

# 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

Nota a Corte costituzionale, 8 ottobre 2012 (dep. 12 ottobre 2012),  
n. 230, Pres. Quaranta, Rel. Frigo

## SOMMARIO

1. IL BACKGROUND: L'IMMANENTE TENSIONE TRA "DIRITTO GIURISPRUDENZIALE" E PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE. – 2. MUTAMENTI DI GIURISPRUDENZA IN *BONAM PARTEM* E PREGRESSI GIUDICATI DI CONDANNA. – 3. IL PROBLEMA ERMENEUTICO "A MONTE" DEL QUESITO DI COSTITUZIONALITÀ: L'APPLICABILITÀ DELLA CONTRAVVENZIONE DI OMESSA ESIBIZIONE DI DOCUMENTI (ART. 6, COMMA 3, D.LGS. N. 286 DEL 1998) AGLI STRANIERI "IRREGOLARI". – 4. L'EVENTUALE RICONDUCEBILITÀ DELL'OMESSA ESIBIZIONE DEI DOCUMENTI DI IDENTIFICAZIONE DA PARTE DEGLI STRANIERI "IRREGOLARI" ALLA FATTISPECIE GENERALE DEL T.U.L.P.S. – 5. LA VICENDA INTERPRETATIVA RELATIVA AL NUOVO TESTO DELL'ART. 6, COMMA 3, D.LGS. N. 286 DEL 1998 È REALMENTE QUALIFICABILE COME «MUTAMENTO DI GIURISPRUDENZA»? – 6. IL PRESUPPOSTO DI BASE: L'ATTUALE ESTRANEITÀ DEL «MUTAMENTO GIURISPRUDENZIALE» AL RAGGIO OPERATIVO DELL'ART. 673 C.P.P. – 7. I POSSIBILI TRATTI DI "CREATIVITÀ" DEL *PETITUM*. – 8. L'INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 117, COMMA 1, COST. – 9. L'INSUSSISTENZA DELLA LESIONE DEI PRINCIPI DI EGUAGLIANZA E DI RAGIONEVOLEZZA (ART. 3 COST.). – 10. L'INSUSSISTENZA DEL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO "COSTITUZIONALE" DI RETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR*. – 11. LA CONVERGENZA CON IL TRACCIATO DELLE SEZIONI UNITE CIVILI.

## 1

IL BACKGROUND: L'IMMANENTE  
TENSIONE TRA "DIRITTO  
GIURISPRUDENZIALE" E PRINCIPIO  
DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE

Con una sentenza (la n. 230 del 2012) di rilievo "strategico", sia per la caratura intrinseca dei temi toccati (i quali investono il sistema delle fonti) che per la perentorietà degli enunciati che ne contrappuntano il tessuto argomentativo, i Giudici di Palazzo della Consulta negano che sia costituzionalmente necessario rendere revocabile il giudicato di condanna, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., nel caso di sopravvenienza d'un *overruling* giurisprudenziale che escluda la rilevanza penale del fatto per il quale la condanna stessa è intervenuta.

Il quesito di costituzionalità sottoposto all'esame della Corte si innerva su una tematica di fondo la cui estrema delicatezza va di pari passo con la crescente attualità: vale a dire, l'immanente tensione cui il c.d. diritto giurisprudenziale (*Richterrecht*) sottopone il

principio di legalità in materia penale<sup>1</sup>. Nella constatazione – irrefutabile – che la norma penale “vive”, non per come è scritta, ma per come è interpretata e applicata dai giudici<sup>2</sup>, si annida notoriamente un allarmante fattore di destabilizzazione di valori cardine, costituenti altrettanti corollari di quel principio: quali quelli di riserva di legge, determinatezza dell’illecito penale e irretroattività della norma penale sfavorevole. Il risultato che potrebbe apparire garantito nella sfera del «diritto dei libri» (*law in the books*) cessa, infatti, sovente di esserlo nella diversa, magmatica prospettiva del «diritto in azione» (*law in action*): che è, poi, peraltro, quella che concretamente interessa (perché “tocca”) il cittadino.

Il fenomeno che sopra ogni altro minaccia gli equilibri del sistema è quello – pullulante, malgrado tutto, in ogni settore dell’ordinamento penale – del *contrasto giurisprudenziale*. Se, per un verso, infatti, il contrasto di tipo *sincronico* (due o più interpretazioni difformi della medesima norma coesistono nel medesimo intervallo temporale) compromette gli obiettivi del principio di determinatezza, impedendo ai consociati di calcolare con sicurezza le conseguenze giuridico-penali della propria condotta<sup>3</sup>, non meno “disturbante”, su altri fronti, è il contrasto di tipo *diacronico* (*overruling*: una linea interpretativa “afferzata” in un determinato lasso temporale viene smentita da una decisione successiva, che origina una “svolta” giurisprudenziale).

Se il *revirement* è *contra reum*, ad entrare in crisi, nella dimensione della *law in action*, è il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole (baluardo fondamentale del principio di legalità), venendosi a determinare – qualora non intervengano opportuni meccanismi di “neutralizzazione” – un fenomeno di c.d. «retroattività occulta»<sup>4</sup>. A fronte, infatti, della natura “dichiarativa” della reale portata della norma di legge, tradizionalmente attribuita nell’ordinamento italiano all’interpretazione giurisprudenziale, l’*overruling* sfavorevole sarebbe destinato a colpire anche chi ha commesso il fatto anteriormente ad esso, quando predominava l’orientamento “benigno” (peraltro idoneo a generare affidamento). Per questo verso, un rimedio già fruibile *de iure condito* nel nostro ordinamento – ma che sconta il notevole tasso di “discrezionalità” nell’applicazione dell’istituto – è rappresentato dal riconoscimento, a favore dell’imputato, della rilevanza scusante dell’errore inevitabile sulla norma penale (art. 5 c.p., come manipolato dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale)<sup>5</sup>. Molto più “rassicurante” – ma anche decisamente più problematica, allo stato della legislazione – sarebbe, peraltro, la soluzione di considerare direttamente applicabile al mutamento giurisprudenziale *in malam partem* il principio di irretroattività, omologandolo all’introduzione di una nuova norma penale sfavorevole al reo: soluzione che troverebbe il suo strumento tecnico nell’impiego di un meccanismo analogo a quello, di matrice statunitense, del *prospective overruling*, per cui la svolta giurisprudenziale peggiorativa non opererebbe in rapporto al caso oggetto della causa in cui la decisione innovativa si innesta, ma solo *de futuro*, ossia per i fatti commessi successivamente ad essa<sup>6</sup>.

1. In argomento resta fondamentale il contributo di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim*, e spec. pp. 71 e ss.

2. Al lume d’una corrente notazione – una volta acclarato che l’idea illuministica del giudice come semplice «bocca della legge» rappresenta una mera utopia, essendo insita nell’attività di interpretazione una componente inevitabilmente “creativa” – diviene difficilmente eludibile la conclusione che l’ordinamento non è solo un insieme di norme aventi valore formale di legge, bensì il risultato di una combinazione in cui si intrecciano le norme positive e l’interpretazione che i giudici ne danno: donde il c.d. “diritto vivente” (R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279). La vera norma giuridica non è, in tale ottica, quella scritta nell’enunciato normativo della fonte legale, ma quella che si desume dall’interpretazione e dall’applicazione della disposizione, e sceglie dall’enunciato solo una delle possibili letture (M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, p. 52).

3. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 115.

4. Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 119 e s. Sul punto, altresì, A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2202 e s.

5. Cfr. Cass., sez. III, 6 ottobre 1993-9 gennaio 1994, n. 435, in *C.e.d. Cass.*, n. 197037. In dottrina, v. A. BALSAMO, *La dimensione garantistica*, cit., p. 2207; A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. BARTOLE, G. CONFORTI, G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 263; A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 263; E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4129.

6. Cfr. A. BALSAMO, *La dimensione garantistica*, cit., p. 2207; A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 263. Una soluzione di questo tipo parrebbe essere

In presenza di un mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*, e particolarmente di quello che porti ad escludere il rilievo penalistico di una determinata fascia di comportamenti, ritenuti in precedenza criminosi – come nell’ipotesi rimessa al vaglio della Corte costituzionale – la “sofferenza” del sistema si manifesta, per converso, in relazione ai giudicati di condanna formati in applicazione della linea interpretativa poi sconfessata. Stride, in effetti, *prima facie*, col comune senso di giustizia che taluno si trovi ad essere irrevocabilmente condannato e a dover scontare una pena per un fatto che, di lì a poco, il massimo organo della nomofilachia e una giurisprudenza assolutamente uniforme – fermo restando il dato normativo – riconoscono essere, in realtà, penalmente lecito.

Il problema può essere affrontato, di nuovo, da due distinti angoli prospettici. Rimanendo ancorati alla tradizionale concezione che annette una valenza solo “dichiarativa” all’interpretazione giurisprudenziale, in quanto volta ad enucleare l’“esatto” significato della norma di legge, la vicenda sopra descritta andrebbe letta come rivelatrice della circostanza che la precedente sentenza irrevocabile di condanna è inficiata da un *error iuris* (ciò quantomeno ove si sia di fronte ad un *overruling* a carattere “correttivo”, e non già “evolutivo”): ottica nella quale l’ipotetico rimedio al quale verrebbe spontaneo pensare – ma solo *de iure condendo* – dovrebbe in qualche modo riecheggiare le dinamiche dell’istituto della revisione (artt. 629 ss. c.p.p.), con un innovativo passaggio dall’attuale dimensione fattuale del contrasto fra giudicati, avuta di mira dall’art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p., ad altra di ordine giuridico.

L’alternativa “progressista” e più “radicale” – della quale si è fatto, in concreto, promotore il Tribunale di Torino, sollevando la questione decisa dalla Corte – sarebbe quella di equiparare il *revirement* giurisprudenziale “decriminalizzante” ad una vicenda abrogativa della norma incriminatrice, così da ricondurlo sotto il cono applicativo del principio di retroattività della *lex mitior*, negli ampi termini delineati dall’art. 2, comma 2, c.p. per i casi di *abolitio criminis*, e del correlato regime revocabilità del giudicato *in executivis*, previsto dall’art. 673 c.p.p.

A conferire a tale soluzione un particolare *appeal* è l’idea che, così facendo, si marci in una prospettiva di recepimento della “dimensione europea” del principio di legalità in materia penale, quale emerge segnatamente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>8</sup>. Ai fini della verifica del rispetto di detto principio e dei suoi corollari, ritenuti insiti nella previsione dell’art. 7 CEDU, i Giudici di Strasburgo privilegiano notoriamente, infatti, una visione «sostanziale», e non già «formale», del concetto di «diritto», che ingloba tra i suoi parametri, a fianco delle norme di produzione legislativa, anche il “formante giurisprudenziale”, ossia la lettura che i giudici ne danno:

---

stata prospettata – con un *obiter dictum* – nella sentenza Beschi delle sezioni unite della Corte di cassazione, cui si accenna poco oltre nel testo. La tecnica del *prospective overruling* è stata, in concreto, adottata dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, in una recente pronuncia di vasta risonanza, al fine di evitare un effetto per qualche aspetto analogo a quello considerato: ossia per impedire che un arresto innovativo, rispetto ad una precedente consolidata giurisprudenza concernente l’interpretazione di una norma processuale, venga a determinare “a sorpresa” una decadenza o una preclusione in danno di una parte del giudizio, che si era attenuta ai dettami della vecchia interpretazione (Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *C.e.d. Cass.*, n. 617905, a commento della quale v. F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell’affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1392 ss.).

7. Ossia di un *overruling* volto ad emendare la precedente linea giurisprudenziale, in quanto ritenuta frutto di una non corretta applicazione dei canoni di ermeneutica legale (come nel caso esaminato dalla Corte), e non già ad adeguare il contenuto della norma – entro il limite di tolleranza del suo dettato testuale – alle nuove connotazioni assunte nel tempo dall’interesse protetto o ai sopravvenuti mutamenti del sistema ordinamentale in cui la norma stessa si colloca. La distinzione tra le due categorie è puntualmente tracciata, in questi termini, dalla già citata Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *C.e.d. Cass.*, n. 617905.

8. Sul tema, per tutti, A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., pp. 249 e ss.; A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti. Problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 673 e ss.; G. DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *www.europeanrights.eu*, 2010; G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 16 e ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2197 e ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, Torino, 2008, pp. 301 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES, V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, pp. 69 e ss. Analogo discorso vale, ovviamente, per il mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, con riguardo alla accennata prospettiva di omologazione alla nuova norma legislativa sfavorevole.

intendendo propriamente, per «diritto», la risultante della relativa crisi<sup>9</sup>.

Per questo verso, l'iniziativa del Tribunale torinese trova un "trampolino di lancio" nella nota sentenza Beschi del 2010, con la quale le sezioni unite penali della Corte di cassazione – componendo il contrasto insorto sul punto nelle sezioni singole – hanno ritenuto rilevante il mutamento di giurisprudenza, sancito da una pronuncia del supremo organo nomofilattico, ai fini del superamento del c.d. giudicato esecutivo (formula, tecnicamente impropria, con la quale si è soliti designare la preclusione sancita dall'art. 666, comma 2, c.p.p.)<sup>10</sup>. Come è stato osservato, si tratta di una pronuncia «rivoluzionaria» non tanto per il suo contenuto decisorio, quanto piuttosto per la motivazione che lo sorregge. Brandendo l'esigenza dell'interpretazione "convenzionalmente conforme", le sezioni unite si sono attestate, infatti, su posizioni di ordine generale "fortemente avanzate", sul fronte del recepimento delle tesi di Strasburgo riguardo all'equiparazione fra diritto di produzione legislativa e diritto di matrice giurisprudenziale<sup>11</sup>.

Nell'aderire *toto corde* all'impostazione della sentenza Beschi, il giudice *a quo* esclude tuttavia che, rispetto al giudicato "vero e proprio", il risultato auspicato – vale a dire l'inserimento del mutamento giurisprudenziale tra i presupposti dell'istituto della revoca, di cui all'art. 673 c.p.p. – sia conseguibile dal giudice ordinario già in via d'interpretazione. Troppo stringente, per questo verso – a suo avviso – il limite del dato letterale, tenuto conto del carattere eccezionale degli interventi *in executivis* sulle pronunce del giudice della cognizione, che frapporterebbe una insormontabile paratia al ricorso al metodo analogico. Di qui, dunque, la ritenuta esigenza di promuovere l'intervento del Giudice delle leggi, veicolando l'istanza di adeguamento ai "paradigmi europei" tramite il "consueto" parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.

Nell'ambito dello stesso foro torinese, non è mancato, peraltro, chi – nel medesimo turno di tempo – ha ritenuto di poter valicare a piè pari quella paratia, pervenendo alla dilatazione del perimetro operativo dell'art. 673 c.p.p., nei sensi dianzi indicati, col sussidio dei soli strumenti ermeneutici<sup>12</sup>.

### 3

**IL PROBLEMA ERMENEUTICO  
"A MONTE" DEL QUESITO DI  
COSTITUZIONALITÀ:  
L'APPLICABILITÀ DELLA  
CONTRAVVENZIONE DI OMESSA  
ESIBIZIONE DI DOCUMENTI  
(ART. 6, COMMA 3, D.LGS. N.  
286 DEL 1998) AGLI STRANIERI  
"IRREGOLARI"**

La decisione della Corte "gela", tuttavia, gli "entusiasmi" su entrambi i versanti. L'ordinamento costituzionale italiano – questo il "messaggio" di fondo della pronuncia – al pari degli altri sistemi continentali, poggia su principi che non trovano puntuale corrispondenza nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani, con i quali l'ipotizzato riconoscimento d'una funzione normativa alla giurisprudenza penale – presupposto concettuale del suo allineamento alle fonti legali – non può evitare di fare i conti.

Più nel dettaglio, il Tribunale di Torino – con un'ordinanza di rimessione sorretta da robusto apparato argomentativo – aveva sottoposto a scrutinio di legittimità costituzionale, in riferimento ad un'ampia platea di parametri (con in testa l'art. 117, comma 1, Cost.), l'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato (e delle pronunce ad essa assimilate) anche nel caso di «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle sezioni unite, in

9. Al riguardo, v. *infra*, § 8.

10. Cfr. Cass., sez. un., 21 gennaio 2010-13 maggio 2010, n. 18288, Beschi, in *C.e.d. Cass.*, n. 246651, secondo cui, in particolare, il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle sezioni unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. A commento della pronuncia, v. A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente"*, in *Guida dir.*, 2010, n. 27, pp. 78 e ss.; R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 26 e ss.; C. M. ZANOTTI, *L'indiscutibile rilevanza delle norme CEDU e delle sentenze della Corte Europea: il principio di legalità "allargata" e la "vincolatività" dei mutamenti giurisprudenziali*, in *Foro ambr.*, 2010, pp. 73 e ss. A conforto delle proprie tesi, il Tribunale di Torino richiama anche l'omologa presa di posizione della Corte di cassazione sul tema del c.d. giudicato cautelare, espressa, peraltro, da una decisione dalla trama motivazionale molto meno "dirompente" (Cass., sez. II, 6 maggio 2010-25 maggio 2010, n. 19716, in *C.e.d. Cass.*, n. 247113).

11. Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., 97.

12. Cfr. G.u.p. Trib. Torino, 30 gennaio 2012, A., in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 743, con commento di S. DE FLAMMINEIS, *Sull'applicazione retroattiva di un'interpretazione giurisprudenziale in favore del reo*; nonché in *www.archiviopenale.it*, 2012, n. 2, con commento di A. BALSAMO, S. DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*.

base al quale il fatto già giudicato non è previsto dalla legge come reato.

Il «mutamento giurisprudenziale» che veniva in rilievo nel giudizio *a quo* era quello relativo alla sfera soggettiva di applicabilità della contravvenzione di omessa esibizione dei documenti di identità e di soggiorno da parte dello straniero, delineata dall'art. 6, comma 3, del testo unico dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). A seguito della riscrittura della norma incriminatrice, operata dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, era sorto, in specie, il problema della perdurante riferibilità del paradigma punitivo agli stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato<sup>13</sup>: interrogativo al quale la Corte di cassazione, con una terna di decisioni della I sezione, aveva inizialmente risposto in senso affermativo<sup>14</sup>. La tesi era stata, peraltro, sconfessata dalle sezioni unite, le quali, con la sentenza 24 febbraio 2011-27 aprile 2011, n. 16543, Alacev<sup>15</sup>, avevano, di contro, ritenuto che la previsione punitiva si rivolga attualmente solo agli stranieri regolarmente soggiornanti: prospettiva nella quale – secondo il supremo consesso nomofilattico – la novella del 2009 avrebbe determinato una parziale *abolitio criminis*, rilevante agli effetti dell'art. 2, comma 2, c.p., abrogando la fattispecie contravvenzionale preesistente nella parte in cui si prestava a colpire anche gli stranieri “irregolari”.

Nel caso di specie, il Tribunale di Torino si trovava investito, quale giudice dell'esecuzione, della richiesta del pubblico ministero di revoca parziale, alla luce dei *dicta* della sentenza Alacev, di una sentenza di patteggiamento (tipologia decisoria pacificamente ricompresa, anche in difetto di espressa menzione, nel perimetro di operatività dell'art. 673 c.p.p.)<sup>16</sup>, emessa nel luglio 2010 nei confronti di uno straniero per la contravvenzione in parola (oltre che per altro reato) e divenuta irrevocabile alcuni mesi dopo, con riferimento a fatto commesso l'11 giugno 2010 (successivamente, dunque, all'entrata in vigore della novella del 2009).

Al riguardo, la Corte costituzionale sgombra anzitutto il campo dall'eccezione di inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, formulata dall'Avvocatura generale dello Stato sull'assunto che, anche in una fattispecie quale quella oggetto del procedimento principale, si sarebbe rimasti al cospetto di una *abolitio criminis* dipendente da successione di leggi nel tempo (la sostituzione dell'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 ad opera della l. n. 94 del 2009) e, perciò, di un fenomeno già rientrante *pleno iure* nel campo applicativo dell'art. 673 c.p.p. Tesi che, nelle more del giudizio di costituzionalità, aveva trovato, peraltro, eco nella giurisprudenza di legittimità<sup>17</sup>.

13. Con riferimento al testo originario della norma, risultava consolidata in giurisprudenza – dopo l'intervento “chiarificatore” delle sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 29 ottobre 2003-27 novembre 2003, Mensky, in *C.e.d. Cass.*, n. 226102) – la tesi in forza della quale del reato potevano rispondere anche gli stranieri “irregolari”, sia pure limitatamente all'ipotesi dell'omessa esibizione dei documenti di identificazione (non pure all'omessa esibizione del permesso o della carta di soggiorno – all'epoca configurata come fattispecie alternativa – essendo il possesso di tali ultimi documenti inconciliabile con la stessa condizione di straniero in posizione irregolare). Al riguardo, per tutti, A. ABUKAR HAYO, *Sulla esigibilità del possesso ed esibizione di documento di riconoscimento dello straniero clandestino*, in *Giust. pen.*, 2004, II, cc. 337 e ss.; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, pp. 151 e ss.; O. FORLENZA, *Il mirino del testo unico dell'immigrazione punta su passaporto e carta d'identità*, in *Guida dir.*, 2004, n. 1, pp. 75 e ss.; F. C. PALAZZO, *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2004, n. 4, pp. 783 e ss.

14. Cfr. Cass., sez. I, 23 settembre 2009-18 novembre 2009, n. 44157, in *C.e.d. Cass.*, n. 245555; Cass., sez. I, 20 gennaio 2010-16 febbraio 2010, n. 6343; Cass., sez. I, 30 settembre 2010-18 ottobre 2010, n. 37060.

15. In *C.e.d. Cass.*, n. 249546, e in *Diritto penale contemporaneo*, con scheda di A. GILIBERTO, 29 aprile 2011. A commento della decisione, cfr. V. DI PEPPE, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2886 e ss.; G. L. GATTA, *Inottemperanza del “clandestino” all'ordine di esibire i documenti: davvero abolitio criminis?*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, pp. 1348 e ss. Sul tema, altresì, in generale, G. BARBUTO, *Inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica*, a cura di S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, Milano, 2009, pp. 229 e ss.; A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in A. CAPUTO, G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2011, pp. 123 e ss.; L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, pp. 15 e ss.; V. DI PEPPE, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi: considerazioni in margine all'intervento della “legge sicurezza” del 2009*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 341 e ss.; M. GAMBARDILLA, *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero “irregolare”*, in *Quest. giust.*, 2010, pp. 173 e ss.; M. GAMBARDILLA, *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2010; G. RELLA, *Reati propri*, in *Diritto penale dell'immigrazione*, a cura di S. CENTONZE, Torino, 2010, pp. 64 e ss.

16. Cfr. Cass., sez. I, 11 luglio 2000-7 settembre 2000, n. 4698, in *C.e.d. Cass.*, n. 217089; Cass., sez. III, 15 gennaio 2002-22 febbraio 2002, n. 7088, *ivi*, n. 221692; Cass., sez. I, 19 ottobre 2007-16 novembre 2007, n. 42407, *ivi*, n. 237969. Nello stesso senso già Corte cost., sentenza n. 96 del 1996.

17. Cfr. Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011-12 gennaio 2012, n. 545, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 304, con osservazioni di S. CORBETTA, che, in una ipotesi identica, sul piano delle scansioni temporali, a quella oggetto del giudizio *a quo*, ha ritenuto direttamente applicabile l'art. 673 c.p.p. in conformità a quanto sostenuto dall'Avvocatura. La pronuncia appare, peraltro, basata più su ragioni equitative che non su saldi argomenti logico-giuridici. Verosimilmente, il

**4**  
**L'EVENTUALE RICONDUCEBILITÀ  
DELL'OMESSA ESIBIZIONE DEI  
DOCUMENTI DI  
IDENTIFICAZIONE DA PARTE DEGLI  
STRANIERI "IRREGOLARI" ALLA  
FATTISPECIE  
GENERALE DEL T.U.L.P.S.**

In senso contrario, la Corte rileva che – discutendosi di fatto commesso dopo l'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009, quando l'art. 6, comma 3, del testo unico risultava già formulato nei termini attuali – la successione tra vecchio e nuovo testo di detta norma non veniva in considerazione, come fenomeno atto a rendere operante il precepto dell'art. 2, comma 2, c.p., cui la previsione dell'art. 673 c.p.p. è, per questo verso, correlata. Di conseguenza, non era per nulla «implausibile»<sup>18</sup> l'asserto del giudice *a quo*, secondo il quale la richiesta di revoca sottoposta al suo esame si basava sulla *consecutio*, non già di *leggi*, ma di *diverse interpretazioni giurisprudenziali* della medesima disposizione di legge (l'esegesi più lata, *a parte subiecti*, del novellato art. 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, adottata in prima battuta dalle sezioni singole della Cassazione e recepita nella sentenza revocanda, e quella limitativa poi sposata dalle sezioni unite).

Sempre in relazione al problema ermeneutico “a monte” del quesito di costituzionalità, la Corte si fa carico, anche in assenza di pungolo dell'Avvocatura, di un ulteriore problema di ammissibilità, specificamente evidenziato in dottrina.

Si era osservato, in effetti, che – accedendo pure alla tesi delle sezioni unite, secondo la quale la l. n. 94 del 2009 avrebbe estromesso gli stranieri “irregolari” dal novero dei destinatari della previsione punitiva di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 – ciò non avrebbe affatto comportato, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza Alacev, l'automatica perdita di rilevanza penale della condotta di omessa esibizione dei documenti da parte dei predetti soggetti. Tale condotta sarebbe ricaduta, infatti, nel campo di presione di una più ampia fattispecie contravvenzionale, tuttora presente nell'ordinamento, rispetto alla quale il reato del testo unico dell'immigrazione si poneva, per corrente convincimento, in rapporto di specialità<sup>19</sup>: vale a dire, quella risultante dal combinato disposto degli artt. 221 t.u.l.p.s. e 294 reg. t.u.l.p.s., che punisce la mancata esibizione ad ufficiali e agenti di pubblica sicurezza dei documenti di identificazione da parte di chicchessia (cittadino o straniero). La l. n. 94 del 2009 non avrebbe determinato, pertanto, un'*abolitio criminis* (parziale), quanto piuttosto un fenomeno di c.d. *abrogatio sine abolitione*<sup>20</sup>: prospettiva nella quale la questione di legittimità costituzionale in esame sarebbe divenuta inammissibile per difetto di rilevanza, mancando in radice la condizione di operatività dell'istituto della revoca, disciplinato dall'art. 673 c.p.p. Discutendosi, infatti, non già del passaggio da un regime di rilevanza ad uno di irrilevanza penale, ma solo del passaggio da un regime punitivo più severo ad altro più mite (la contravvenzione del t.u.l.p.s. è punita con pene alternative, anziché congiunte, come invece quella del testo unico dell'immigrazione), la fattispecie sarebbe rimasta disciplinata dall'art. 2, comma 5, c.p., in forza del quale la retroattività della *lex mitior* si

---

giudice di legittimità ha inteso evitare un apparente paradosso: ossia che, a seguito della sentenza Alacev, risultino revocabili i giudicati di condanna per fatti commessi prima dell'agosto 2009 (quando era in vigore la vecchia norma, che puniva anche gli stranieri “irregolari”), essendosi, in tal caso, certamente di fronte ad una *abolitio criminis* conseguente a successione di leggi; mentre restino irrevocabili i giudicati relativi a fatti commessi tra l'agosto 2009 e la sentenza Alacev (quando era già vigente la nuova norma), discutendosi, in tale ipotesi, di un fenomeno attinente alle sole dinamiche interpretative della norma incriminatrice. Resta, tuttavia, il fatto – incontestabile – che, in questa seconda ipotesi, non vi è alcuna successione di leggi *posteriore* alla condotta della cui rilevanza penale si discute, la quale valga a rendere operante il dettato dell'art. 2, comma 2, c.p., secondo quanto indicato subito appresso nel testo.

18. Trattandosi di profilo che attiene alla rilevanza della questione sollevata, e non al merito di essa, il parametro di verifica della prospettiva ermeneutica del rimettente è appunto quello della «non implausibilità», e non quello della correttezza.

19. Cfr., su tale rapporto di specialità, tra gli altri, P. BALZELLONI, *Immigrazione (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2004, p. 370; A. CAPUTO, *Diritto e procedura*, cit., p. 153; A. CAPUTO, *I reati*, cit., p. 124; L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari*, cit., p. 31; G. RELLA, *Reati propri*, cit., p. 65.

20. Cfr., in questo senso, G. L. GATTA, *Inottemperanza*, cit., p. 1353 s.; A. GILIBERTO, *Lo straniero irregolare è ancora punibile per il reato di omessa esibizione dei documenti?*, in *Corr. merito*, 2011, p. 295 s. Il fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione* si verifica, in specie, allorché la fattispecie criminosa abrogata (interamente o parzialmente) risulti speciale rispetto ad una fattispecie generale preesistente (o introdotta contestualmente all'abrogazione della norma speciale): ipotesi nella quale la norma generale ancora in vigore – almeno di regola – si “riespande” alla classe di fatti considerati, con la conseguenza che si viene a determinare, non già un'*abolitio criminis*, ma una successione di leggi penali modificative, disciplinata dall'art. 2, comma 5, c.p. (al riguardo, con riferimento alla nota vicenda della soppressione dell'istituto dell'amministrazione controllata, Cass., sez. un., 26 febbraio 2009-12 giugno 2009, n. 24468, in *C.e.d. Cass.*, n. 243587; in dottrina, M. GAMBARELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, pp. 180 e ss.).

arresta di fronte al giudicato<sup>21</sup>.

La Corte costituzionale esclude, nondimeno, che l'omessa verifica, da parte del giudice *a quo*, della *bonitas* della prospettiva ermeneutica ora indicata (non perscrutata dalla sentenza Alacev) possa effettivamente ridondare in un vizio di ammissibilità. Al riguardo, viene ritenuta, infatti, dirimente la conformazione del *petitum*, il cui accoglimento comporterebbe – come meglio si vedrà più avanti<sup>22</sup> – che, in presenza d'una decisione delle sezioni unite che escluda la rilevanza penale del fatto, il giudice debba revocare il giudicato contrastante, senza possibili «margini di scostamento» dalla soluzione adottata dall'organo della nomofilachia: circostanza che rende rilevante la questione a prescindere dall'eventuale opinabilità dei risultati ermeneutici cui è pervenuta la sentenza Alacev, relativamente all'asserito effetto abolitivo della novella del 2009.

## 5

### LA VICENDA INTERPRETATIVA RELATIVA AL NUOVO TESTO DELL'ART. 6, COMMA 3, D.LGS. N. 286 DEL 1998 È REALMENTE QUALIFICABILE COME «MUTAMENTO DI GIURISPRUDENZA»?

La Corte mostra, per altro verso, di condividere (o, quantomeno, di ritenere «non implausibile») – ma, stavolta, solo per implicito – la tesi del rimettente, in base alla quale la vicenda interpretativa concernente il nuovo testo dell'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, dianzi sommariamente ricordata, sarebbe qualificabile come «*revirement* giurisprudenziale» (fenomeno al quale soltanto è riferito il *petitum*).

Tale inquadramento poteva apparire, in verità, non privo di margini di opinabilità. Di «mutamento giurisprudenziale» – concetto, peraltro, solo in apparenza univoco – è, in linea di massima, legittimo parlare, secondo quanto dianzi accennato, solo allorché in un intervallo di tempo “*t*” vi sia un indirizzo giurisprudenziale dominante, il quale viene contraddetto da una decisione successiva, che a sua volta dà vita (o risulta idonea a dar vita) ad un diverso orientamento, parimenti “affermato”. In altre parole – per stare all'impostazione dello stesso giudice *a quo* – solo quando ad un certo “diritto vivente” si sostituisce un altro “diritto vivente”.

Nella specie, poteva nutrirsi qualche perplessità sul fatto che, prima della sentenza Alacev<sup>23</sup>, vi fosse realmente un “diritto vivente” sul nuovo testo dell'art. 6, comma 3, d.lgs. 286 del 1998. Vi erano, bensì, le tre ricordate sentenze della I<sup>a</sup> sezione della Cassazione – emesse all'indomani della novella e motivate, peraltro, in modo per lo più assiomatico – secondo le quali nulla era cambiato, in punto di punibilità degli stranieri “irregolari”. Ma larga parte della giurisprudenza di merito – prima, coevamente e dopo dette sentenze – sosteneva il contrario<sup>24</sup>. In tale contesto, si sarebbe potuto quindi sostenere che la decisione delle sezioni unite – intervenuta a meno di un anno e mezzo di distanza dal varo della l. n. 94 del 2009 – più che *mutare*, era valsa a *formare* per la prima volta un “diritto vivente” sulla nuova norma<sup>25</sup>.

21. Così, specificamente, G. L. GATTA, *Inottemperanza*, cit., pp. 1353 e s.

22. *Infra*, § 9.

23. Dopo di essa, la giurisprudenza pare essersi, in effetti, uniformemente adeguata alle indicazioni delle sezioni unite: cfr., nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. IV, 30 novembre 2011-21 dicembre 2011, n. 47502, in *C.e.d. Cass.*, n. 251743; Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011-12 gennaio 2012, n. 545, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 304.

24. Cfr., tra le altre, Trib. Bologna, 19 ottobre 2009, H. B., in *Foro it.*, 2010, II, c. 70, con osservazioni di G. GIORGIO; Trib. Bologna, 28 ottobre 2009, Y.H., in *Quest. giust.*, 2010, p. 182; Trib. Monza, 12 gennaio 2010, in *www.osservatoriopenale.it*; Trib. Milano, 19 gennaio 2010, A., in *Corr. merito*, 2010, 529, con osservazioni di G. L. GATTA; Trib. Monza, 9 marzo 2010, n. 544, in *Guida dir.*, 2010, n. 23, p. 85; Trib. Monza, 3 maggio 2010, n. 851, in *De Jure*; nonché Trib. Orvieto, 16 febbraio 2010, J., Trib. Orvieto, 2 marzo 2010, S. e Trib. Orvieto, 1° giugno 2010, P., citate in M. GAMBARDILLA, *Ancora sulla mancata esibizione*, cit., p. 175, nota 1; Trib. Trieste, 23 dicembre 2009, N., citata in L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari*, cit., p. 25, nota 26.

25. È ben che vero che l'intervento delle sezioni unite, materializzatosi nella sentenza Alacev, era stato richiesto dalla prima sezione per prevenire, e non già per dirimere un contrasto di giurisprudenza. Ma ciò nell'ambito di una valutazione circoscritta alla sola giurisprudenza di legittimità. Ai fini della verifica dell'esistenza di un “diritto vivente”, avrebbe potuto, peraltro, ritenersi necessaria – anche in rapporto alle peculiarità del caso in esame – una valutazione della giurisprudenza nel suo complesso, inclusa quella di merito (in termini generali, nel senso che, a fronte del carattere “diffuso” della magistratura, debba ritenersi determinante, a detti fini, «la misura del consenso che quella interpretazione riscuote tra tutti i giudici», cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Napoli, 2008, p. 48).

## 6

IL PRESUPPOSTO DI BASE:  
L'ATTUALE ESTRANEITÀ  
DEL «MUTAMENTO  
GIURISPRUDENZIALE» AL RAGGIO  
OPERATIVO DELL'ART. 673 C.P.P.

La Corte non manca, per converso, di esprimersi in ordine al “presupposto-cardine” del quesito di costituzionalità – quello per cui il «mutamento giurisprudenziale» costituisce fenomeno attualmente estraneo all'area di prescrizione dell'istituto della revoca del giudicato – definendolo «corretto [...] e comunque rispondente alla lettura della norma censurata da parte della Corte di cassazione». Si tratta di una presa di posizione di indubbio peso, anche perché interviene dopo che si erano già registrate, sul punto – come dianzi segnalato – le prime “fughe in avanti” da parte della giurisprudenza di merito<sup>26</sup>.

Al riguardo, i Giudici di Palazzo della Consulta rilevano come l'art. 673 c.p.p., in riflesso alle norme sostanziali degli artt. 2, comma 2, c.p. e 30, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, prenda in considerazione due eventi – l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale – il cui comune effetto è di espungere dall'ordinamento la norma incriminatrice in applicazione della quale è stata emessa la sentenza irrevocabile. In ragione della similarità del suo portato, la giurisprudenza di legittimità ha inglobato, in via interpretativa, nel campo di applicazione dell'istituto anche la dichiarazione di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea avente effetto diretto, operata con sentenza della Corte di giustizia, trattandosi di pronuncia che impedisce, in via generale, ai giudici nazionali di continuare a fare applicazione della norma attinta<sup>27</sup>.

La stessa giurisprudenza di legittimità – con indirizzo che la Corte costituzionale mostra chiaramente di condividere – ha, per converso, disatteso (almeno sino ad ora) i tentativi di incanalare nell'alveo dell'art. 673 c.p.p. fenomeni attinenti alle «dinamiche interpretative» della norma incriminatrice, quali il mutamento di giurisprudenza e la risoluzione dei contrasti giurisprudenziali, benché conseguenti a decisioni delle sezioni unite. Ciò sul precipuo rilievo che tali decisioni, per quanto autorevoli, non hanno un'efficacia paragonabile a quella degli eventi avuti di mira dalla disposizione di cui si discute, rimanendo prive di effetti vincolanti nei confronti dei giudici chiamati ad occuparsi di fattispecie analoghe<sup>28</sup>.

## 7

I POSSIBILI TRATTI DI  
“CREATIVITÀ” DEL PETITUM

La Corte esce, a questo punto, “allo scoperto” riguardo al merito della questione, di cui esclude la fondatezza, evitando di “trincerarsi” dietro una più “comoda” (perché assai meno impegnativa) decisione di inammissibilità “sostanziale”: decisione della quale pure si sarebbe potuta ipotizzare la praticabilità, nella misura in cui la pronuncia additiva richiesta dal giudice *a quo*, riflettendo personali opzioni dello stesso rimettente, pareva assumere un carattere “creativo” e, comunque, non “costituzionalmente obbligato”<sup>29</sup>.

Ciò almeno su due fronti. In primo luogo, con riguardo alla prefigurata limitazione della pronuncia additiva sull'art. 673 c.p.p. ai soli mutamenti di giurisprudenza conseguenti a decisioni delle sezioni unite della Corte di cassazione, lasciando fuori quelli che si realizzino a seguito di “*n*” decisioni delle sezioni singole. Soluzione modellata sul

26. *Supra*, § 2.

27. Cfr., in particolare, Cass., sez. VII, 6 marzo 2008-29 maggio 2008, n.21579, in *C.e.d. Cass.*, n. 239961; Cass., sez. VI, 5 novembre 2010-8 marzo 2011, n. 9028, *ivi*, n. 249680; Cass., sez. I, 29 aprile 2011-20 maggio 2011, n. 20130, *ivi*, n. 250041; Cass., sez. I, 28 aprile 2011-1° giugno 2011, n. 22105, *ivi*, n. 249732. In dottrina, v. G. DE AMICIS, *L'efficacia diretta della direttiva comunitaria sui rimpatri nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 3769 e ss.; D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, p. 192.

28. Cass., sez. I, 11 luglio 2006-1° agosto 2006, n. 27121, in *C.e.d. Cass.*, n. 235265; Cass., sez. I, 13 luglio 2006-3 agosto 2006, n. 27858, *ivi*, n. 234978, entrambe con riferimento alla sentenza delle sezioni unite che, componendo un contrasto di giurisprudenza, aveva escluso che l'acquisto di *compact disc* e musicassette, prive del timbro SIAE e abusivamente riprodotte, integrasse il delitto di ricettazione. Analogamente, in sede di esame della vicenda interpretativa avente ad oggetto lo stesso art. 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, Cass., sez. I, 21 dicembre 2011-12 gennaio 2012, n. 545, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 304. Nel senso che il mutamento di indirizzo giurisprudenziale non è equiparabile ad uno *ius superveniens* agli effetti dell'art. 2 c.p., cfr. altresì Cass., sez. I, 14 ottobre 2009-12 novembre 2009, n. 43239. In dottrina, v., in senso conforme, M. GAMBARDELLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2012, p. 12; D. VICOLI, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'abolitio criminis*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. e 1689 ss.; D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 191, nota 54.

29. Sulla inammissibilità delle questioni che sollecitino interventi “creativi”, tra le molte, Corte cost., sentenze n. 61 del 2006 e n. 33 del 2007; ordinanze n. 83 del 2007, n. 243 del 2009 e n. 77 del 2010. Sulla inammissibilità delle questioni che richiedano interventi additivi in materia riservata alla discrezionalità del legislatore, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, per tutte, Corte cost., sentenze n. 138, n. 250 e n. 271 del 2010; ordinanza n. 59 del 2010.



caso di specie, ma di per sé opinabile, posto che non ogni *revirement* giurisprudenziale transita attraverso pronunce delle sezioni unite<sup>30</sup> e che, d'altra parte, la funzione nomofilattica – che il Giudice dell'esecuzione torinese pure aveva evocato a fondamento delle sue censure – appartiene, secondo l'art. 65 ord. giud., alla Corte di cassazione nel suo complesso.

Discorso analogo vale anche per la limitazione dell'intervento additivo alle sole decisioni delle sezioni unite che determinino un *mutamento* di giurisprudenza. E perché non quelle che risolvano un *contrasto* giurisprudenziale? Al di là di astratte costruzioni teoriche – solo nel caso del mutamento di giurisprudenza, e non in quello della risoluzione di un contrasto, si ha un fenomeno che “assomiglia”, sul piano del “diritto vivente”, alla successione di leggi nel tempo – dal punto di vista della tutela dei diritti di chi è stato irrevocabilmente condannato sulla base della linea interpretativa poi sconfessata la situazione appare sostanzialmente identica<sup>31</sup>.

Tutto ciò, senza considerare la possibilità di ascrivere alla pronuncia richiesta dal rimettente una portata “manipolativa di sistema”<sup>32</sup>, nel momento in cui sembrava preludere all'innesto nell'ordinamento italiano – tradizionalmente appartenente al novero degli ordinamenti continentali di *civil law* – di regole evocative del vincolo dello *stare decisis*, caratteristico dei sistemi di *common law*, secondo quanto, peraltro, emerge dalla stessa motivazione della sentenza della Corte<sup>33</sup>.

## 8

### L'INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 117, COMMA 1, COST.

La Corte passa, ad ogni modo, direttamente al “cuore” del problema, disattendendo la censura di violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per asserito contrasto con l'art. 7 CEDU: censura che trova ovviamente la sua premessa fondante nella costruzione teorica inaugurata dalle “sentenze gemelle” del 2007<sup>34</sup>, riguardo alla configurabilità delle disposizioni della Convenzione – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – come «norme interposte» rispetto al parametro costituzionale evocato, laddove impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali<sup>35</sup>.

Nella specie, il giudice *a quo* aveva ricostruito la «norma interposta» – in assunto violata da quella interna sottoposta a scrutinio – tramite un *mélange* fra due distinte affermazioni della Corte di Strasburgo. La prima è quella espressiva del *revirement* operato dalla celebre e “celebrata” (ma non per questo priva di margini di opinabilità, come attestano le plurime *dissenting opinions*) sentenza Scoppola del 2009 della Grande Camera, al lume della quale l'art. 7 CEDU – malgrado il diverso dato letterale (evocativo del solo principio di irretroattività della norma penale sfavorevole) – sancirebbe (in aggiunta al più generale principio di legalità in materia penale, nelle sue diverse sfaccettature) anche il principio di retroattività della norma penale più mite<sup>36</sup>. L'altra

30. L'art. 618 c.p.p. prevede, infatti, la semplice facoltà, e non l'obbligo, per la sezione singola, di deferire la risoluzione della *quaestio iuris* alle sezioni unite, laddove sia insorto o possa insorgere un contrasto.

31. Anzi, parrebbe semmai maggiormente meritevole di tutela chi ha commesso il fatto in un momento nel quale la sua rilevanza penale era dubbia, al lume della contrastante giurisprudenza dell'epoca, che non colui che lo ha realizzato quando la sua rilevanza penale appariva certa, sempre in base alla linea interpretativa dell'epoca, poi disattesa dalle sezioni unite.

32. Operazione a maggior ragione preclusa alla Corte costituzionale, con conseguente inammissibilità della questione che la prospetti: *ex plurimis*, Corte cost., sentenze n. 175 del 2004 e n. 182 del 2009; ordinanza n. 305 del 2001.

33. Alquanto “formalistico” sarebbe stato il diverso, ipotizzabile profilo di inammissibilità, connesso al fatto che il giudice *a quo* non avesse coinvolto nello scrutinio di costituzionalità anche la norma sostanziale dell'art. 2, comma 2, c.p., di cui l'art. 673 c.p.p. rappresenta, per la parte che interessa, il riflesso processuale.

34. Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

35. In senso analogo, tra le ultime, Corte cost., n. 1, n. 113, n. 236, n. 245 e n. 303 del 2011, n. 78 del 2012. Sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. Corte cost., sentenza n. 80 del 2011.

36. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (che, come è noto, capovolge la pregressa giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto), a commento della quale cfr. M. GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2020 e ss.; G. ICHINO, *L'“affaire Scoppola c. Italia” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2010, pp. 841 e ss. In senso conforme, successivamente, Corte EDU, 27 aprile 2010, Morabito c.

affermazione – rispondente, di contro, ad un orientamento da tempo consolidato nella giurisprudenza della Corte europea – è quella per cui, in rapporto al principio di legalità sancito dall’art. 7 CEDU, il concetto di «diritto» include sia il diritto di matrice legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale<sup>37</sup>: soluzione originariamente pungolata dall’esigenza di non estromettere dalla tutela della Convenzione gli ordinamenti di *common law*<sup>38</sup>, ma ritenuta comunque valevole anche in rapporto ai sistemi di *civil law*, in considerazione del ruolo che pure in essi la giurisprudenza gioca nella definizione dell’esatta portata e nello sviluppo dei precetti penali<sup>39</sup>.

Al riguardo, la Corte costituzionale inizia col rimarcare come, proprio alla luce di tale seconda affermazione, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno “ricco” di quello recepito dall’art. 25 della Costituzione italiana. Al primo resta, infatti, estranea una componente “di spicco” del secondo, quale quella della riserva di legge, nell’accezione tipica del diritto continentale, che individua come unico *law maker*, in materia penale, il Parlamento, quale massima espressione della rappresentanza politica<sup>40</sup>: circostanza che, di per sé, «preclude una meccanica trasposizione nell’ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale». Nel segnare un argine a soluzioni interpretative “d’avanguardia”, condotte sotto la bandiera dell’esegesi “convenzionalmente conforme”, l’enunciato assume un rilievo tutto particolare anche perché rappresenta – sia pure soltanto a livello di notazione incidentale – la prima applicazione concreta di uno dei postulati-cardine della teoria delle “norme interposte”: quello per cui, cioè, le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, collocandosi pur sempre a livello «sub-costituzionale», restano subordinate alla Costituzione italiana (all’*intera* Costituzione, e non soltanto ai c.d. “principi supremi”); con l’immediata conseguenza che esse perdono la capacità di integrare il «rinvio mobile» dell’art. 117, comma 1, Cost. quante volte entrino in conflitto con le altre regole della Carta<sup>41</sup>.

Si tratta, peraltro – come già anticipato – di una notazione destinata nel frangente ad assumere una valenza solo incidentale, giacché la Corte reputa decisivo, al fine di disattendere la censura sottoposta al suo esame, un diverso e più radicale rilievo: ossia che mai, fino ad oggi, i Giudici di Strasburgo risultano avere enunciato il principio che il giudice *a quo* vorrebbe far discendere dalla combinazione dei due asserti dianzi ricordati, in base al quale un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole all’autore del fatto imporrebbe la revoca delle sentenze di condanna già passate in giudicato<sup>42</sup>. Dei mutamenti di giurisprudenza la Corte di Strasburgo si è sinora occupata, in effetti, non in rapporto al principio di retroattività della *lex mitior*, ma solo a quello di irretroattività della legge sfavorevole<sup>43</sup>, segnatamente al fine di escludere che sia conforme alla Convenzione l’applicazione di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della punibilità

---

Italia; Corte EDU, 7 giugno 2011, Agrati c. Italia.

37. Cfr., tra le più recenti, Corte EDU, 24.5.2007, Dragotoni e altro c. Romania; Corte EDU, 12.2.2008, Kafkaris c. Cipro; Corte EDU, Grande Camera, 17.5.2010, Kononov c. Lettonia; Corte EDU, 7.2.2012, Alimuçai c. Albania; Corte EDU, 6.3.2012, Huhtamäki c. Finlandia.

38. Cfr. Corte EDU, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito (concernente, peraltro, gli artt. 9, 10 e 11 CEDU).

39. Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia. Per la riaffermazione del principio, con riferimento a ricorsi inerenti all’ordinamento italiano, Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Corte EDU, 8 dicembre 2009, Previti c. Italia.

40. Cfr., in senso conforme, A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., p. 251; A. ESPOSITO, *Il diritto penale*, cit., p. 303; V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 274; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 58; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 80.

41. Nel senso che, in questa prospettiva, la Corte costituzionale – pur non potendo sindacare l’interpretazione della Convenzione accolta dalla Corte di Strasburgo – resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma convenzionale si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione, cfr. Corte cost., sentenze n. 93 del 2010, n. 113, n. 236 e n. 303 del 2011.

42. Al riguardo, la Corte non manca, altresì, di rimarcare come – ponendosi nella prospettiva del giudice *a quo* – non ci si potrebbe poi arrestare “a metà del guado”. Se la tesi del rimettente fosse valida, la revoca del giudicato di condanna dovrebbe ritenersi necessaria non soltanto quando il mutamento di giurisprudenza *in bonam partem* attenga alla rilevanza penale del fatto, ma anche quando investa il trattamento sanzionatorio (escludendo, ad esempio, l’applicabilità di aggravanti o riconducendo il fatto ad un paradigma punitivo più mite).

43. Oltre che in relazione alla generale verifica dei requisiti di «accessibilità» e «prevedibilità» della legge penale, che la Corte di Strasburgo considera insiti nel disposto dell’art. 7 CEDU.

9  
L'INSUSSISTENZA DELLA LESIONE  
DEI PRINCIPI DI EGUALIANZA  
E DI RAGIONEVOLEZZA (ART. 3  
COST.)

a fatti anteriormente commessi, quante volte la nuova interpretazione non si connoti come un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore<sup>44</sup>. Ma da ciò nulla si può dedurre ai fini che interessano, posto che l'un principio non è affatto il "rovescio della medaglia" dell'altro. Diverso, infatti, è il rispettivo fondamento, che per il principio di irretroattività *in duriorem* risiede nella cardinale esigenza di permettere la conoscenza anticipata delle conseguenze penali della propria condotta, quale garanzia contro persecuzioni arbitrarie; per il principio di retroattività *in mitius*, nella parità di trattamento, la quale richiede di estendere le modifiche della norma penale, conseguenti ad una mutata valutazione del disvalore del fatto, anche a chi l'abbia commesso anteriormente: prospettiva, questa, che – diversamente dalla prima – non esclude la configurabilità di ragionevoli deroghe<sup>45</sup>.

Per questo verso, nella stessa sentenza Scoppola si rinviene una indicazione di segno contrario alla prospettiva del rimettente, già valorizzata in precedenza dalla Corte costituzionale ad altro fine<sup>46</sup>. Ivi si afferma, infatti, che il principio convenzionale di retroattività *in mitius* si riferisce alle leggi posteriori alla perpetrazione del reato «adottate prima della pronuncia definitiva»: puntualizzazione che (almeno fino «a prova contraria») viene a far salvo il limite del giudicato. Tale limite convenzionale, d'altra parte, se vale per la *lex scripta*, non potrebbe non operare per il diritto di matrice giurisprudenziale: tanto più che la stessa Corte europea non ha mancato di rilevare, sia pure in diverso contesto, come non si possa sostenere che la composizione di un contrasto giurisprudenziale da parte di un tribunale supremo imponga – in nome della parità di trattamento – la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori con esso contrastanti, trattandosi di soluzione che confligge con il principio di sicurezza giuridica<sup>47</sup>.

In conclusione, dunque, la «norma interposta» invocata dal rimettente – a prescindere dalla sua compatibilità con l'art. 25, comma 2, Cost. – resta, allo stato, priva di reale riscontro nella giurisprudenza europea.

Sbarazzatasi rapidamente dei «collaterali» e poco conferenti riferimenti agli artt. 5 e 6 CEDU (in tema di diritto alla libertà e alla sicurezza e di equo processo), operati dal giudice *a quo* sulla scia della sentenza Beschi ad ulteriore puntello della denunciata lesione dell'art. 117, comma 1, Cost., la Corte costituzionale respinge anche le censure di violazione dell'art. 3 Cost.: censure basate sul rilievo che il legislatore non potrebbe («per la contraddizione che nol consente»), da un lato, valorizzare – in una prospettiva di tutela dell'eguaglianza e della prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali delle condotte dei consociati – la funzione nomofilattica della Cassazione (art. 65 ord. giud.) e particolarmente delle sezioni unite (artt. 610, comma 1, 618, comma 1, c.p.p.; art. 172 disp. att. c.p.p.); dall'altro, continuare a punire – omettendo di prevedere la revoca della sentenza definitiva di condanna – chi ha commesso un fatto che, alla stregua del «diritto vivente» sopravvenuto, determinato da una decisione dell'organo della nomofilachia, non costituisce reato.

In direzione contraria, la Corte rileva che l'assetto normativo censurato è, in realtà,

44. Condizione ravvisata in rapporto al superamento del principio generale di *common law*, secondo cui il marito non può essere dichiarato colpevole di stupro nei confronti della moglie (Corte EDU, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito); non, invece, in relazione al *revirement* della Cassazione francese circa la configurabilità come reato della prosecuzione di lavori edili a fronte di un ordine di sospensione del giudice amministrativo (Corte EDU, 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia). Più di recente, per altra fattispecie, Corte EDU, 10 luglio 2012, Del Rio Prada c. Spagna. A conclusioni in larga misura sintoniche, quanto alla generale affermazione di principio, è pervenuta anche la Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. Corte giust., 8.2.2007, C-3/06 P, Groupe Danone c. Commissione; Corte giust., Grande Sezione, 28.5.2005, C-189/02, P e altre, Dansk Rørindustri e altri.

45. Fondamentale, ai fini di tale ricostruzione, Corte cost., sentenza n. 394 del 2006.

46. In particolare, nella sentenza n. 236 del 2011, al fine di respingere la questione di costituzionalità relativa ai limiti all'applicazione retroattiva della nuova disciplina della prescrizione introdotta dalla «ex-Cirielli» (art. 10, comma 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251). Per un commento alla decisione, v. A. MARI, *Retroattività della lex mitior e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4152 e ss.; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3047 e ss.

47. Cfr. Corte EDU, 28 giugno 2007, Perez Arias c. Spagna.

coerente con un sistema che – in conformità alla tradizione propria dei Paesi di *civil law* (ma anche per le ragioni di ordine costituzionale di seguito indicate) – non attribuisce efficacia vincolante, ma solo “persuasiva”, al precedente giurisprudenziale, sia pure del più alto livello<sup>48</sup>. Al fine di derogare al fondamentale principio di intangibilità della *res iudicata*, il legislatore “pretende”, non irrazionalmente, un evento – quale l’abrogazione legislativa o la dichiarazione di incostituzionalità – che renda penalmente irrilevante una data condotta in termini “stabili” e di generale vincolatività. L’indirizzo espresso dalla decisione delle sezioni unite, pur nella sua particolare forza “orientativa”, resta, al contrario, intrinsecamente “instabile”, potendo essere contraddetto in qualunque momento da qualsiasi giudice (sia pure con l’onere di una congrua motivazione) e rivisto dalle stesse sezioni unite, anche su pungolo delle sezioni singole, come in fatto non di rado è accaduto<sup>49</sup>.

Lungi, dunque, dal rimuoverle, sarebbe, in realtà, proprio la pronuncia additiva invocata dal giudice *a quo* ad incuneare aporie nel sistema. Posto il generale carattere di obbligatorietà dell’intervento di revoca del giudicato previsto dall’art. 673 c.p.p., l’accoglimento del *petitum* comporterebbe che, di fronte alla pronuncia delle sezioni unite che escluda la rilevanza penale del fatto, il giudice dell’esecuzione dovrebbe comunque elidere la sentenza definitiva di condanna, condivida o meno l’arresto dell’organo della nomofilachia (il che è, peraltro, nella logica delle censure del rimettente). In questo modo, si verrebbe, peraltro, ad introdurre nell’ordinamento italiano un inedito vincolo di *stare decisis* di tipo “verticale”: vincolo peraltro “sbilenco”, in quanto operante paradossalmente solo in sede esecutiva, quando il giudicato è già formato, e non nei confronti del giudice della cognizione, che si trovasse a conoscere *ex novo* di un medesimo fatto.

## 10

### L’INSUSSISTENZA DEL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO “COSTITUZIONALE” DI RETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR*

Non migliore sorte ha l’ulteriore censura di violazione del principio «di (tendenziale) retroattività del principio della normativa penale più favorevole».

Ribadito che il principio in questione non trova fondamento costituzionale nell’art. 25, comma 2, Cost. (come pure pretendeva il rimettente)<sup>50</sup>, ma solo nel generale principio di eguaglianza, rimanendo così suscettibile di deroghe in presenza di adeguate ragioni giustificatrici<sup>51</sup> – ragioni tra le quali la giurisprudenza costituzionale ha ricom-

48. Secondo lo “stereotipo” classico, la differenza fondamentale tra ordinamenti di *common law* e di *civil law* risiede proprio in ciò, che il precedente giurisprudenziale ha un’ autorità vincolante nei primi (*binding authority*) e solo “persuasiva” nei secondi (*persuasive authority*) (per tutti, S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull’ autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614; A. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, p. 4; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, p. 878). Proprio a fronte di ciò, la giurisprudenza viene annoverata senza difficoltà tra le fonti del diritto negli ordinamenti di *common law*, mentre ciò non avviene in quelli di *civil law* (U. MATTEI, *Precedente giudizio e stare decisis*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1996, p. 149). È ben noto come sia da tempo in atto un processo di avvicinamento tra i due sistemi (negli ordinamenti di *civil law* cresce l’apporto dei giudici, in quelli di *common law* quello del legislatore) (D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., pp. 29 e s.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 83, 202 e s.; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 882). Ed è parimenti noto come una parte della dottrina (facente capo, in particolare, a Gorla) – traendo argomento, in specie, dal complesso di disposizioni che prevedono e disciplinano la funzione nomofilattica della Corte di cassazione – sia propensa a ritenere che, in realtà, già ora nell’ordinamento italiano la rilevanza del precedente giurisprudenziale non sia meramente “psicologica”, ma corrisponda a un preciso vincolo giuridico (A. GORLA, *Precedente giudiziario*, cit., p. 4, ove ulteriori riferimenti). Ma si tratterebbe comunque di un vincolo “soft”, non mai assoluto e incondizionato: la Cassazione avrebbe un dovere funzionale e quindi giuridico di non distaccarsi dai propri precedenti, se non per ragioni gravi e congrue, in quanto tributaria della funzione nomofilattica; il giudice di merito che volesse dissentire dalla Cassazione dovrebbe farlo motivando espressamente il dissenso. Il che non equivale, evidentemente, ancora a uno *stare decisis*, nemmeno “verticale” (A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 211).

49. Come nota la Corte, la stessa sentenza Beschi delle sezioni unite, al cui *iter* argomentativo il rimettente attinge a piene mani, si è premurata di porre in evidenza la profonda differenza che intercorre tra il c.d. giudicato esecutivo (mera preclusione processuale, volta ad inibire la defatigante reiterazione di istanze col medesimo oggetto) e il giudicato vero e proprio. Né giova al rimettente – osserva ancora la Corte – il richiamo alla dottrina del «diritto vivente», elaborata ai fini della definizione dell’oggetto del giudizio di costituzionalità, rimanendo fermo che il giudice ha solo facoltà e non l’obbligo di allinearsi all’orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito il suddetto carattere (Corte cost., sentenze n. 91 del 2004 e n. 117 del 2012).

50. Detta norma costituzionale si limita, infatti, a stabilire il divieto di applicazione retroattiva della norma sfavorevole.

51. Giurisprudenza costituzionale costante: per tutte, Corte cost., sentenze n. 393 e n. 394 del 2006, n. 215 del 2008 e n. 236 del 2011. In dottrina, sullo statuto costituzionale del principio di retroattività della norma penale più favorevole, cfr., per tutti, A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *AA.Vv.*, *Introduzione al sistema penale*, 3ª ed., Torino, 2006, pp. 189 e ss.; V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, pp. 1614 e ss.; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3047 e ss.; F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale*

preso anche l'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti esauriti, attraverso l'intangibilità del giudicato<sup>52</sup> – la Corte annette rilievo dirimente alla considerazione che la retroattività *in mitius* concerne, in ogni caso, la sola successione di «leggi». Omologare, a tali fini, la sequenza tra diversi orientamenti giurisprudenziali ad un atto di produzione normativa è, peraltro, operazione preclusa dalle coordinate di base dell'assetto costituzionale: coordinate espresse non solo dalla riserva di legge in materia in penale (art. 25, comma 2, Cost.), già chiamata in gioco ad altro fine, ma anche, ed ancor prima, dal cardinale principio di separazione dei poteri, riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge (art. 101, comma 2, Cost.): *ergo* – anche se non lo si dice *expressis verbis* – esclusivamente interprete, ma non artefice della legge medesima.

Né le cose cambiano quando l'arresto dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità d'una *abolitio criminis: eius est abrogare cuius est condere*<sup>53</sup>.

## 11

### LA CONVERGENZA CON IL TRACCIATO DELLE SEZIONI UNITE CIVILI

Cadono automaticamente, con ciò – secondo la Corte – anche le residue censure di violazione degli artt. 13 e 27, comma 3, Cost. (inviolabilità della libertà personale e funzione rieducativa della pena): censure fondate sulla stessa inaccettabile equazione sopra indicata (contrasto “diacronico” di giurisprudenza uguale a creazione di nuovo diritto), la quale – ed è il “colpo di maglio” finale – «comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale».

La Corte prende così decisamente le distanze dalla *Weltanschauung* della sentenza Beschi, per intersecare idealmente la diversa linea seguita – curiosamente, quasi nel medesimo turno di tempo – dalle sezioni unite civili della stessa Corte di cassazione con la già citata sentenza n. 15144 del 2011. Nel riconoscere, a determinate condizioni, la praticabilità del *prospective overruling* al fine di evitare gli effetti “penalizzanti” d'un improvviso *revirement* su norme processuali, le sezioni unite civili hanno tenuto, infatti, ferma la valenza soltanto dichiarativa dell'interpretazione giurisprudenziale, a fronte della quale la giurisprudenza si limita a disvelare una potenzialità semantica del testo, senza porsi quale vera fonte di “nuovo diritto”<sup>54</sup>: ritenendo, con ciò, che neppure i richiamati orientamenti della giurisprudenza sopranazionale possano scalfire tale impostazione, consentanea al ruolo del giudice disegnato dalla Carta costituzionale<sup>55</sup>.

*contemporaneo*, 6 settembre 2011.

52. Cfr. Corte cost., sentenze n. 164 del 1974, n. 6 del 1978, n. 74 del 1980 e n. 330 del 1995. Occorre, peraltro, avvertire che si tratta di pronunce anteriori all'“irrigidimento” del giudizio in ordine alla ragionevolezza della deroga, operato dalla sentenza n. 393 del 2006.

53. Nello stesso senso, cfr. M. GAMBARDILLA, *Eius est abrogare*, cit., p. 10.

54. Cfr. F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U.*, cit., pp. 1395 e s.; E. VINCENTI, *Note minime*, cit., p. 4135.

55. Cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *C.e.d. Cass.*, n. 617905, ove specificamente si legge che «La norma giuridica [...] trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo. Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101, comma 2, Cost.), “soggetti alla legge”. Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima». In tale prospettiva, nel caso di *overruling* a carattere “correttivo” di una norma processuale, l'atto compiuto dalla parte in conformità all'orientamento *overruled* si deve considerare – ora per allora – non rituale. A una diversa conclusione potrebbe giungersi solo ove si ritenesse che la precedente interpretazione costituisca il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto: ma ciò – osservano le sezioni unite civili – «trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di *novum ius*, in sequenza ad un *vetus ius*, con sostanziale attribuzione ai singoli arresti del valore di atti fonte del diritto, di provenienza del giudice; soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell'art. 101 Costituzione». La diversità di approccio tra sezioni unite civili e penali appare, in effetti, singolare, ove si consideri che la soluzione più “aperta” – quella delle sezioni unite penali – è stata adottata in rapporto al settore dell'ordinamento che pure dovrebbe essere maggiormente sensibile alle esigenze di rispetto del principio di legalità formale, specificamente riflesso nel disposto dell'art. 25, comma 2, Cost.