dalla Corte di Strasburgo, è parametro interposto di legittimità costituzionale (di rango comunque sub-costituzionale)⁴⁸;

che la Corte EDU ha ritenuto il principio di legalità convenzionale comprensivo del principio della *lex mitior*⁴⁹;

che la nozione di diritto (*law*) contenuta nelle norme della convenzione è comprensiva tanto della legge formale quanto del diritto vivente, secondo una lettura di tipo sostanziale del concetto di legalità penale⁵⁰;

e che il principio di legalità penale preclude la possibilità che si abbiano effetti retroattivi *in malam partem* anche ai mutamenti giurisprudenziali⁵¹;

da tutto questo non può legittimamente trarsi la conclusione per cui per i mutamenti giurisprudenziali valga anche il ben diverso principio della *lex mitior*.

Se infatti il principio della retroattività *in mitius* e dell'irretroattività *in peius* possono sembrare facce contrapposte della stessa medaglia, cioè scaturenti dalla stessa base giuridica, in realtà così non è.

Come correttamente puntualizzato dalla Corte, l'irretroattività della norma penale sfavorevole è una fondamentale garanzia nei confronti della libertà di autodeterminazione in ragione della prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire.

Diversamente, l'opposta retroattività degli effetti favorevoli non ha alcuna attinenza alla libertà di autodeterminazione, intervenendo per fatti già com-

⁴⁸ Sentenze Corte Costituzionale, 24/10/2007, nn. 348 e 349.

⁴⁹ Scoppola c. Italia (n. 2). Cit

⁵⁰ Kruslin v. France. Cit.

⁵¹ Groupe Danone v. Commission. Cit.

piuti, ma riguarda piuttosto il principio di uguaglianza in ragione del mutato disvalore che l'ordinamento ritiene insito nel comportamento tenuto⁵².

Mai la Corte EDU ha affermato la conclusione cui è giunto il rimettente, né è possibile ritenere che la stessa l'abbia ritenuta implicitamente consequenziale a quanto enunciato.

All'opposto la Corte di Strasburgo ha mostrato di ritenere il principio della *lex mitior* passibile di deroghe, come ad esempio per il rispetto della stabilità delle decisioni passate in giudicato.

Questo è intuibile dalle conclusioni della sentenza Scoppola c. Italia⁵³ in cui afferma che *“l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato”*.

In diversa occasione⁵⁴, la Corte ha poi esplicitamente riconosciuto il valore della stabilità delle pronunce giurisdizionali passate in giudicato.

La Corte non afferma quindi in alcun modo l'opportuna travalicazione del giudicato ma, invece, pare dare per scontata la sua intangibilità. Configurandosi addirittura in modo meno ampio rispetto a quanto previsto nel nostro ordinamento, non a livello costituzionale, dall'art. 2, 2° comma, c.p.

Seguendo l'iter logico dello stesso rimettente, circa la parificazione tra diritto di fonte legislativa e giurisprudenziale, il limite ritenuto dalla Corte EDU implicitamente sussistente per il principio della *lex mitior* non potrebbe non ritenersi valevole per i mutamenti giurisprudenziali.

Per giunta il principio presente esclusivamente nell'ordinamento nazionale della riserva di legge assoluta in materia penale⁵⁵ contenuto nell'art. 25, 2°

⁵² Distinzione da ultimo ribadita nella sentenza Corte Costituzionale, 23/11/2006, n. 394.

⁵³ Si fa riferimento alla pronuncia della Grande Camera del 17/09/2009 su ricorso 10249/03.

⁵⁴ Arrêt du la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Sez. V, 28 juin 2007, Perez Arias c. Spagna: *“étendre le principe d'égalité en l'application de la loi à ce qui résulte de décisions postérieures impliquerait la révision de tous les arrêts définitifs antérieurs qui seraient contradictoires avec les plus récents, conduite qui serait contraire au principe de sécurité juridique”*.

comma, Cost. precluderebbe comunque una “*meccanica trasposizione*” degli assunti del giudice torinese.

4.2 Il vaglio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Neppure le argomentazioni circa la compatibilità costituzionale rispetto al frastagliato parametro interno di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., pur se intuitive, sono ritenute dalla Corte degne di pregio.

In particolare, non vi è contrasto tra la funzione nomofilattica assegnata alla Suprema Corte e l’omissione lamentata circa l’inapplicabilità ai mutamenti giurisprudenziali (pur con le caratterizzazioni specificate in rimessa) del meccanismo di revoca di cui all’art. 673 c.p.p.

La funzione nomofilattica delle Sezioni unite si realizza, infatti, nel nostro ordinamento senza ricorrere al principio vigente negli ordinamenti di *common law* dello *stare decisis*.

Tale principio resta estraneo al sistema giuridico italiano in cui le pronunce della Corte di legittimità, pur aspirando ad una certa stabilità e a ricevere un seguito nelle pronunce delle corti di merito, restano prive di una generalizzata forza cogente e sono dotate di sola forza persuasiva.

Questa mancanza di normatività delle decisioni, anche della plenaria della Suprema Corte, diversamente da come ritenuto dal rimettente rende i mutamenti d’orientamento giurisprudenziale affatto diversi dalle due fattispecie abolitive previste nell’art. 673 c.p.p.

L’*abolitio criminis* legislativa e la dichiarazione d’illegittimità costituzionale sono infatti dotate di forza cogente generale e vanno a mutare il dato normativo cui tutti i giudicanti, di merito e legittimità, sono sottoposti ai sensi dell’art. 101, 2° comma, Cost⁵⁶.

⁵⁵ Sentenza C.Cost. n. 230/12 “*principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione*”.

⁵⁶ “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

L'asserito *overruling* giurisprudenziale, a ragion veduta, non è quindi per nulla assimilabile a quello degli ordinamenti di *common law*.

Nel diritto anglosassone una decisione è “*overruled*” quando ne è emanata una successiva di orientamento opposto riguardo alla stessa questione giuridica da parte dello stesso tribunale o di una corte superiore dello stesso sistema. La decisione precedente è quindi “*overruled*” e privata della propria autorità di precedente⁵⁷.

Questo è quanto avviene nei sistemi di *common law*. Meccanismo ben diverso da quanto riscontrabile nella tradizione giuridica del nostro paese in cui anche le Sezioni unite possono essere spinte a rivedere le proprie posizioni, anche su impulso delle sezioni singole.

Nel nostro sistema né una singola decisione delle Sezioni unite né il c.d. “diritto vivente” hanno forza cogente tale da poter vincolare le future decisioni dei giudici che restano sempre “*soggetti soltanto alla legge*” ai sensi dell’art. 101, 2° comma, Cost⁵⁸.

E’ poi irrilevante il riferimento ai recenti arresti giurisprudenziali sul tema dei cc.dd. giudicati esecutivo e cautelare⁵⁹. Si tratta in quei casi di mere preclusioni processuali derivanti dal divieto di *bis in idem*, ben diverse dal vero e proprio istituto del giudicato che qui viene è considerato.

Oltre a queste ragioni, la questione posta alla Corte ha irragionevolmente ristretto l’ambito dell’innovazione voluta alle sole decisioni delle Sezioni unite ed esclusivamente all’ambito dell’art. 673 c.p.p.

Come rilevato dallo stesso giudice di legittimità⁶⁰ “*L’art. 65 dell’ordinamento giudiziario attribuisce la funzione nomofilattica alla Corte di cassazione, ed essa appartiene ad ogni sezione della Corte medesima*”.

Un orientamento può d’altronde mutare o consolidarsi anche attraverso la ripetuta applicazione nel tempo da parte delle sezioni semplici che andranno

⁵⁷ Lehman, Jeffrey, e Shirelle Phelps. West's Encyclopedia of American Law. Jeffrey Lehman, 2005. “A judicial decision is overruled when a later decision, made by the same tribunal or a higher court in the same system, hands down a decision concerning the identical question of law, which is in direct opposition to the earlier decision. The earlier decision is thereby overruled and deprived of its authority as precedent”.

⁵⁸

⁵⁹ Rispettivamente: sentenze Cass. pen., SS.UU., n.18288/2010 e Cass. pen., Sez. II, n. 19716/2010. Citate.

⁶⁰ Sentenza Cass. pen., Sez. III, 23/02/1994, n. 7455 (Mass. pen. Cass., 1994, fasc.10, 61; Cass. pen., 1995, 1264; Giust. pen., 1995, II, 159; Riv. pen., 1995, 457).

a costituire il diritto vivente, non solo attraverso una pronuncia delle Sezioni unite che resta meramente eventuale e non necessaria.

Altrettanto irragionevole è la limitazione del principio preteso alla sola revoca delle sentenze di condanna in fase esecutiva. Si verrebbe, infatti, ad avere un anomalo vincolo sul giudice dell'esecuzione, insussistente sui giudici di merito e di legittimità.

Si avrebbe quindi la bizzarra situazione in cui alle pronunce delle Sezioni unite sarebbe riconosciuta forza travolgente del giudicato mentre alcuna forza cogente sarebbe riscontrabile nei confronti delle decisioni ancora da prendersi.

Il principio di tendenziale retroattività della norma penale più favorevole trovando indiretta giustificazione nel principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. è parimenti passibile di deroghe, anche ad opera di legge ordinaria, in situazioni che il legislatore ritenga meritevoli di tale bilanciamento. Non ha quindi carattere assoluto, diversamente dal principio dell'irretroattività della norma penale incriminatrice.

Senza giungere alla valutazione dell'idoneità del principio dell'intangibilità del giudicato a giustificare tale deroga⁶¹, comunque l'art. 2 c.p. fa esclusivo riferimento alla successione di leggi. Fenomeno non assimilabile, diversamente da quanto sostenuto dal giudice *a quo*, al susseguirsi di diversi orientamenti giurisprudenziali.

Le cause ostative a tale conclusione sono rinvenibili nello stesso principio di separazione dei poteri consacrato nella Carta costituzionale nei principi di riserva di legge in materia penale e di sottoposizione del giudice soltanto alla legge.

⁶¹ Il giudicato è ritenuto idoneo a derogare al principio anzidetto dalla sentenza Corte Costituzionale, 20/05/1980, n. 74 “*Relativamente alla previsione generale dell'art. 2, terzo comma, cod. pen., basta ricordare che in base a precedenti decisioni della Corte (quali sono le sent. n. 164 del 1974 e sent. n. 6 del 1978) l'applicazione delle disposizioni penali più favorevoli al reo può subire limitazioni o deroghe, sancite non senza una qualche razionale giustificazione da parte del legislatore ordinario. Ora, non sembra contestabile che una pertinente ragione giustificativa consista appunto nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti, perseguita statuendo l'intangibilità delle sentenze divenute irrevocabili*”.

5. Gli errori del rimettente e delle pronunce intervenute *medio tempore*

Alla luce di quanto argomentato dalla Corte Costituzionale emerge ancora di più la scorrettezza logico-giuridica delle corti di merito che hanno deciso identiche questioni *medio tempore*, ricevendo anche l'avallo della Suprema Corte.

La sentenza della sez. I della Cassazione penale, n. 545/2012, è motivata in modo assolutamente incongruo per lo spesso del risultato raggiunto.

Pur non poggiandosi su un inesistente valore normativo delle pronunce delle Sezioni unite, nonostante il giudice dell'esecuzione si trovi di fronte ad una sentenza passata in giudicato, la Cassazione ammette che egli possa effettuare una nuova valutazione del quadro normativo già considerato dal giudice di cognizione e possa revocare la sentenza qualora giunga a conclusioni diverse da questo (comunque limitate alla sola intervenuta *abolitio criminis*).

In buona sostanza, ha ritenuto totalmente insussistente il giudicato rendendo illimitatamente possibili nuove valutazioni dei fatti in ragione delle evoluzioni interpretative che si andranno succedendo. La questione decisa rimarrà quindi aperta. Per sempre.

Anche l'ordinanza del giudice torinese che ha applicato la revoca dei cui all'art. 673 c.p.p.⁶² è scorretta, ma per ragioni diverse.

L'ordinanza percorre le stesse linee dell'ordinanza di rimessione alla Consulta ma va a riconoscere, pur sulla scorta di una tesi argomentata, alle pronunce giurisprudenziali un valore equiordinato a quello delle leggi.

Il giudice definisce infatti il mutamento giurisprudenziale delle SS.UU. Alacev un "overruling *abolitivo della fattispecie incriminatrice*".

Pare poi che il giudice giunga a dare una risposta positiva al quesito che si pone all'inizio del percorso argomentativo, cioè "se la pronuncia del massimo organo di nomofilachia che "rovescia" il pregresso diritto vivente abbia una incidenza sui parametri di legalità, assimilabile a quella della legge o degli interventi delle (altre) Alte Corti (Consulta, Corte europea di giustizia, Corte europea dei diritti dell'Uomo)".

⁶² Ordinanza del Tribunale di Torino del 30 gennaio 2012. Cit.

Sulla scorta di questo, il giudice riconosce l'effetto abolitivo non alla legge, che è effettivamente intervenuta, ma direttamente alla pronuncia delle Sezioni unite. Il tutto per arrivare a giustificare il risultato, più ossequioso del principio di uguaglianza, della revoca della sentenza di condanna.

Nell'analisi delle tesi favorevoli all'estensione dell'art. 673 c.p.p., non bisogna dimenticare che già l'art. 14 delle c.d. preleggi (Disposizioni sulla legge in generale) può bloccarle sul nascere.

Tale norma generale dispone che “*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”. Essendo la norma relativa alle revoca per intervenuta *abolitio criminis* un'eccezione alla generale regola dell'intangibilità del giudicato, la conseguenza del sillogismo è del tutto intuitiva.

L'ordinanza di rimessione, poi, va a considerare la retroattività *in mitius* quale corollario dello speculare principio dell'irretroattività delle norme incriminatrici intravedendo una chance per risolvere il problema pratico illustrato. Come mostrato dalla corte tale assunto è molto distante dalla realtà.

Un altro vizio dell'ordinanza sta nel confondere funzioni e limiti dei giudizi delle diverse Corti tirate in ballo.

La Corte di Cassazione e la Corte EDU hanno funzioni per certi versi simili ma con oggetto completamente diverso. Entrambe hanno una funzione nomofilattica al fine di dare coerenza e risolvere le antinomie del sistema a capo del quale sono poste.

Mentre la Cassazione svolge una funzione di “nomofilachia delle regole”, la Corte EDU si occupa però della “nomofilachia dei diritti” sanciti dalla Convenzione di Roma del 1950⁶³.

Inoltre se la Corte sovranazionale emette pronunce in grado di porsi direttamente quale lente per la valutazione della legittimità costituzionale delle norme ordinarie, questo non può certamente avvenire per quanto affermato dalla Cassazione sottoposta alla legge ai sensi dell'art. 101 Cost.

⁶³ Lattanzi, Giorgio. <La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali.> Cassazione Penale 10 (2012): 3243.

A volte si ha un cedimento nei confronti del principio secondo cui “il fine giustifica i mezzi”, per cui un cieco dogmatismo dei diritti è portato a prevalere contro ogni altro cardine giuridico.

Tra i detrattori della sentenza in commento c'è perfino chi arrivato ad affermare che “*la dichiarata stabilità delle leggi è pur sempre tutta da verificare*”, concludendo che “*chi patrocina una soluzione diversa [cioè chi sostiene l'iter logico della Consulta] è obbligato ad interrogarsi su cosa vuol fare della dignità della persona, qual è l'ordine assiologico in cui si riconosce, quale l'idea di Costituzione di cui vuol farsi portatore ed alla quale comunque restare fedele*”⁶⁴ avvalorando il timore per una cieca guerra santa dei diritti contro ogni ostacolo, fosse anche strutturale come sapientemente illustrato dalla Consulta.

Il giudice *a quo* in un passaggio ha poi evidenziato una circostanza riguardante i fatti di causa di sicuro effetto “emotivo” ma dalla discutibile persuasività giuridica. Si fa riferimento al fatto che la persona colpita dalla sentenza di cui si chiedeva la revoca non sia stata “salvata” dalla Cassazione per pochissimi giorni. Infatti, nonostante la sentenza delle SS.UU. Alacev fosse già stata pronunciata (il 24/02/2010), non ne erano ancora state depositate le motivazioni quando (il 09/03/2010) il ricorso per cassazione fu dichiarato inammissibile facendo passare in giudicato la sentenza e precludendo definitivamente al giudice di merito la revoca della stessa.

L'estrema tensione con i caratteri essenziali dell'ordinamento doveva d'altro canto essere palese anche agli occhi del giudice rimettente. Questo emerge dal quesito redatto, estremamente articolato nel tentativo di sfuggire al mancato accoglimento a causa di un risultato strabordante e rivoluzionario ma comunque cestinato anche per le incongruenze cui questo “slalom” ha portato.

⁶⁴ Ruggeri, Antonio. <Ancora a margine di Corte Cost. n. 230 del 2012, *post scriptum*.> Consulta Online. 26 Ottobre 2012. <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri21.pdf> (consultato il giorno Dicembre 14, 2012).
28

6. Sono possibili vie alternative a quella prospettata in rimessione?

Posta l'infondatezza delle argomentazioni del rimettente e l'impossibilità nel sistema giuridico nazionale di attribuire un "*ruolo para-normativo*"⁶⁵ alla giurisprudenza di legittimità, l'ordinamento è totalmente privo di percorsi che portino alla soluzione del problema pratico riscontrato?

Dopo questa pronuncia di "*rilievo strategico*"⁶⁶ della Consulta, il cui eco continuerà a risuonare per un certo periodo, allo stato attuale pare che la risposta debba essere: sì.

Allo stato attuale, l'unica via percorribile è quella sostenuta dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento e che la superficiale sentenza n. 545/2012 della Cassazione penale ha liquidato senza argomentarne le ragioni.

Emerge dalla criticata sentenza come lo stesso avesse affermato a sostegno del ricorso proposto, che "*non poteva essere valutata in favore del condannato B. A. l'abolitio criminis di cui sopra, per essere stato il reato di cui al D.lgs. n. 286 del 1998, art.6, comma 3 da lui commesso in epoca successiva al 9 agosto 2009, data di entrata in vigore della L. n. 94 del 2009; e ciò in quanto si sarebbe trattato di condanna non abnorme né illegale, ma solo conseguente ad un'errata valutazione delle norme di legge, configurabile come un "error in iudicando" e, come tale, emendabile solo mediante appello ovvero mediante ricorso per cassazione*".

Senza euforismi orientati verso prefissati obbiettivi, il pragmatico magistrato trentino inquadra correttamente la vicenda nella figura dell'*error in iudicando*, contro il quale il sistema predispone la possibilità di accedere ad un grado di appello e ad un giudizio di legittimità, fino al passaggio in giudicato che pone la parola "fine" alla vicenda giuridica, precludendo ogni ulteriore rivalutazione.

Nemmeno l'art. 673 c.p.p., nel suo ordinario funzionamento, permette una rivalutazione della vicenda. Il meccanismo della revoca per sopravvenuta *abo-*

⁶⁵ Ordinanza di rimessione del Tribunale di Torino, Sez. III penale, del 27/06/2011. Cit.

⁶⁶ Napoleoni, Valerio (2012). Cit.

litio criminis, infatti, mantiene ferma la valutazione del giudice la cui pronuncia è passata in giudicato, corretta o meno che sia, prendendo invece atto della sopravvenuta assoluta irrilevanza penale del fatto in seguito ad abrogazione legislativa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

La tematica oggetto del giudizio costituzionale è dibattuta da tempo in dottrina ed ha costituito uno dei punti più problematici del dibattito giuridico-penalistico⁶⁷.

In dottrina si riscontrano tesi favorevoli all'estensione dell'art. 673 c.p.p. in grado di giungere al risultato voluto dal giudice *a quo* che però non hanno percorso esattamente la medesima via.

Da un lato, in dottrina si è riusciti a giungere al risultato evitando il passaggio per il riconoscimento della normatività delle pronunce giurisdizionali semplicemente ricollegando l'*abolitio criminis* alla sola modifica legislativa, sempre e comunque necessaria.

Dall'altro, però, nessuna tesi riesce a evitare l'impraticabile percorso che passa per la violazione dell'intangibilità del giudicato e la rivalutazione di quanto divenuto irrevocabile per il decorso del tempo.

Conclusioni

In definitiva la sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2012 si presenta solida in ogni suo punto.

L'esegesi della giurisprudenza della Corte EDU è lineare e priva di sbavature. Non è obiettivamente deducibile, da quanto finora affermato dalla Corte, ciò che il giudice *a quo* ha ritenuto consequenziale. La Consulta è inoltre stata in grado di ben argomentare come sia ragionevole ritenere che il prospettato corollario, stante l'ontologica diversità tra il principio della *lex mitior* e dell'irretroattività delle norme penali, non verrà mai affermato.

⁶⁷ Gambardella, Marco. <*Eius est abrogare cuius est condere*. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole.> Diritto Penale Contemporaneo. 14 Maggio 2012. <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1336893731Gambardella.pdf> (consultato il giorno Dicembre 15, 2012).

Quella che poteva apparire la conseguenza di un'inaccettabile vuoto del sistema, sembra invece essere un suo limite ed una sua intrinseca caratteristica.

Cioè il negare la possibilità che si abbia un numero potenzialmente illimitato di impugnazioni volte ad ottenere altrettante nuove valutazioni del medesimo fatto.

Il giudicato formale non è un concetto di recente conio ma di tradizione millenaria⁶⁸, che affonda le proprie radici nel diritto romano e in una concezione semi-divina dell'istituto.

Sopravvissuto fino ai giorni nostri, il giudicato nella storia è stato considerato, insieme alla parallela preclusione del *bis in idem*, quale obiettivo fondamentale per una organizzazione armonica della società civile⁶⁹.

E' infatti socialmente necessario e da sempre avvertito che le controversie, così come i giudizi penali, giungano ad una conclusione che dia certezza ai rapporti tra i consociati.

La certezza e stabilità dei rapporti non è quindi, come rilevato dal giudice *a quo*, un “vuoto ossequio all'autorità delle decisioni statuali, bensì ad una profonda esigenza di garanzia per i diritti dell'individuo”.

Tale profonda esigenza resta tale in tutte le sue sfaccettature. Compresa quella qui in risalto del precludere una soluzione di equità in correzione di un *error in iudicando*.

Nonostante tale principio non sia assoluto e finisca a volte per essere relativizzato da altri principi (anche nuovi, come quello di effettività del diritto comunitario⁷⁰) che vanno a porsi in posizione sovraordinata, nel caso di specie ha avuto la meglio in un bilanciamento rispetto ad altro principio ugualmente non assoluto.

⁶⁸ Ulpiano nel Digesto affermava che “*res iudicata pro veritate accipitur*” (D.1,5,25) citato in: Callari, Francesco. <La relazione dialettica tra l'irrefragabilità del giudicato ed il giudizio di revisione> L'indice penale (CEDAM), n. 1 (Gennaio-Aprile 2006): 229.

⁶⁹ Callari (2006). Cit.

⁷⁰ Cass. SS.UU. n.18288/10. Cit. “*la giurisprudenza europea, pur riconoscendo - in via generale - la rilevanza del giudicato nazionale, ne relativizza, per così dire, il valore in situazioni particolari in cui le corrispondenti modalità di attuazione siano strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile il concreto esercizio di diritti previsti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).*”

Insieme alla compressione di fondamentali diritti della persona che il problema pratico rimasto irrisolto provoca, questa circostanza lascia prevedere che un nuovo tentativo sarà esperito, magari in un futuro non prossimo.

Gli arresti raggiunti in un bilanciamento tra valori costituzionali, d'altronde, soprattutto in ambiti soggetti all'influenza della rigogliosa fioritura normativa sovranazionale Comunitaria o della CEDU, non possono dirsi acquisiti definitivamente e sono suscettibili di corsi e ricorsi nella storia.

Nonostante tale ultima considerazione, forse fantagiuridica, la decisione commentata pare dotata di una solidità tale da mettere al sicuro per un ragguardevole lasso di tempo la soluzione data.

La stessa è inoltre stata utile per mettere i puntini sulle "i" riguardo alla reale funzione, pur in un contesto mutevole e oramai multipolare, affidata alla giurisprudenza. Un ruolo che, depurato da velleità espansive, pur se di estrema rilevanza nel mondo del diritto, mantiene (*rectius* deve mantenere) una separazione rispetto al diritto positivo.

E se è vero che il c.d. diritto vivente è quello che concretamente popola la realtà giuridica, questo "*esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il "diritto vivente" esiste al momento - ma non (solo) per effetto - della interpretazione dei giudici*"⁷¹.

⁷¹ Cass. civ. SS.UU., 11/07/2011, n. 15144

Bibliografia

- AA.VV. <Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale.> *Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008*. Vilnius: Corte Costituzionale, 2008. 193.
- Buffone, Giuseppe. <Corte Costituzionale, 12 ottobre 2012, n. 230 - Pres. Quaranta - Est. Frigo.> *Il caso.it*. 24 Ottobre 2012. <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7986.php> (consultato il giorno Marzo 28, 2013).
- Callari, Francesco. <La relazione dialettica tra l'irrefragabilità del giudicato ed il giudizio di revisione.> *L'indice penale* (CEDAM), n. 1 (Gennaio-Aprile 2006): 229.
- Canzio, Giovanni. <Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione.> *Corte d'Appello di Milano*. 13 Novembre 2012. http://www.ca.milano.giustizia.it/documentazione/D_1240.pdf (consultato il giorno Gennaio 16, 2013).
- Cesaro, Domenico. <Corte costituzionale, 12 ottobre 2012, n. 230. Intangibilità del giudicato cautelare in presenza di un mutamento giurisprudenziale in bonam partem.> *Amministrativamente* 1-2013 (Gennaio 2013).
- Conso, Giovanni, e Vittorio Grevi. *Compendio di procedure penale*. VI edizione. CEDAM, 2012.
- Conti, Roberto. <Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte Cost. n.230/2012.> *Diritti Comparati*. 29 Ottobre 2012. <http://www.diritticomparati.it/2012/10/pensieri-sparsi-dopo-il-post-scriptum-di-antonio-ruggeri-su-corte-cost-n2302012-.html> (consultato il giorno Dicembre 20, 2012).
- D'Isa, Renato. <Corte Costituzionale, sentenza 12 ottobre 2012, n. 230. In tema di retroattività favorevole, mutamenti giurisprudenziali e tenuta del giudicato.> *renatodisa.com*. 15 Ottobre 2012. <http://renatodisa.com/2012/10/15/corte-costituzionale-sentenza-12-ottobre-2012-n-230-in-tema-di-retroattivita-favorevole-mutamenti-giurisprudenziali-e-tenuta-del-giudicato/> (consultato il giorno Marzo 29, 2013).
- Donati, Filippo. <La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007.> *Osservatorio sulla fonti*. 2008. www.osservatoriosullefonti.it/doc_download/122-04-donati-f (consultato il giorno Gennaio 2, 2013).
- Epidendio, Tomaso. <Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito sul mutamento giurisprudenziale.> *Diritto Penale Contemporaneo*. 14 Dicembre 2012. http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0/-/-/1913-brevi-impressioni_e_spunti_a_margine_del_dibattito_sul_mutamento_giurisprudenziale/ (consultato il giorno Dicembre 16, 2012).
- Ferretti, Alessandro. <Overruling giurisprudenziale e intangibilità della res iudicata.> *Altalex*. 22 Novembre 2012. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=19469> (consultato il giorno Dicembre 18, 2012).
- Gambardella, Marco. <Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole.> *Diritto Penale Contemporaneo*. 14 Maggio 2012. <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1336893731Gambardella.pdf> (consultato il giorno Dicembre 15, 2012).
- Giliberto, Andrea. <Cass., Sezioni Un., 24.2.2011 (dep. 27.4.2011), Pres. Lupo, Est. Ippolito, Imp. Alacev (omessa esibizione dei documenti di identità e del permesso di soggiorno: abolitio criminis per gli stranieri 'irregolari').> *Diritto Penale Contemporaneo*. 29 Aprile 2011. http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/550-cass_sezioni_un_24_2_2011_dep_27_4_2011_pres_lupo_est_ippolito_imp_alacev_omessa_esibizione_dei_documenti_di_identita_e_del_permesso_di_soggiorno_abolitio_criminis_per_gli_stranieri_ir (consultato il giorno Dicembre 15, 2012).
- Iacoviello, Francesco Mauro. <Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo.> *Cassazione Penale* (Giuffrè), n. 2 (2010): 794 - 821.
- Lattanzi, Giorgio. <La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali.> *Cassazione Penale* 10 (2012): 3243.
- Lehman, Jeffrey, e Shirelle Phelps. *West's Encyclopedia of American Law*. Jeffrey Lehman, 2005.
- Mancuso, Enrico Maria. *Trattato di procedura penale*. X. A cura di Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena. Giuffrè, 2012.
- Manes, Vittorio. <La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.).> *Diritto Penale*

- Contemporaneo*. 28 Gennaio 2013. http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1660-una_nuova_questione_di_illegittimit__costituzionale_sull_automatismo_della_pena_accessoria_della_decadenza_dalla_potest__genitoriale/ (consultato il giorno Gennaio 30, 2013).
- . <Prometeo alla Consulta: una lettura delle resistenze costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”.> *Giurisprudenza Costituzionale* (Giuffrè Editore), (In corso di pubblicazione).
- Martinico, Giuseppe. <Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa.> *Rivista di diritto costituzionale*, 2004: 249-281.
- Morrone, Andrea. *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*. Vol. II, in *Enciclopedia del diritto*, 185-204. Milano: Annali, 2008.
- Napoleoni, Valerio. <Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo.> A cura di Francesco Viganò. *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale* (Santa Maria, Luca), n. 3-4 (2012): 164-176.
- Parodi, Giampaolo. <“Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto”. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.> *Diritti Comparati*. Dal convegno: “Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte di diritto. La configurazione giurisprudenziale dei diritti civili fondamentali”, Genova, 12 ottobre 2012, Aula Magna del Palazzo di Giustizia. 28 Novembre 2012. <http://www.diritticomparati.it/2012/11/le-sentenze-della-corte-edu-come-fonte-di-diritto-la-giurisprudenza-costitu-zionale-successiva-alle-.html> (consultato il giorno Dicembre 15, 2012).
- Romoli, Federico. <Prime annotazioni a Corte cost. n. 230 del 2012. La legalità penale: Strasburgo e il “vallo italico”.> *Archivio Penale* (Aracne editrice) 1-2013 (Gennaio-Aprile 2013).
- Ruggeri, Antonio. <Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum.> *Consulta Online*. 26 Ottobre 2012. <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri21.pdf> (consultato il giorno Dicembre 14, 2012).
- . <Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale.> *Diritti Comparati*. 15 Ottobre 2012. <http://www.diritticomparati.it/2012/10/penelope-alla-consulta-tesse-e-sfila-la-tela-dei-suoi-rapporti-con-la-corte-edu-con-significativi-ri.html> (consultato il giorno Dicembre 14, 2012).
- Salerno, Angelo. <Il principio di retroattività delle norme penali di favore e la relativa evoluzione giurisprudenziale nazionale e internazionale.> *Forum di Quaderni Costituzionali*. 16 Dicembre 2012. http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0388_salerno.pdf (consultato il giorno Febbraio 27, 2013).
- Seminario. *Il valore del precedente giurisprudenziale. Sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*. Scuola Superiore di Studi Giuridici, Bologna, 5 febbraio 2013.
- Viganò, Francesco. <Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?> *Diritto Penale Contemporaneo*. 19 Ottobre 2012. http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1780-mutamento_in_bonam_partem_del_diritto_giurisprudenziale_e_revoca_del_giudicato__la_palla_torna_al_giudice_ordinario/ (consultato il giorno Dicembre 15, 2012).
- Vinella, Paolo Giuseppe. <No alla retroattività dell’orientamento giurisprudenziale favorevole sulla base delle SS.UU. della Cassazione.> *Filodiritto*. 26 Novembre 2012. <http://filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&idoc=2962> (consultato il giorno Dicembre 15, 2012).