

EIUS EST ABROGARE CUIUS EST CONDERE.
LA RETROATTIVITÀ DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE
FAVOREVOLE*

di Marco Gambardella

SOMMARIO: 1. L'emersione del tema nella recente giurisprudenza in materia di immigrazione clandestina. – 1.1. Premessa. – 1.2. La riformulazione del reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del documento. – 1.3. La questione da risolvere. – 2. Le differenti opinioni in dottrina sugli *errores in iudicando* e la revoca della sentenza definitiva. – 2.1. La tesi negativa. – 2.2. La tesi affermativa. – 3. I modelli tipici di abrogazione e l'esclusione di vicende abrogative a carattere giurisprudenziale. – 4. Il carattere non vincolante del precedente. – 5. *Overruling* giurisprudenziale favorevole e revoca del giudicato. – 5.1. L'ipotesi del testo legislativo inalterato. – 5.2. L'ipotesi dell'espressa innovazione legislativa. – 6. Mutamento di giurisprudenza e "diritto vivente". – 7. Produzione *vs.* interpretazione di testi normativi.

1. L'emersione del tema nella recente giurisprudenza in materia di immigrazione clandestina

1.1. Premessa

La recente vicenda della riformulazione del reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti da parte del cittadino extracomunitario (art. 6, comma 3, t.u. imm.)¹ ha portato allo scoperto uno dei punti più problematici dell'odierno dibattito giuridico-penalistico, ossia quello della possibile efficacia retroattiva – col travolgimento delle sentenze di condanna passate in giudicato – del *mutamento giurisprudenziale favorevole* sancito da una sentenza delle Sezioni unite della Cassazione. La questione dunque dell'eventuale *iperretroattività* di una *lex mitior* che scaturisce non già da una fonte legale, bensì origina da una fonte di matrice giurisprudenziale².

* Il presente lavoro è parte di uno studio più vasto in corso di ultimazione, dedicato ai rapporti tra il principio della *lex mitior* e la giustizia penale.

¹ La l. n. 94 del 2009 (c.d. pacchetto sicurezza) ha riformulato la figura criminosa della mancata esibizione del documento di identificazione o del permesso di soggiorno (art. 6 comma 3 t.u. imm.), e ha altresì introdotto il reato di immigrazione clandestina (art. 10-bis t.u. imm.): cfr. L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Giappichelli, 2009, p. 28 ss.

² Cfr. E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4126 ss.

La posta in gioco è qui costituita soprattutto dal *valore che bisogna assegnare al “precedente” delle Sezioni unite penali*; nell’ambito del più ampio tema concernente la funzione meramente dichiarativa o creativa della giurisprudenza, e della sua potenziale inclusione tra le fonti del diritto³.

Si tratta, in particolare, di stabilire se il “precedente” delle Sezioni unite penali fornisca una regola che debba necessariamente essere applicata quale criterio di decisione nei procedimenti penali successivi, in funzione dell’identità o analogia tra i fatti del primo caso e i fatti dei restanti casi. Quale sia cioè la forza del precedente giudiziale, nel senso del grado o dell’intensità con cui esso riesce a influire sulle decisioni successive⁴.

Occorre altresì appurare se il *revirement* giurisprudenziale favorevole, che abbia riconosciuto l’intervenuta *abolitio criminis*, sia *assimilabile* a una vera propria *abrogazione normativa* con tutte le conseguenze previste sul versante penalistico (ad es., la revoca ex art. 673 c.p.p. delle sentenze di condanna definitive).

Si tralascia, invece, di esaminare in questa sede (rinviando a un prossimo scritto) il diverso ma collegato problema del mutamento giurisprudenziale favorevole all’esito di una decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo e della possibile revoca del giudicato di condanna⁵.

Per una corretta impostazione dell’indagine, in primo luogo è necessario tener conto della riduzione della distanza del nostro sistema giuridico rispetto ai sistemi di *common law*. L’avvicinamento si è compiuto tramite il modello di protezione dei diritti fondamentali adottato dalla Convenzione europea, il quale da un lato non guarda al testo della legge (ossia alle disposizioni della Convenzione), ma a come lo stesso testo è stato interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁶; e dall’altro lato

³ Cfr. Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *C.E.D. Cass.*, n. 617905. In dottrina, v. inoltre G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss., secondo cui la giurisprudenza è fonte di diritto: nel senso che “produce norme applicate ai casi concreti, diritto concretizzato casisticamente”; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 159 ss., che si sofferma sul ruolo della giurisprudenza come fonte del diritto, quale acquisizione dell’epistemologia giuridica contemporanea anche con riferimento ai sistemi di *civil law*. In chiave critica sul diritto giurisprudenziale e sulla funzione di produzione del diritto da parte dei giudici nell’ordinamento penale italiano, cfr. R. RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”*, Cedam, 2007, p. 82 ss. Più in generale sul tema, si veda il volume AA. VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Cedam, 2005; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, p. 63 ss.

⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007, p. 13 ss.

⁵ Si vedano in proposito gli scritti pubblicati in questa *Rivista* di [F. VIGANO’, Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia](#); ID., [Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#); [G. ROMEO, L’orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore](#). Come è noto le [Sezioni unite penali \(ud. 19 aprile 2012\)](#) chiamate di recente a stabilire se il giudice dell’esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte edu con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell’ergastolo, inflitta all’esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione non hanno deciso la questione, avendo sollevato invece la questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.lg. n. 341 del 2000 in riferimento agli artt. 3 e 117 comma 1 Cost.

⁶Cfr. 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, Giuffrè, 2011, p. 71 ss., il quale chiarisce che, pur disponendo per il caso concreto, l’autorità della pronuncia della Corte europea non è limitata alla vicenda decisa. La giurisprudenza (l’insieme dei

concepisce, autonomamente, la nozione di legge penale in senso materiale: legge che, ai soli fini della applicazione della Convenzione, può dunque scaturire anche da una fonte giurisprudenziale ovvero da una fonte non scritta⁷.

In secondo luogo, bisogna rimarcare la presa d'atto compiuta da una parte della dottrina italiana, secondo la quale il *diritto penale giurisprudenziale* costituisce ormai "una forma fisiologica di vita del diritto che vive nella realtà, e non già negli schemi astratti della dottrina"⁸.

1.2. La riformulazione del reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del documento.

Prima di affrontare nello specifico l'argomento, iniziamo dunque a vedere in che modo il tema degli effetti estesi al passato dell'*overruling* giurisprudenziale favorevole si è posto all'attenzione della comunità penalistica⁹.

Ora, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009 (c.d. pacchetto sicurezza), che ha modificato il reato previsto dall'art. 6, comma 3, t.u. imm., ci si è chiesti se tale illecito contravvenzionale possa essere ancora realizzato da uno straniero in condizioni di soggiorno irregolare, oppure unico soggetto attivo dell'illecito penale debba oggi essere lo straniero regolarmente soggiornante nel nostro territorio.

In presenza della *modifica legislativa dell'art. 6, comma 3, t.u. imm.* già avvenuta ed efficace, sia la Corte di cassazione (in almeno tre sentenze) sia alcuni giudici di merito (si pensi, ad esempio, alle sentenze di patteggiamento poi divenute irrevocabili) hanno sostenuto, affrontando espressamente la questione, che l'intervento normativo non abbia dato luogo ad alcun fenomeno abolitivo. Si è ritenuto pertanto ancora configurabile il reato previsto all'art. 6 comma 3 t.u. imm. nei confronti del cittadino extracomunitario che si trovi irregolarmente nel territorio dello Stato¹⁰.

precedenti) della Corte di Strasburgo vincola la Corte stessa, "cosicché si viene a creare, arricchire, sviluppare, un'interpretazione della Convenzione che ne indica il contenuto attuale. Dal punto di vista della Corte europea quindi il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato in ordine a ciascun diritto o libertà (non importa nei confronti di quale degli Stati parte della Convenzione)".

⁷ V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 34 ss.

⁸ G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, 2008, p. 12 ss.

⁹ Per un'ampia indagine storica, sociologica e politico-criminale sul diritto giurisprudenziale, cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, 1967, p. 371 ss.; e più di recente l'approfondita monografia di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, (rist.) 2007.

¹⁰ La prima sentenza pronunciata è Cass., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, Calmus, in *Foro it.*, II, 2010, c. 70 ss., con osservazioni di G. GIORGIO; in *Cass. pen.*, 2011, p. 340 ss., con nota di 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" 2009*. In tal senso, v. anche Cass., n. 6343 del 2010, Wainan; e n. 785 del 2010, Timimouni. Nella prevalente giurisprudenza di merito si rinvencono decisioni in senso contrario: si è statuito infatti che il reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero non può più essere commesso dallo straniero extracomunitario irregolare (Cfr. Trib. Bologna, 28 ottobre 2009, in *Quest. giust.*, n. 3 del 2010, p. 173 ss., con commento di M. GAMBARDELLA. Nello stesso senso, cfr. Trib. Orvieto, 16 febbraio 2010, James; Trib. Orvieto, 2 marzo 2010, Soimu; Trib. Orvieto, 1 giugno 2010, Postica). In tal

Successivamente, sulla scorta di un contrasto di giurisprudenza formatosi all'interno della prima sezione della Corte di cassazione, rimessa alle Sezioni unite, la questione è stata decisa in modo difforme. Mutando appunto giurisprudenza le *Sezioni unite "Alacev"* hanno correttamente asserito che, a seguito della innovazione legislativa del 2009, si è prodotta una parziale *abolitio criminis* ex art. 2 c.p., in relazione alla porzione dell'area incriminatrice riguardante gli stranieri in posizione irregolare; il reato in questione è oggi configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato¹¹.

1.3. La questione da risolvere.

In definitiva, la questione da risolvere è allora se per le pronunce irrevocabili – anche emesse dalla Cassazione a sezioni semplici – che hanno optato nel caso di specie per l'esclusione del fenomeno abolitivo (o non l'abbiano rilevato) sia possibile adire il giudice dell'esecuzione ex art. 673 c.p.p. per chiedere la revoca della sentenza di condanna, valorizzando il mutamento giurisprudenziale favorevole innescato dalla pronuncia delle Sezioni unite penali; oppure si debba ritenere che, nei confronti di tale soluzione, osti la presenza del giudicato che preclude gli *errores in iudicando*.¹²

In altre parole, siamo di fronte ad un *error in iudicando* assorbito dal giudicato che limita la possibilità di revoca della sentenza definitiva ex art. 673 c.p.p. ? Il giudice dell'esecuzione può cioè revocare la sentenza di condanna, oppure l'errore di diritto

senso si è espressa, in seguito, pure Cass., sez. I, 11 novembre 2010, Alacev (cfr. nota successiva), secondo cui soggetti attivi del reato possono essere solo gli stranieri legittimamente presenti nel territorio nazionale, e non anche quelli entrati clandestinamente in Italia.

¹¹ [Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, in questa Rivista, con scheda di A. GILIBERTO](#); in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1348 ss., con commento di G.L. GATTA, *Inottemperanza del "clandestino" all'ordine di esibire i "documenti": davvero abolitio criminis?*; in *Cass. pen.*, 2011, p. 2876 ss., con osservazioni di G. SANTALUCIA e V. DI PEPPE.

¹² In proposito, si segnala l'ordinanza del [Trib. Torino, sez. III pen., 27 giugno 2011, Giudice A. Natale, in questa Rivista](#), che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la 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 Cost., in relazione all'art. 7 Cedu (come interpretato dalla Corte europea) e agli artt. 5 e 6 Cedu; con l'art. 3 Cost., anche in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp.att. c.p.p. e all'art. 65 ord. giud.; con l'art. 13 Cost.; con l'art. 25 Cost.; con l'art. 27, comma 3, Cost. Nel caso di specie uno straniero extracomunitario irregolarmente presente sul territorio dello Stato era stato condannato, per il reato di cui all'art. 6 comma 3 t.u. imm., con una sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p. poi divenuta definitiva, per un fatto storico che al momento in cui è stato commesso e poi giudicato era già disciplinato dalla figura di reato in questione così come novellata dalla l. n. 94 del 2009 (c.d. pacchetto sicurezza). Chiarisce il giudice di merito (in motivazione) che qui si è di fronte non ad un fenomeno di successione nel tempo di leggi, bensì ad un fenomeno di successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali di una determinata fonte formale. Viene pertanto richiesta dal pubblico ministero la revoca parziale della sentenza di condanna sulla base di una *abolitio criminis* che trova la sua origine, non già in un avvicendamento normativo, ma in un mutamento giurisprudenziale favorevole.

del giudice della cognizione (giudice di merito o di legittimità) circoscrive la revoca del giudicato ?

2. Le differenti opinioni in dottrina sugli *errores in iudicando* e la revoca della sentenza definitiva.

2.1. *La tesi negativa.*

Una parte della dottrina ha risposto in senso negativo al quesito appena evidenziato.

Con riferimento alla vicenda scaturita dalla modifica legislativa dell'art. 6 comma 3 t.u. imm., si è affermato che la revoca della sentenza di condanna in fase esecutiva, in applicazione dell'art. 673 c.p.p., non può essere concessa rispetto alle condanne irrevocabili successive alla novella normativa del 2009, sulla base del mutato indirizzo giurisprudenziale intervenuto con la pronuncia delle Sezioni unite "Alacev". "La disposizione dell'art. 673 c.p.p., infatti, dà rilievo nella prospettiva del superamento del giudicato di condanna soltanto a fatti successivi che si concretizzino nell'intervento legislativo di abrogazione della norma incriminatrice o nella declaratoria di illegittimità costituzionale della stessa. Se, però, il fatto abolitivo del reato non sia successivo, e sia stato già considerato, sia pure implicitamente, dalla decisione del giudice della cognizione che, pronunciando condanna, abbia all'evidenza negato a quell'intervento di modifica legislativa l'efficacia abolitiva, poi invece riconosciuta dal più alto collegio giurisdizionale, non residua spazio alcuno per il giudice dell'esecuzione"¹³.

Si è poi chiarito che può anche ritenersi "aderendo alla soluzione di maggiore garanzia fatta propria dalle Sezioni unite, che il giudice della cognizione, pronunciando condanna pur dopo la novella normativa del 2009, abbia consumato un errore di diritto nel ritenere ancora vigente, in riguardo agli stranieri irregolari, la norma incriminatrice dell'art. 6. d.lgs. n. 286 del 1998. Ma l'attenzione che si vorrebbe riporre sulle esigenze di giustizia, valutando anche in tale ipotesi la legittimità dell'intervento di revoca *in executivis*, dilaterrebbe ed espanderebbe "praeter legem le funzioni del giudice dell'esecuzione, fino a renderlo garante della legalità dell'esito sanzionatorio e a forzarne il ruolo di (ulteriore) controllo permanente della legittimità del titolo esecutivo"¹⁴.

Insomma, secondo questa dottrina, "il giudice dell'esecuzione può intervenire sul giudicato ma non sostituendo sue valutazioni a quelle operate, anche implicitamente, dal giudice della cognizione. Nel caso di specie, se si ammettesse la revoca *in executivis* dell'condanna pronunciata dopo la novella normativa del 2009, si avrebbe non già un'estensione interpretativa dell'art. 673 c.p.p., di cui può e deve

¹³ G. SANTALUCIA, *Osservazioni a Cass.*, sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2884 ss.

¹⁴ G. SANTALUCIA, *Osservazioni a Cass.*, sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, cit., p. 2884 (citazione finale tratta da D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, 2009, p. 198).

discutersi, quanto l'alterazione dei rapporti tra fasi, segnate della formazione del giudicato con la pienezza della sua efficacia preclusiva"¹⁵.

In pratica, il giudice dell'esecuzione non può rimediare all'errore di diritto in cui sia incorso il giudice della cognizione, che non abbia rilevato l'abolizione della figura di reato. L'intangibilità del giudicato deve indurre perciò a reputare preclusa la declaratoria dell'effetto abrogativo. Il giudice dell'esecuzione è vincolato dalle valutazioni del giudice della cognizione e non può superare le sue statuizioni. Presupposto per l'operatività dell'art. 673 c.p.p. è, dunque, che l'abrogazione della norma incriminatrice sia intervenuta successivamente al passaggio in giudicato della sentenza¹⁶.

In primo luogo, è inammissibile la procedura ex art. 673 c.p.p. quando la vicenda abolitiva sia stata valutata e poi però espressamente esclusa dal giudice della cognizione. Ammettere la possibilità di revoca della sentenza di condanna comporterebbe – secondo tale orientamento – il potere di sindacare nella fase esecutiva questioni di merito già coperte dal formarsi della *res iudicata*, non essendo possibile invero riesaminare in fase esecutiva il punto già deciso¹⁷. E pertanto, se l'abrogazione (ovvero la declaratoria d'illegittimità costituzionale) della norma incriminatrice sia intervenuta prima della pronuncia irrevocabile di condanna e si sia già pronunciato negativamente il giudice della cognizione, il giudice dell'esecuzione non può disporre la revoca del giudicato¹⁸.

Inoltre, la procedura prevista all'art. 673 c.p.p., appare preclusa quando in sede di cognizione poteva già essere emessa la pronuncia di *abolitio criminis*, ma il giudice ha trascurato o dimenticato di dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato¹⁹.

Si tratta di veri e propri limiti alla cognizione esercitabile dal giudice nella fase esecutiva. La questione relativa all'*abolitio criminis*, tanto nel caso in cui è stata realmente decisa, quanto nel caso in cui poteva essere decisa e non lo è stata, risulta coperta dal giudicato: nel senso che il "dedotto" e il "deducibile" sono insindacabili in sede esecutiva²⁰.

A diversa conclusione giunge parte della dottrina quando la vicenda abolitiva già verificatasi è sfuggita del tutto al giudice della cognizione: l'art. 673 c.p.p. è allora in questo caso (e non nel precedente) rimedio esperibile²¹. Insomma, anche se l'abrogazione (o la dichiarazione di illegittimità costituzionale) sono intervenute prima della sentenza di condanna definitiva, il giudice dell'esecuzione può revocare la

¹⁵ G. SANTALUCIA, *Osservazioni a Cass.*, sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev, cit., p. 2885.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 23 agosto 1994, Mastrolembo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 114.

¹⁷ Cfr. D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 197 ss.; F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2011, p. 281.

¹⁸ G. DEAN, in AA. VV., *Procedura penale*, Giappichelli, 2010, p. 872; v. inoltre le considerazioni di A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 206.

¹⁹ In proposito, cfr. D. VIGONI, *Relatività del giudicato*, cit., p. 197 ss.; A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis*, cit., p. 206.

²⁰ In argomento, v. ancora A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis*, cit., p. 205 ss.

²¹ F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281.

decisione ove sul punto non si sia già espresso negativamente il giudice della cognizione²².

In realtà, tenere separata l'ipotesi in cui il giudice ha affrontato espressamente la questione dell'eventuale *abolitio criminis* escludendola, da quella in cui egli ha invece trascurato tale eventualità sembra contrastare con il novero delle questioni coperte dalla cosa giudicata: ossia il dedotto e il deducibile. La sentenza penale irrevocabile ha invero efficacia di giudicato quanto alla "illiceità penale del fatto" commesso dall'imputato (cfr. art. 651 c.p.p.)²³. Cosicché, in tema di eventuale *abolitio criminis*, l'efficacia del giudicato penale si estende sia alle questioni poste che a quelle non poste (ma ponibili).

La questione della rilevanza penale della condotta tenuta dall'imputato come risultato del procedimento di qualificazione giuridica, per escludere una eventuale *abolitio criminis*, è chiaramente un "antecedente logico-giuridico necessario" alla decisione: siffatta questione di diritto rappresenta così una premessa indispensabile della condanna del reo²⁴.

2.2. La tesi affermativa.

Secondo *altra parte della dottrina*, invece, il giudice dell'esecuzione può liberamente accertare e valutare la sussistenza di una *abolitio criminis*, ancorché non sia stata rilevata o sia stata esclusa dal giudice della cognizione.

Nella disciplina dell'art. 673 c.p.p. *non è prevista invero alcuna limitazione dei poteri di accertamento e valutazione del giudice dell'esecuzione*, diversamente da come è stabilito invece nelle ipotesi di cui agli artt. 671 (applicazione del concorso formale e del reato continuato in sede esecutiva) e 675 c.p.p. (falsità dei documenti dichiarata in sede esecutiva), nelle quali è espressamente sancita una riserva in favore delle statuizioni del giudice della cognizione (per esempio, il giudice dell'esecuzione, nel caso di più sentenze di condanna pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, può applicare la disciplina del concorso formale o del reato continuato "sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione")²⁵.

In tal senso si è scritto che ritenendo generalmente inammissibile la procedura di revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p. "in tutte le ipotesi in cui la pronuncia è stata omessa durante la cognizione, si esaspera in nome del giudicato la disegualianza di trattamento punitivo che la disciplina sostanziale tende ad evitare. Si

²² F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 333; F. CORBI – F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, 2003, p. 278.

²³ Al riguardo, cfr. A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Giappichelli, 2011, p. 161 ss.

²⁴ Sull'estensione del giudicato ai presupposti logici della decisione, cfr. L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, il Mulino, 2006, p. 696.

²⁵ L. KALB, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VI, Utet, 2009, p. 232 ss.

continuerebbe, in definitiva, a punire anche laddove la ricostruzione giudiziale ha accertato condotte lecite senza espressamente dichiararne le conseguenze”²⁶.

Ebbene, il presupposto per la revoca della sentenza di condanna (ex art. 673 c.p.p.) è la modificazione legislativa (intervenuta tanto prima quanto dopo la commissione del reato), la quale permette di escludere – attraverso il procedimento ermeneutico compiuto dall’interprete sul nuovo testo (e quindi ricavandone da esso un “significato”) – una determinata classe di fatti dal catalogo dei comportamenti penalmente illeciti. Modifica legislativa che – come meglio si dirà nel prosieguo – anche nella ipotesi dell’abrogazione tacita vi deve essere: non è sufficiente per il verificarsi del fenomeno abrogativo un mera interpretazione del testo legislativo differente dal passato senza però alcuna innovazione legislativa. Non è decisivo allora che l’abrogazione normativa sia avvenuta prima o dopo la sentenza di condanna irrevocabile, decisivo è invece che essa si sia realmente prodotta.

L’art. 673 c.p.p. deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui l’abolizione del reato sia intervenuta anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza, ma *non sia stata rilevata dal giudice*; ovvero qualora sia stato espressamente *escluso in modo erroneo*, pure dal giudice di Cassazione, che la variazione normativa introdotta dal legislatore abbia comportato una *abolitio criminis*: la questione insomma si è posta ed è stata decisa nel senso dell’esclusione della vicenda abolitiva (e ciò vale anche se i fatti sono stati commessi successivamente all’entrata in vigore della novella)²⁷.

Quest’ultimo indirizzo sembra trovare l’autorevole conferma nelle parole di Franco Cordero, il quale sostiene che sotto la previgente disciplina non poteva avere alcuna influenza, sotto il profilo del procedimento di esecuzione, l’abrogazione intervenuta prima della decisione di condanna definitiva (il giudicato “inghiottiva” gli *errores in iudicando*). Nel nuovo sistema codicistico, invece, non si può dare alcuna importanza alla circostanza che l’abrogazione si sia prodotta prima o dopo la sentenza irrevocabile; aggiungendo poi che tale affermazione appare conforme oltretutto alla direttiva estremamente flessibile seguita dal codice²⁸.

A sostegno di tale soluzione milita inoltre la semplice considerazione che altrimenti, con riferimento alla declaratoria di illegittimità costituzionale, si arriverebbe alla seguente paradossale e intollerabile situazione. Il giudice penale richiesto di inviare alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità di una norma incriminatrice, la ritiene manifestamente infondata e condanna l’imputato in base a tale norma. La sentenza passa in giudicato. Successivamente la questione di legittimità costituzionale viene inviata da altro giudice penale alla Corte costituzionale, la quale dichiara costituzionalmente illegittima l’incriminazione. Il condannato nel primo

²⁶ A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis*, cit., p. 207.

²⁷ Orientata in tal senso, cfr. Cass., sez. I, 21 dicembre 2011, n. 545/2012, B.A., in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 304, secondo la quale deve essere revocata, ex art. 673 c.p.p., la sentenza di condanna per il reato di cui all’art. 6 comma 3 d.lgs. n. 286 del 1998, emessa a carico di uno straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato, anche nel caso in cui la sentenza di primo grado sia stata emessa dopo l’entrata in vigore della l. n. 94 del 2009 e il condannato non abbia fatto valere l’intervenuta *abolitio criminis* nel giudizio di impugnazione.

²⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 1259.

procedimento penale non potrebbe chiedere tuttavia la revoca ex art. 673 c.p.p. della sentenza di condanna, perché la questione di costituzionalità è stata ritenuta infondata nel suo procedimento.

3. I modelli tipici di abrogazione e l'esclusione di vicende abrogative a carattere giurisprudenziale.

Al fine di stabilire quale fra le due tesi appena esaminate sia maggiormente fondata, e soprattutto di risolvere le intricate questioni prospettate, appare utile approfondire in via preliminare l'analisi del fenomeno abrogativo.

Il nostro ordinamento conosce alcuni *modelli tipici* attraverso cui si realizza l'*abrogazione* di una disposizione e/o norma. Essi si ricavano dall'art. 15 disp. prel. c.c. (*abrogazione delle leggi*), e possono essere sintetizzati nel modo seguente.

i) Il primo modello è quello della c.d. abrogazione *espresa*. L'apposita dichiarazione contenuta nella legge successiva, che agisce direttamente sul testo legislativo (disposizione), eliminandolo; in questa ipotesi è dunque emanata una esplicita disposizione abrogatrice.

ii) Il secondo paradigma è integrato dalla figura della c.d. abrogazione *tacita*. L'incompatibilità tra le norme in successione temporale, che determina l'effetto estintivo dell'efficacia di una norma. In tale ipotesi, l'entrata in vigore della nuova norma e il conseguente effetto abrogativo di quella precedente costituiscono due aspetti dello stesso fenomeno abrogativo. Risultando sostanzialmente inutile la distinzione, che sovente si rinviene in dottrina, tra: l'"abrogazione" come effetto giuridico (la cessazione della vigenza della norma); e l'"abrogazione" quale atto o fatto giuridico (di abrogazione)²⁹.

iii) Quanto all'ultimo modulo, esso si verifica allorché si avvicendano due discipline organiche della stessa materia. Sebbene possa non sussistere una chiara incompatibilità tra le norme in successione, la precedente disciplina deve considerarsi *implicitamente* abrogata anche in assenza di una espresa disposizione abrogatrice³⁰.

In tutti e tre i modelli appena esaminati, l'abrogazione rappresenta lo strumento fondamentale per l'eliminazione delle *antinomie* tra norme cronologicamente disposte, quando una norma successiva contrasti (esplicitamente o implicitamente) con una norma precedente³¹.

Invero, l'ordinamento giuridico risulta chiaramente costituito da una molteplicità di norme prodotte in tempi diversi³², e ciò implica che le stesse possano *confliggere* fra loro, dando luogo al fenomeno della cosiddetta antinomia giuridica (o

²⁹ Su questa distinzione, cfr. da ultimo A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, 2011, p. 38 ss.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, Utet, 1988 (rist. 2006), p. 41; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto, Fondamenti teorici*, Giuffrè, 2010, p. 297 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, p. 17 ss.

³¹ F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, 1988, p. 1 ss.; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, cit., p. 61 ss.; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Giappichelli, 2011, p. 117 ss.

³² Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Cedam, 1984, p. 178 ss.

conflitto di norme): due norme, poste sullo stesso livello gerarchico ed emanate in tempi diversi, si riferiscono alla stessa fattispecie (F), ma prevedono conseguenze incompatibili (S)³³. Si configura allora una relazione di incompatibilità tra due norme giuridiche, poiché effetti giuridici incompatibili sono riferiti alla stessa fattispecie³⁴.

Pertanto, se la struttura logico-formale della norma è di tipo ipotetico: "Se F, allora S", la forma dell'antinomia è quella di assumere l'elemento della fattispecie di entrambe le norme come costante, mentre la negazione interviene sulla sanzione. Rispetto alla norma formulata come "Se F, allora S", la norma antinomica dovrà pertanto avere la stessa forma con la negazione però della sanzione: "Se F, allora non S"³⁵.

La tecnica per risolvere questa tipologia di antinomia è il *criterio cronologico* (o temporale), della preferenza della legge successiva su quella antecedente (*lex posterior derogat legi priori*). Criterio cronologico che prende a sua misura il tempo ed è alla radice della vicenda abrogativa, risolvendo i conflitti diacronici tra norme: nel senso che la norma incompatibile proveniente dalla fonte anteriore nel tempo (del medesimo livello gerarchico) deve considerarsi abrogata³⁶.

Ora, in modo condivisibile si è scritto che nel nostro ordinamento la *volontà* del legislatore costituisce l'unico metro di riconoscimento degli effetti abrogativi di una norma. *L'abrogazione non può, infatti, dipendere neanche in minima parte da regole giurisprudenziali*³⁷.

L'abrogazione delle leggi è frutto non di una pronuncia giurisdizionale, ma di una decisione politica del legislatore nazionale³⁸.

Il mutamento del diritto si realizza, insomma, solamente con un atto di volontà novativa da parte del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*). In caso contrario, si determina la violazione del principio della divisione del potere così come configurato dalla nostra Carta costituzionale³⁹. E proprio in tal senso le Sezioni unite civili hanno di

³³ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 209; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, 2011, p. 291 ss.; M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, 2011, p. 195 ss.; T. MAZZARESE, voce *Antinomia*, in *Dig. disc. civ.*, vol. I, Utet, 1987, p. 350 ss. Più in generale sulle antinomie giuridiche, cfr. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, cit., p. 1 ss.; S. COLLOCA, *Autoriferimento e antinomia nell'ordinamento giuridico*, Cedam, 2006.

³⁴Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1990 (1958), p. 122; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970, p. 255 ss.; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012, p. 108 ss.; P. CARNEVALE, voce *Antinomia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, p. 346 ss.

³⁵ G. GAVAZZI, *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 54 ss.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., p. 39 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 302 ss.; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, 2010, p. 176; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, cit., p. 28 ss.

³⁷ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 461.

³⁸ R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 260 ss.

³⁹ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 461. Cfr. anche C. LUZZATI, *Abrogazione e indeterminatezza dell'ordinamento giuridico*, in AA.VV., *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, a cura di C. Luzzati, Giuffrè, 1987, p. 72 ss.: nel senso che nell'abrogazione tacita pur avendo l'interprete un ampio margine di discrezionalità, non si può parlare di "abrogazione giurisprudenziale", non avendo il legislatore conferito ai giudici e agli interpreti in genere una delega permanente a decidere in merito alla presenza di una incompatibilità tra norme.

recente escluso che il mutamento di indirizzo giurisprudenziale possa essere equiparato ad una sorta di *ius superveniens*⁴⁰.

I *giudici non possono esercitare la funzione legislativa*: essi non hanno poteri normativi, altrimenti vi sarebbe una confusione di poteri. Invero, nel nostro ordinamento, i giudici possono intervenire nell'esercizio del potere legislativo solo ed esclusivamente nei limiti visti in precedenza.

In realtà soltanto i *giudici costituzionali* esercitano non solo la funzione giurisdizionale, ma per un certo verso esercitano una funzione assimilabile alla funzione legislativa allorché con le loro decisioni annullano o aggiungono norme⁴¹. Come risulta chiaro, per esempio, se si prende in considerazione la pronuncia della Corte che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), nella parte in cui non prevede una circostanza attenuante speciale per i "fatti di lieve entità", analoga a quella applicabile, in forza dell'art. 311 c.p., ai delitti contro la personalità dello Stato. A seguito della sentenza additiva della Corte, infatti, bisogna attualmente ritenere che nel codice penale all'art. 630 c.p. sia aggiunta la seguente circostanza attenuante: "la pena comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità"⁴².

Inoltre, le considerazioni appena formulate portano di conseguenza a non poter condividere la diversa impostazione che si rinviene in parte della dottrina penalistica, secondo cui sovente la genesi della fattispecie penale è di matrice giurisprudenziale, e solo dopo la legge interviene a disciplinare positivamente la fattispecie⁴³; e talvolta il legislatore deve intervenire per "abrogare" espressamente la fattispecie creata dalla giurisprudenza⁴⁴.

In particolare, poi, il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie incentrato sull'emanazione da parte del legislatore di una *lex posterior* incompatibile, quale forma in cui si realizza l'abrogazione tacita, va considerato come un criterio logico-assoluto, espressione di una logica invariabile che assicura la previsione e la certezza rispetto alla vigenza temporale (efficacia) di una norma⁴⁵.

Tuttavia, anche se la volontà del legislatore rappresenta l'esclusivo *standard* di riconoscimento dell'effetto abrogativo, come si chiarirà meglio nei paragrafi che seguono, l'*abrogazione per incompatibilità*, modello per il moderno concetto di abrogazione⁴⁶ (e soprattutto per quello penale di *abolitio criminis*, se si muove dalla

⁴⁰ Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. Cfr. altresì E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza*, cit., p. 4130 ss.

⁴¹ Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 360 ss.

⁴² Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in www.cortecostituzionale.it.

⁴³ Così A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 94 ss.

⁴⁴ Cfr. ancora A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 106 ss., il quale adduce l'esempio della detenzione e del porto di arma-giocattolo priva di tappo rosso. Ipotesi di creazione giurisprudenziale che furono poi "abrogate" dal legislatore (l. n. 36 del 1990).

⁴⁵ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 461.

⁴⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, art. 1-9, in *Commentario al codice civile*, Scialoja-Branca, Zanichelli, 2011, p. 248, per il quale la vera e propria abrogazione non è quella

equiparazione tra quest'ultimo concetto e quello di abrogazione di una norma incriminatrice⁴⁷), affida al giudice il compito di stabilire se si è determinato, a seguito di un intervento del legislatore, un effetto abolitivo: se cioè una norma anteriore debba reputarsi abrogata, parzialmente o integralmente, per incompatibilità assoluta o parziale con una norma successiva. Si spiega così la possibilità concreta dell'esistenza di una giurisprudenza non univoca sulla verifica o meno dell'abolizione di una incriminazione⁴⁸.

Senonché, nonostante la frequenza dei mutamenti normativi adottati spesso con una tecnica legislativa che facilita le situazioni di dubbio in merito alla produzione di una abrogazione, il giudice non può, attraverso il ricorso ai comuni canoni interpretativi, estendere le ipotesi di cessazione di efficacia (abrogazione) di una norma. Né egli ha poteri nella determinazione degli effetti abrogativi di una norma. Così facendo – occorre ribadirlo – il giudice violerebbe l'assetto costituzionale su cui si basa la divisione del potere⁴⁹.

Sulla base di tali premesse si deve concordare con l'affermazione giurisprudenziale secondo cui la sentenza di condanna definitiva non può essere revocata dal giudice dell'esecuzione se non nel caso di abrogazione di una norma incriminatrice, come espressamente sancito dall'art. 673 c.p.p. Mentre deve escludersi che essa possa essere revocata in ragione di un intervento delle Sezioni unite della Cassazione che, nel dirimere un contrasto giurisprudenziale, escludano, in una vicenda identica a quella coperta dal giudicato di condanna, in assenza di una espressa modifica legislativa, la sussistenza del reato affermando invece l'esistenza di un mero illecito amministrativo⁵⁰.

“espressa”, bensì quella “tacita”, risultante dal contrasto tra la disposizione attualmente emanata e la disciplina anteriore.

⁴⁷ Con l'espressione *abolitio criminis* si deve denotare, dunque, semplicemente il fenomeno dell'abrogazione di una norma incriminatrice: la norma successiva prevale su quella anteriore, eliminandola dall'ordinamento penale, quando si è in presenza di norme che scaturiscono da fonti poste sullo stesso livello gerarchico. Si tratta del tipico meccanismo dell'abrogazione basato sulla idoneità dell'atto legislativo susseguente a produrre l'inefficacia del precedente (cfr. M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008, p. 121 ss.).

⁴⁸ In proposito, v. le considerazioni di R. GUASTINI, *Abrogazione*, in *Glossario, Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 1994, p. 5 ss.; e R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 303, secondo cui l'uso del principio della *lex posterior* non garantisce giurisprudenza conforme; è dunque possibile che un giudice ritenga abrogata una norma che altri giudici reputano ancora applicabile, così come è possibile che lo stesso giudice cambi opinione in occasioni successive.

⁴⁹ Sul punto, fondamentali le riflessioni di A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 464 ss., il quale segnala come, tuttavia, le regole legislative non sfuggono, nelle applicazioni giurisprudenziali, ad una generale tendenza di relativizzazione.

⁵⁰ In tal senso, v. Cass., sez. I, 13 luglio 2006, n. 27858, La Cara, in *C.E.D. Cass.*, n. 234978. Cfr. poi, in senso conforme, Cass., sez. I, 11 luglio 2006, n. 27121, Aliseo, *ivi*, n. 235265, secondo la quale l'art. 673 c.p.p. opera soltanto nel caso in cui, a seguito di innovazione legislativa o di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un'ipotesi di abrogazione esplicita o implicita di una norma. La predetta disposizione non può, invece, trovare applicazione, quando l'eventuale abrogazione implicita derivi da un mutamento di indirizzo giurisprudenziale che non può costituire *ius superveniens* anche a seguito di pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione.

Non bisogna cadere nell'equivoco di pensare che l'intervento delle Sezioni unite, il quale rovesci un costante e consolidato orientamento pregresso, affermando, diversamente da prima, che si è verificata una parziale *abolitio criminis*, possa dar luogo ad un fenomeno abrogativo; come se si trattasse di una giurisprudenza fonte dell'abrogazione. Allo stato delle cose, non possono postularsi interventi interpretativi della Corte di cassazione che – pur sovvertendo il precedente indirizzo giurisprudenziale – determinino effetti sostanzialmente abolitivi di una fattispecie incriminatrice⁵¹.

4. Il carattere non vincolante del precedente.

La dimensione giudiziaria è dimensione essenziale del diritto: si è scritto invero che “un diritto senza giudice non sarebbe diritto, così come un giudice senza diritto non sarebbe un giudice”⁵².

Eppure è noto come la grande dicotomia tra *civil law* e *common law* sia tradizionalmente fondata proprio sul ruolo del giudice: nel diritto continentale i giudici si limitano ad applicare la legislazione; al contrario, nel diritto angloamericano essi applicano anche il diritto prodotto da loro stessi tramite la regola dello *stare decisis*⁵³.

Nel primo sistema, troviamo la prassi del *precedente persuasivo*: i giudici tendono a non discostarsi dalle decisioni anteriori. I giudici consultano le pronunce prima rese, ma le rispettano soltanto se ne sono persuasi. Invece, caratteristica fondamentale dei sistemi di *common law* è il principio del *precedente vincolante* (*stare decisis*): i giudici successivi sono obbligati a seguire le decisioni (o meglio il principio di diritto, o *ratio decidendi*) su questioni simili prese dalle corti superiori. La strada per non seguire il precedente è quella di far leva sulla tecnica del *distinguishing*: il precedente in realtà è stato reso in un caso diverso e dunque non si applica al caso di specie; oppure ricorrere all'*overruling*: discostarsi dal precedente perché palesemente sbagliato o assurdo⁵⁴.

⁵¹ Nell'equivoco sembra cadere Trib. Torino, ord. 30 gennaio 2012, Amechi, giud. Recchione, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, con nota di A. BALSAMO e S. DE FLAMMINEIS, *Intrepretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale di favore*; nella decisione, infatti, si parla espressamente di “parametri di legalità “aboliti” dall'intervento del massimo organo di nomofilachia”.

⁵² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, 2008, p. 161 ss.

⁵³ Cfr. R. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Giuffrè, 1991, p. 7 ss.; R. DAVID – C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, 2004, p. 111 ss. Sul fatto però che, in tema di principio di legalità penale, le differenze tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law* si siano assottigliati col tempo, v. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, Giuffrè, 2007, p. 1161 ss.; e da un punto di vista più generale, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 7 ss., secondo cui da un lato nei sistemi di *civil law* si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, dall'altro nei sistemi di *common law* si impiega la legge scritta e intere aree di questi ordinamenti in realtà presentano ormai una codificazione scritta.

⁵⁴ Cfr., in proposito, le ampie analisi di M. BARBERIS, *Europa del diritto*, il Mulino, 2008, p. 103 ss.; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. civ.*, vol. XIV, Utet, 1996, p. 148 ss.; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Jovene, 2008, p. 232 ss. Nella letteratura anglosassone, cfr. B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Hart, Oxford-Portland, 2008, p. 183 ss. Sulla diffidenza da parte dei giuristi continentali a riconoscere natura di fonte del diritto al precedente giudiziario, v. ora

Nel pensiero giuridico moderno nell'ambito del diritto europeo-occidentale (*civil law*), a partire dalla dottrina della separazione dei poteri, il potere legislativo crea il diritto (le leggi generali e astratte), mentre il potere giudiziario applica ai casi concreti il diritto creato dal potere legislativo. Netta *distinzione*, dunque, tra *creazione* e *applicazione* del diritto: il diritto è prodotto dal legislatore e applicato dai giudici⁵⁵.

Si tende in questo modo ad evitare la sopraffazione di un potere sull'altro; e a tal fine, in linea generale, si vieta, da una parte al potere giudiziario di legiferare o di esercitare il potere esecutivo, dall'altra s'impedisce sia al potere esecutivo sia a quello legislativo di giudicare⁵⁶.

In particolare, nell'ordinamento italiano la *soggezione soltanto alla legge dei giudici* (ex art. 101, comma 2, Cost.) implica che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata. Le decisioni dei giudici (eccetto quelle dei giudici costituzionali), hanno dunque effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti⁵⁷.

In questo senso, si è ribadito in modo autorevole da parte delle *Sezioni unite civili* (in tema di mutamento di giurisprudenza rispetto a norme processuali) che il precetto fondamentale della sottoposizione del giudice soltanto alla legge impedisce di attribuire alla interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto. Invero, nel quadro degli equilibri costituzionali, ispirati al principio classico della divisione dei poteri, i giudici sono estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche, le quali trovano la loro fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati); in atti, ossia, di esclusiva competenza degli organi del potere legislativo. Per contro, la garanzia dell'indipendenza funzionale dei giudici si realizza nel momento della interpretazione e applicazione della legge: è infatti vietato a qualsiasi altro soggetto o autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto⁵⁸.

Inoltre, nella materia penale, il *vincolo del precedente viola il principio costituzionale della riserva di legge* (art. 25, comma 2, Cost.): il precedente giurisprudenziale dovrebbe

A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 710 ss. Sotto il profilo più strettamente penalistico, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 178 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, 2012, p. 159 ss.

⁵⁵ Cfr. E. BULYGIN, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, 2007, p. 9 ss. e 123 ss. Nel senso invece di includere il precedente giurisprudenziale tra le fonti del diritto italiano, v. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 723 ss., secondo cui si è ormai determinato un contesto favorevole al riesame teorico dell'opinione tradizionale che nega alla giurisprudenza, con riferimento agli ordinamenti continentali, valore di fonte del diritto. Nella recente letteratura francese, v. inoltre l'interessante saggio del Primo presidente della *Cour de cassation* francese G. CANIVET, *Activisme judiciaire et prudence interpretative*, in *La création du droit par le juge*, Dalloz, 2007, p. 7 ss., il quale prende in considerazione gli argomenti che usualmente si contrappongono, nel dibattito in tema di creazione di diritto da parte del giudice, sul rapporto conflittuale tra "prudente interpretazione della legge" e "attivismo giudiziario".

⁵⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1. *Teoria del diritto*, Laterza, 2007, p. 862 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, 2002, p. 24 ss.

⁵⁷ Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 464 ss. Nel senso, invece, che la soggezione del giudice alla legge, ex art. 101 comma 2 Cost., non escluda la legittimità costituzionale di un precedente giurisprudenziale vincolante in modo assoluto in linea verticale, e la possibilità di un semplice vincolo relativo o indiretto in linea orizzontale, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 285 ss.

⁵⁸ Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

essere equiparato in sostanza ad una fattispecie incriminatrice creata dai giudici penali e non dal legislatore⁵⁹. Ebbene, la legalità, come principio fondante delle garanzie individuali negli ordinamenti moderni, esclude tra l'altro la "partecipazione autenticamente creativa del giudice nel momento applicativo"⁶⁰.

Ora, va chiarito che il precedente giurisprudenziale deve essere identificato con l'intera pronuncia della Corte di cassazione relativa a un caso particolare (ossia, la fattispecie concreta che è stata oggetto di decisione) e non invece con la *semplice* "massima"⁶¹, la quale costituisce in realtà "un mezzo di reperimento del precedente" (in tal senso, cfr. l'art. 6, comma 1, lett. a, decreto del primo presidente della Corte di cassazione 4 marzo 2011, sui criteri per la redazione delle massime di giurisprudenza e per l'individuazione delle sentenze penali della Corte di cassazione da cui estrarre le massime⁶²).

La massima corrisponde in pratica al principio di diritto affermato nella decisione penale della suprema Corte, e si sostanzia in una regola concreta da applicare quando bisogna decidere casi simili o analoghi, e non può essere un'astratta generalizzazione della *ratio decidendi*: intesa quest'ultima quale regola di diritto posta a diretto fondamento della pronuncia (art. 6, lett. d, decreto del primo presidente, *cit.*).

Poste queste premesse, occorre tuttavia soffermarsi sul fatto che alcuni precedenti giurisprudenziali – si pensi ad esempio a quelli delle Sezioni unite penali⁶³ – hanno non solo una certa "efficacia persuasiva" ma sono altresì "sentiti come" vincolanti⁶⁴. Altri precedenti sembrano, invece, avere addirittura forza vincolante.

A quest'ultimo proposito occorre ricordare l'innovazione contenuta nel *nuovo art. 374 comma 3 del codice di procedura civile* (d.lgs. n. 40 del 2006) in materia di ricorso per cassazione pronunciato a sezioni unite. Tale disposizione sembra non solo rafforzare la funzione nomofilattica delle Sezioni unite civili, ma piuttosto vincolare sempre le sezioni semplici della Cassazione civile al principio affermato dalle stesse Sezioni unite. E' stabilito infatti che "se la sezione semplice ritiene di non condividere il

⁵⁹ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 278 ss.

⁶⁰ Così M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 538 ss. Nel senso tuttavia che i giudici creano diritto penale applicato, v. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., p. 1723 ss.

⁶¹ Cfr. ampiamente sul punto G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVI, p. 10 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 11.

⁶² Il decreto del 4.3.2011 del primo Presidente della Corte di cassazione è consultabile, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2477 ss., con osservazioni di G. SANTALUCIA. Sulle "massime giurisprudenziali", cfr. inoltre l'ampia analisi di V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 267 ss.

⁶³ Nota F. CORDERO (*Procedura penale*, cit., p. 1174 ss.) come i precedenti delle Sezioni unite non possono essere assimilati ai precedenti a effetto normativo di *common law* (*stare decisis*). Eppure, anche in materia penale, un tentativo nel senso di rendere vincolante il precedente delle Sezioni unite era stato compiuto nel Progetto definitivo del c.p.p. all'art. 610-bis, in cui si era stabilito che i singoli collegi dovessero uniformare le proprie decisioni alla massima formulata dalle Sezioni unite oppure avrebbero dovuto rimettere il caso alle stesse Sezioni unite "esponendo le ragioni del dissenso". Il testo normativo è divenuto, poi, l'attuale e molto diverso art. 618 c.p.p.

⁶⁴ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 373 ss.

principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”⁶⁵.

Bisogna allora chiedersi se il legislatore con questa nuova previsione normativa abbia creato un vero e proprio sistema del precedente vincolante anche nel nostro ordinamento; oppure se il vincolo per le sezioni semplici non sia di natura meramente processuale e negativo, perché in realtà esse non sono obbligate ad adottare una decisione di contenuto conforme a quella delle Sezioni unite, ma unicamente a rimettere il ricorso alle stesse motivando sulle ragioni del dissenso⁶⁶.

E’ chiaro da quanto detto che, per non porsi in palese contrasto con il principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), la disposizione non può essere interpretata nel senso di creare una vera e propria ipotesi di precedente vincolante⁶⁷. La funzione di nomofilachia della Corte di cassazione non può svolgersi tramite l’emanazione di decisioni che si impongano ai casi futuri, come precedenti che vincolino il giudice successivo (c.d. nomofilachia attraverso il precedente)⁶⁸. Oltretutto, appaiono fondati i rilievi di una parte della dottrina che evidenziano come non sia prevista alcuna sanzione nei confronti del mancato rispetto del vincolo da parte delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite e all’obbligo di rimettere ad esse il ricorso. In tale eventualità, la sentenza delle sezioni semplici non sarebbe di certo nulla e produrrebbe effetti di giudicato ⁶⁹.

Il limite dei soli effetti *inter partes* delle decisioni giurisdizionali viene invece valicato nelle ipotesi di controllo giurisdizionale del rispetto della Costituzione; ipotesi in cui si sostanzia il nostro sistema di giustizia costituzionale. Cosicché, la Corte costituzionale può interferire e sovrapporsi all’esercizio del potere legislativo annullando le leggi incostituzionali o dichiarando costituzionalmente illegittima l’assenza di una norma la cui esistenza la Corte ritiene costituzionalmente necessaria (con una sentenza c.d. additiva)⁷⁰.

⁶⁵ Riassuntivamente, v. *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, tomo I, sub art. 374, Giuffrè, 2010, p. 2084 ss.

⁶⁶ Cfr. C. PUNZI, *Il processo civile sistema e problematiche*, vol. II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Giappichelli, 2010, p. 509 ss.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 31.

⁶⁷ Secondo un orientamento dottrinale, si tratta solo di un vincolo negativo; non vi è alcuna subordinazione della sezione semplice alle Sezioni unite, le quali potrebbero anche mutare orientamento accogliendo le argomentazioni critiche delle sezioni semplici (così ad es. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Giappichelli, 2011, p. 584). In giurisprudenza, nel senso che si tratta di un accertamento che ha un valore di “stabilità relativa”, v. Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit. (in motivazione).

⁶⁸ Per considerazioni in proposito, si veda M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 36 ss.

⁶⁹ Cfr. L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, cit., p. 669, secondo cui la norma sembra priva di una reale forza precettiva e non è in grado di assicurare davvero l’uniformità della giurisprudenza delle sezioni semplici e la loro adesione ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite civili.

⁷⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 373 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998, p. 476 ss.

5. *Overruling* giurisprudenziale favorevole e revoca del giudicato.

Torniamo ora al quesito da cui si erano prese le mosse, per cercare di elaborare una possibile soluzione che tenga conto del nostro modello costituzionale di organizzazione del potere.

Ebbene, la revoca della sentenza passata in giudicato, ex art. 673 c.p.p., si può avere al cospetto di un *overruling* giurisprudenziale favorevole? Nel senso che un innovativo indirizzo giurisprudenziale favorevole possa essere assimilato all'abolizione almeno parziale di una incriminazione quanto alla sua applicazione (con effetti retroattivi), travolgendo le sentenze passate in giudicato.

Al riguardo, approfondendo le considerazioni espresse soprattutto nel paragrafo precedente, conviene tenere ben distinte due ipotesi:

(i) quella del mutamento di giurisprudenza rispetto a un *testo legislativo invariato* nella sua dimensione diacronica (e dunque un nuovo significato dello stesso testo normativo);

(ii) quella dell'*overruling* giurisprudenziale rispetto ad un indirizzo della suprema Corte che si è formato in relazione a una *espressa innovazione legislativa* (e dunque un ripensamento della precedente esegesi compiuta sopra un testo normativo appena novellato dal legislatore)⁷¹.

5.1. *L'ipotesi del testo legislativo inalterato.*

(i) La *prima ipotesi* si determina allorché interviene un "nuovo" orientamento della Corte di cassazione (in modo particolare, a seguito di una decisione delle Sezioni unite), il quale, mutando semplicemente indirizzo, affermi che una determinata classe di fattispecie non possa più essere considerata penalmente rilevante.

In questo caso, si può parlare di una vera e propria successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali del *medesimo testo legislativo*. Si avvicinano infatti nel tempo due differenti letture giurisprudenziali della stessa disposizione in alcun modo modificata; assegnandosi così da parte della Corte di cassazione, nell'ambito della sua funzione nomofilattica, un diverso significato all'enunciato legislativo oggetto di interpretazione⁷².

La nuova esegesi del testo porta a dire così alla giurisprudenza che una classe di fattispecie non è più penalmente illecita a seguito della "nuova" interpretazione del testo legislativo; interpretazione che gli ha attribuito un significato più circoscritto,

⁷¹ Una peculiare distinzione si rinviene nella menzionata sentenza delle Sezioni unite della Cassazione civile (Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, *cit.*), secondo cui – in tema di *overruling* – è possibile enucleare una interpretazione "evolutiva" e una interpretazione "correttiva". La prima è volta ad accertare il significato evolutivamente assunto dalla disposizione nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione. Nella interpretazione "correttiva", invece, il giudice assegna alla disposizione un significato diverso da quello consacrato nella precedente esegesi giurisprudenziale, perché il nuovo significato è ritenuto preferibile ovvero perché la precedente lettura viene stimata come non esatta.

⁷² Sui rapporti tra nomofilachia e interpretazione, cfr. A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità*, *cit.*, p. 3 ss.

restringendo il campo di denotazione della incriminazione senza però alcuna variazione della sua struttura connotativa.

Si pensi, ad esempio, in tema di *contravvenzione ex art. 726 c.p.* (atti contrari alla pubblica decenza), all'ipotesi del nudo femminile (c.d. *topless*) sulla spiaggia. Nel corso degli ultimi decenni vi è stato un chiaro *mutamento delle regole extragiuridiche* e in particolare del complesso di regole etico-sociali prese in considerazione dall'incriminazione, che impongono a ciascuno di astenersi da ciò che può offendere il sentimento collettivo della più elementare costumatezza.

Orbene, ancora all'inizio degli anni '80 si rinviene una pronuncia della Suprema Corte che afferma integrare l'ipotesi criminosa di atti contrari alla pubblica decenza l'esposizione del seno nudo femminile in una spiaggia pubblica⁷³; inoltre, particolarmente significativa a tal proposito è un'altra pronuncia che ritiene configurabile la contravvenzione dell'art. 726 c.p. nel fatto di una persona di sesso maschile, vestita con abiti femminili succinti, acconciata con una parrucca da donna e vistosamente truccata⁷⁴.

Mentre, a partire dagli anni '80, si va lentamente consolidando l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la semplice esposizione del seno nudo da parte di una donna in ambiente balneare e nella stagione estiva non integra offesa alla pubblica decenza⁷⁵.

Ovvero, si pensi ancora, all'evoluzione delle norme culturali relative al comune sentimento del pudore rispetto al delitto di atti osceni (art. 527 c.p.). Secondo la giurisprudenza il riferimento al senso di pudore medio dei cittadini (art. 529 c.p.) fa sì che l'evoluzione dei costumi influisca sul concetto di pudore, che non deve essere considerato come cristallizzato e immutabile⁷⁶; tale nozione va risolta quindi nel senso della verifica e dell'aggiornamento del comune sentimento del pudore nella sua mutevolezza con il divenire dei costumi e con l'evoluzione del pensiero medio dei consociati nel momento storico in cui avviene il fatto incriminato, secondo il c.d. criterio storico-evolutivo⁷⁷.

Insomma, la nuova valutazione etico-sociale porta a dire che quella tipologia di comportamento, che anteriormente rientrava nell'area incriminatrice di quella figura di reato, oggi non ci rientri più.

Si attribuisce ad una disposizione un significato diverso da prima, escludendo che alcuni comportamenti possano ancora essere ricondotti nell'ambito del perimetro dell'incriminazione. La giurisprudenza cambia opinione, idea, indirizzo, sulla scorta di un diverso contesto socio-culturale o di una mutata sensibilità rispetto a determinate questioni relative a elementi normativi culturali; oppure perché reputa preferibile assegnare al testo un nuovo significato sulla base di una più corretta applicazione dei canoni ermeneutici della legge.

⁷³ Cass., sez. III, 12 luglio 1982, Selmin, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1961.

⁷⁴ Cass., sez. VI, 8 marzo 1974, Randazzo, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 46.

⁷⁵ Per la giurisprudenza, si rinvia a l'ampia esposizione di V. NAPOLEONI, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. XIII, sub art. 726, diretta da G. Lattanzi e E. Lupo, Giuffrè, 2010, p. 595 ss.

⁷⁶ Cass., 10 ottobre 1978, Dal Punta, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 694.

⁷⁷ Cass., sez. III, 3 febbraio 1984, n. 5308, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2023.

Ma, nella prospettiva diacronica, il dato normativo è invariato. L'*overruling* giurisprudenziale in senso favorevole avviene in un contesto di *immutato dato legislativo*. Si è prodotta una semplice successione nel tempo di divergenti interpretazioni giurisprudenziali di un determinato materiale legislativo.

Il *semplice mutamento di giurisprudenza* a prescindere da una modifica legislativa *non può comportare una abolitio criminis*, ma vale solo per il caso da decidere e come "precedente" giurisprudenziale persuasivo e autorevole. Siffatto cambiamento di giurisprudenza, stabilizzandosi assume poi il carattere di "diritto vivente" (cfr., *amplius*, il par. che segue). Per esempio, qualora in materia di osceno, a livello di Corte di cassazione, si arrivasse ad escludere in base ad una diversa interpretazione, determinata da un mutamento di criteri di valutazione sociale, alcuni comportamenti dall'area incriminatrice solo per questo non si potrebbero revocare sentenze di condanna definitive, che avessero ritenuto penalmente rilevante quel particolare comportamento successivamente escluso dall'*overruling* giurisprudenziale⁷⁸.

Altrimenti, si corre il rischio di confondere il fenomeno dell'abrogazione legislativa con il problema più propriamente epistemico posto dalle norme socio-culturali: ossia la non stabilità nel tempo del loro ambito di denotazione. Ci sono, infatti, regole di comportamento che non hanno un contenuto stabile e variano col tempo.

In senso analogo, per la mancanza di un espresso intervento del legislatore, non risulta applicabile il principio di retroattività della legge più favorevole al reo alle regole cautelari non "codificate" individuate dal giudice e la cui inosservanza può fondare il rimprovero ai fini del giudizio di colpa generica⁷⁹.

Ancora: si prenda in considerazione, per esempio, la controversa ipotesi della riconducibilità delle onde elettromagnetiche alla contravvenzione di cui all'art. 674 c.p., ammessa oggi dalla prevalente giurisprudenza di legittimità per effetto di una presunta interpretazione meramente estensiva dell'espressione "getto di cose"⁸⁰. Se la giurisprudenza a Sezioni unite dovesse in seguito mutare orientamento e affermasse che si tratti invece di una estensione analogica *in malam partem* della fattispecie preclusa dal principio di tassatività, non si potrebbe chiaramente, prendendo atto dell'intervenuto *revirement* giurisprudenziale, né dichiarare la parziale abolizione di quella classe di fattispecie né revocare le sentenze di condanna definitive pronunciate sulla base di tale argomentazione.

Alla luce di queste considerazioni, non sembra dunque potersi accogliere quanto di recente sostenuto nella giurisprudenza di merito. Si è, infatti, affermato – dichiarando non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. – che la scelta del legislatore, esplicitata attraverso l'impossibilità di

⁷⁸ Cfr. G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, 2008, p. 841 ss.

⁷⁹ Per la soluzione secondo cui le modifiche delle norme cautelari rilevanti ai fini del giudizio di colpa non comportano alcuna *abolitio criminis*, v. G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., p. 785 ss.; in senso difforme, invece, v. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Giappichelli, 2006, p. 474 ss.

⁸⁰ Sulla questione, si veda L. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Jovene, 2008.

revocare ex art. 673 c.p.p. la sentenza di condanna, di continuare a punire chi abbia tenuto una condotta che, secondo il diritto vivente sopravvenuto ricostruito attraverso una decisione delle Sezioni unite penali, non è più prevista dalla legge come reato, è scelta del legislatore manifestamente irragionevole (nella caso di specie, uno straniero “irregolare” era stato condannato in via definitiva, ai sensi del reato di cui all’art. 6 comma 3 t.u. imm., per un fatto storico che al momento in cui era stato commesso e poi giudicato era già disciplinato dalla ipotesi criminosa così come novellata dal c.d. pacchetto sicurezza del 2009). In particolare, secondo il giudice di merito, perché tale opzione normativa si pone in contrasto con il principio di retroattività della legge penale più favorevole (artt. 3 e 25 Cost.); comporta poi il rischio di trattare in modo diseguale imputati che abbiano commesso lo stesso fatto di reato, in funzione del semplice dato (spesso casuale) dell’ordine di trattazione dei processi (art. 3 Cost.); inoltre antepone ragioni di tutela dell’ordinamento (la certezza del diritto e la stabilità delle decisioni) a precise esigenze di libertà della persona garantite dall’art. 13 Cost.; infine contrasta con la funzione special-preventiva della pena, un assetto processuale che permette l’esecuzione di pene per comportamenti che, secondo il diritto giurisprudenziale sopravvenuto, non integra una figura di reato: rieducazione del condannato, dunque, per un fatto storico che non è più penalmente rilevante (art. 27 comma 3 Cost.)⁸¹.

Orbene, ribadendo quanto già osservato, in assenza di una palese modifica legislativa, *il solo mutamento giurisprudenziale favorevole*, anche se fondato su una pronuncia delle Sezioni unite, non lascia altra scelta al giudice dell’esecuzione che dichiarare *inammissibile la richiesta di revoca della sentenza di condanna (ex art. 673 c.p.p.)*; decisione da prendersi con la procedura *de plano* (senza quindi una previa udienza in camera di consiglio) prevista dall’art. 666 comma 2 c.p.p., e adottata perché la richiesta dell’interessato appare qui manifestamente infondata per difetto delle condizioni legali.

5.2. L’ipotesi dell’espressa innovazione legislativa.

(ii) Quanto alla *seconda ipotesi di revirement* giurisprudenziale, si configura quando il legislatore introduce nell’ordinamento giuridico penale una *espressa modificazione normativa*.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui la giurisprudenza si pronuncia in merito all’innovazione legislativa, escludendo che una o più sottofattispecie siano state espunte dall’ambito di applicazione dell’incriminazione novellata. In seguito, però, le Sezioni unite ribaltano tale orientamento, affermando invece la sussistenza di una parziale abolizione della figura di reato.

Si tratta in pratica della vicenda illustrata nei precedenti paragrafi: la Corte di cassazione nelle sue prime decisioni ha escluso che la modificazione apportata all’art. 6, comma 3, t.u. imm. si sia risolta in una parziale *abolitio criminis* nei confronti di una

⁸¹ Così Trib. Torino, sez. III pen., 27 giugno 2011, Giudice A. Natale, *cit.*

porzione dei possibili soggetti attivi del reato; ma più tardi le Sezioni unite hanno ritenuto diversamente che, a seguito della riformulazione dell'ipotesi di reato, la classe dei cittadini extracomunitari sia stata esclusa dal campo di applicazione della fattispecie incriminatrice.

Insomma, il legislatore interviene modificando il testo di una disposizione incriminatrice. La giurisprudenza – in un primo momento – si pronuncia sul significato della disposizione, escludendo che la variazione abbia comportato una *abolitio criminis* (almeno parziale). In un secondo momento al testo modificato, alla nuova formulazione della disposizione, viene attribuito pacificamente un significato diverso, tale da escludere dal suo ambito normativo una tipologia di comportamento. Il *revirement* di giurisprudenza ha determinato quei *effetti favorevoli, che si ripercuotono retroattivamente anche sulle sentenze ormai passate in giudicato*.

In questa ipotesi, a differenza della precedente, l'*overruling* giurisprudenziale favorevole si è avuto sulla scorta di una diversa lettura dell'innovazione legislativa esplicita, in presenza di una reale modifica del testo della disposizione incriminatrice e non solo sulla variazione del valore semantico dell'enunciato.

La precedente interpretazione dell'innovazione legislativa viene ritenuta non corretta: sopraggiunge dunque un ripensamento rispetto all'antecedente esegesi giurisprudenziale della novella legislativa. Non è certamente l'*overruling* giurisprudenziale la fonte della vicenda abolitiva con effetti iperretroattivi; a fondamento dell'abrogazione vi è pur sempre l'atto del legislatore che incide sull'ordinamento penale, circoscrivendolo. E pertanto non vi è dubbio che in tale ipotesi il giudice dell'esecuzione possa revocare ex art. 673 c.p.p. la sentenza di condanna definitiva pronunciata sulla base della porzione di norma incriminatrice abrogata all'esito della novità legislativa.

6. Mutamento di giurisprudenza e “diritto vivente”.

Il fenomeno del mutamento di giurisprudenza favorevole è stato di recente preso in considerazione dalle Sezioni unite “Beschi” della Cassazione penale, nel quadro di una piena valorizzazione della *distinzione tra “disposizione” e “norma”*: nel senso di tener separato l'*enunciato* appartenente alla fonte del diritto (la disposizione), dal *significato* ascrivito allo stesso a seguito di interpretazione (la norma)⁸².

Per la pronuncia “Beschi”, il cambiamento di giurisprudenza intervenuto a seguito di una decisione delle Sezioni unite della Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata⁸³.

⁸² Cfr. al riguardo le osservazioni di M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 52 ss., secondo cui le Sezioni unite penali hanno riconosciuto al giudice-interprete un ruolo di vera e propria produzione delle norme, che supera la moderna divisione dei poteri. Il giudice costruisce così il contenuto precettivo del diritto con effetti generalizzanti, mentre lo applica. In tal modo, ci troviamo in presenza di una giurisprudenza fonte del diritto.

⁸³ Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17, con nota di R. RUSSO.

Mutamento giurisprudenziale che assume, in virtù dell'intervento delle Sezioni unite, carattere di stabilità e integra il c.d. "*diritto vivente*": la disposizione (il testo legislativo) nel *significato* normativo che ad essa viene assegnato dalla giurisprudenza, ossia nel significato in cui essa "vive" nella realtà giuridica⁸⁴.

Il diritto vivente è, insomma, il diritto vigente come interpretato e applicato dai giudici⁸⁵. La nozione di diritto vivente è quindi correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con speciale riguardo alle decisioni della Corte di cassazione, sulla scorta del compito di nomofilachia assegnatogli dall'ordinamento giudiziario⁸⁶. E pertanto l'interpretazione giurisprudenziale che presenta i caratteri di costanza e ripetizione integra un "diritto vivente" valutabile ai fini del giudizio di costituzionalità⁸⁷.

In pratica la teoria del diritto vivente concerne il rapporto tra il giudice e la legge, essa affronta il tema della partecipazione dell'interprete alla formazione del diritto e la connessa esigenza di stabilizzazione delle sue applicazioni⁸⁸.

Diritto vivente che, tuttavia, pur richiedendo la "mediazione accertativa della giurisprudenza", *non è creato per mezzo dell'interpretazione dei giudici, bensì è da essi soltanto "disvelato"*⁸⁹. La giurisprudenza ha dunque il compito di "inverare l'ordinamento, assumendo e metabolizzando le istanze provenienti dal substrato della realtà sociale, così da determinare il "diritto vivente" e cioè la dimensione di effettività del fenomeno giuridico"⁹⁰.

Con la teoria del diritto vivente non si equipara tuttavia il diritto di fonte giurisprudenziale al diritto prodotto dal legislatore, bensì si supera la posizione classica del positivismo che identifica la norma con il testo legale (la disposizione), e si aderisce invece al principio ermeneutico che al testo riconosce solo un valore euristico per la ricerca della regola di decisione (la norma)⁹¹. "Il testo – scrive Mengoni – è il dato di avvio dell'elaborazione della norma, nel quale si esprime il significato ascritto dall'interprete al testo in vista dell'applicazione a un caso concreto"⁹².

⁸⁴ Nella manualistica, per tutti cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2011, p. 461.

⁸⁵ Cfr. L. MENGONI, *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 149 ss. Nella dottrina penalistica, nel senso che la teoria del diritto vivente concepisce la norma effettiva come il risultato dell'interpretazione prevalente nella giurisprudenza, si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 92 ss.

⁸⁶ Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, cit.

⁸⁷ Tra le tante decisioni della Corte, cfr. in questo senso Corte cost., 2 luglio 2008, n. 242, in *www.cortecostituzionale.it*. Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di diritto vivente, cfr. poi. F. MACARIO, *Dottrina del diritto vivente e sistema delle fonti del diritto civile*, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di N. Lipari, E.S.I., 2006, p. 59 ss.

⁸⁸ In tal senso, cfr. L. MENGONI, *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, cit., p. 150 ss.

⁸⁹ Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

⁹⁰ Così E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza*, cit., p. 4130. Secondo M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 11 ss., il "diritto vivente" rappresenta il solo diritto di cui disponiamo, nel caso ad esempio in cui i giudici creano diritto colmando lacune o interpretando clausole generali.

⁹¹ Così L. MENGONI, *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, cit., p. 149.

⁹² L. MENGONI, *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*, cit., p. 149.

In una recente decisione della Cassazione penale a sezioni semplici, si è asserito in tal modo che il *revirement* di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite, integra un nuovo elemento idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame⁹³.

La pronuncia in questione chiarisce che quando ci sono decisioni in contrasto e intervengono le Sezioni unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni unite costituisce un annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare. Cosicché, in tale ipotesi, la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto, salvo la riproposizione della *quaestio* a norma dell'art. 172 disp. att. comma 2 c.p.p.⁹⁴

L'uniforme interpretazione della legge, significa infatti uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge stessa: viene meno l'effettiva uguaglianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi; con l'ovvia conseguenza che la nomofilachia è diretta espressione del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Carta fondamentale⁹⁵.

Inoltre, se si ottimizza l'opinione di quella parte della dottrina che assegna alla giurisprudenza il rango di fonte del diritto, non può non riconoscersi che il valore del precedente delle Sezioni unite è massimo. Dunque, quanto all'efficacia nel tempo della norma penale sostanziale che scaturisce da tale precedente, o meglio dal principio di diritto, ne va dichiarata la natura retroattiva nei limiti del giudicato allorché la decisione-fonte innova *in bonam partem* nell'ordinamento giuridico⁹⁶.

In particolare, in materia penale nell'ambito di tale prospettiva che assegna al mutamento giurisprudenziale lo stesso effetto pratico del mutamento legislativo, si parla di "*retroattività occulta*" quando un nuovo orientamento giurisprudenziale dia vita a una nuova fattispecie incriminatrice. Invero, quando il giudice penale crea "*occultamente*" la fattispecie si perviene ad una applicazione retroattiva della stessa in violazione del principio costituzionale di irretroattività⁹⁷.

E comunque, all'interno delle garanzie penalistiche enucleabili dal principio di legalità ex art. 7 Cedu, la *prevedibilità* che, insieme all'accessibilità, caratterizza la

⁹³ Cass., sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, Merlo, in *C.E.D. Cass.*, n. 247113.

⁹⁴ Cass., sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, Merlo, *cit.*

⁹⁵ Cass., sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, Merlo, *cit.* In dottrina, sulla circostanza che una delle ragioni fondamentali per osservanza dei precedenti sia il principio di uguaglianza di trattamento giurisdizionale di casi simili, v. G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, *cit.*, p. 6.

⁹⁶ Cfr., in proposito, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, *cit.*, p. 729 ss.; G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, *cit.*, p. 4 ss. Secondo, poi, G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, *cit.*, p. 11 ss., l'interpretazione giudiziale costituisce oggi fonte quantomeno di diritto "vivente".

⁹⁷ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, *cit.*, p. 118 ss. Si veda, inoltre, sul punto E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza*, *cit.*, p. 4132 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *cit.*, p. 97 ss.

nozione di legge penale, riguarda pure l'*applicazione giudiziaria di tale legge*⁹⁸. Cioché, la garanzia dell'irretroattività, contenuta nell'art. 7 Cedu, deve essere estesa anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli, vietando la retroattività dell'*overruling* imprevedibile *in malam partem*⁹⁹.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, richiamando l'art. 7 della Cedu, si è inoltre consolidato l'orientamento secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali – il quale è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza – *impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli* all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa alla luce dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza riguardo alla disposizione in questione¹⁰⁰.

Al riguardo – si è precisato – appunto che occorre però nettamente distinguere la svolta giurisprudenziale *pro reo* dalla svolta giurisprudenziale *contra reum*. In quest'ultimo caso il *revirement* giurisprudenziale opera solo rispetto alle future condotte; si procede in modo simile a quando negli Stati Uniti i Tribunali ricorrono al c.d. "*prospective overruling*": il mutamento giurisprudenziale contenuto nella decisione vale *de futuro*, e la vicenda viene decisa ancora secondo la precedente giurisprudenza¹⁰¹. Mentre, nel primo caso la svolta giurisprudenziale *pro reo* è applicabile retroattivamente, non solo al caso da decidere, ma pure ad accadimenti concernenti fatti avvenuti prima della decisione che ha effettuato l'*overruling*¹⁰².

In definitiva nel nostro ordinamento penale, attraverso la piena affermazione del divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale *in peius*, si assiste, sotto il profilo delle garanzie, a una piena equiparazione della "norma" proveniente da fonte giurisprudenziale alla "legge" che scaturisce da fonte parlamentare¹⁰³.

7. Produzione vs. interpretazione di testi normativi.

⁹⁸ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 79 ss.; A. BERNARDI, *La "qualità" della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso – L. Picotti – R. Sicurella, Giuffrè, 2011, p. 356 ss.

⁹⁹ Cfr. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 35. In proposito, v. altresì le considerazioni di M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Giappichelli, 2011, p. 53 ss.; e di V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 21 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Corte giustizia, sez. II, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee* (causa C-3/06 P), in *Cass. pen.*, 2007, p. 2200, con nota di 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*.

¹⁰¹ In proposito, si veda G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 6 ss.

¹⁰² Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 316 ss.; A. CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in *Interpretazione e precedente*, cit., p. 142 ss.

¹⁰³ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 97 ss.

I risultati dell'indagine sin qui emersi consolidano l'idea secondo cui occorre chiaramente discernere tra le seguenti attività:

- (a) produrre un testo legislativo;
- (b) decidere il significato del testo legislativo attraverso la sua interpretazione¹⁰⁴.

Oggi, invece, si tende sempre di più a confondere tra loro queste due attività o a renderne opaca la distinzione.

(a) Per quanto concerne la *creazione del diritto* (nel senso di produzione di enunciati o testi), si tratta di un'operazione che spetta *in via esclusiva al legislatore*. Nei sistemi continentali di diritto la genesi delle fattispecie penali è tipicamente legale¹⁰⁵. Il legislatore produce tuttavia diritto non solo *introducendo* nuove disposizioni, ma altresì *eliminando* preesistenti disposizioni mediante abrogazione¹⁰⁶.

L'abrogazione è dunque un fenomeno che attiene all'attività, in senso lato, di produzione di testi legislativi: il nuovo esercizio del potere da parte del legislatore – sia che consista in una mera abrogazione, sia che si risolva nell'emanazione di una nuova disposizione che esprime una norma incompatibile – determina pur sempre una modificazione dell'ordinamento giuridico e quindi una successione di due diverse situazioni normative¹⁰⁷.

(b) Quanto alla restante attività ermeneutica, essa consiste nella *produzione di "significati"* che si traggono dagli enunciati del discorso delle fonti. La produzione di significati è propria dell'*interpretazione*. L'operazione di decidere il significato di un testo è eseguita dagli interpreti (e in particolare dai giudici)¹⁰⁸.

L'*interpretazione di testi normativi*, come attività tipica soprattutto del giudice, non può però risolversi in una pratica produttiva di diritto, anche se meramente sottrattiva, che modifica pertanto il diritto esistente. Il giudice può decidere di un significato di un testo normativo preesistente, nel senso di individuare una abrogazione normativa, ma non può determinarla egli stesso, formulandola *a prescindere da una previa introduzione di un testo normativo nuovo*¹⁰⁹.

Anche se il testo legislativo potrebbe non avere un significato univoco, e prestarsi dunque a confliggenti interpretazioni; oppure evolversi semanticamente con il cambiamento delle regole etiche e di costume, ciò non toglie che il fenomeno

¹⁰⁴ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 401 ss.

¹⁰⁵ Cfr., in proposito, le considerazioni in parte critiche di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 81 ss. Più in generale per l'esclusione della giurisprudenza tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico, cfr. Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

¹⁰⁶ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 404

¹⁰⁷ Così G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., p. 39.

¹⁰⁸ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 401 ss.

¹⁰⁹ In senso difforme sembra orientato A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 109 ss., secondo cui anche in Italia, come nei sistemi di *common law*, le fattispecie penali hanno sovente origine da creazioni giurisprudenziali e non da atti del legislatore. E pertanto la funzione creatrice dei giudici va vista come un ineliminabile dato del quale il penalista deve tenere conto. A differenza però dei sistemi di *common law*, in cui dopo la genesi giurisprudenziale, la nuova fattispecie entra a far parte del diritto penale e deve essere applicata dalla giurisprudenza successiva (vincolata al rispetto del precedente), in Italia di solito il contrasto giurisprudenziale resta in vita, con la conseguente incertezza del diritto che vanifica di fatto la garanzia del *nullum crimen sine lege*.

abrogativo sia legato necessariamente a una precedente innovazione legislativa. E tutto questo costituisce un chiaro vincolo per il giudice-interprete.

L'abrogazione normativa non può aversi in assenza della previa introduzione da parte del legislatore di una nuova disposizione, la quale o espressamente determini una abrogazione oppure esprima una norma incompatibile con una norma ricavabile da una disposizione precedente. Nella forma dell'abrogazione tacita, ad esempio, occorre pur sempre che sia emanata una disposizione, la quale – pur non identificando esattamente la disposizione da abrogare – detti una disciplina incompatibile per una certa fattispecie rispetto a quella prevista da una disposizione precedente; e pertanto la norma contenuta in tale disposizione possa reputarsi abrogata pure in assenza di un atto abrogativo in tal senso¹¹⁰.

Ebbene, una volta che vi sia stata una modifica legislativa, che il legislatore abbia formulato un nuovo testo normativo, spetta poi al giudice (all'interprete) decidere del suo significato: ossia individuare la norma che si ricava dalla disposizione mediante interpretazione¹¹¹. Nella abrogazione tacita, se la nuova norma sia incompatibile con quella precedente, e se perciò la norma precedente debba considerarsi abrogata, è decisione che dipende dall'interpretazione ed è affidata quindi in definitiva agli organi giurisdizionali¹¹².

Nella sua attività interpretativa, come detto, il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.): nel senso che nell'interpretare il testo (la disposizione) per ricavarne la norma (attribuirgli un significato, insomma), e stabilire se, a seguito della modifica legislativa, si sia prodotta una *abolitio criminis*, egli non può essere vincolato dalla precedente decisione di un altro giudice¹¹³.

Ora, sulla scorta di queste considerazioni, va esaminato il ruolo del giudice dell'esecuzione nel procedimento ex art. 673 c.p.p.

Il segmento procedimentale del giudice dell'esecuzione deve essere ritenuto autonomo¹¹⁴. Il suo intervento ha perso con il codice del 1988 i tradizionali connotati dell'accessorietà: non si parla più, invero, di "giudice degli incidenti". Il superamento del carattere incidentale della decisione del giudice dell'esecuzione, ha portato oggi a riconoscergli una competenza generale e immanente riguardo a tale fase processuale. Si tratta di un sistema misto di competenza funzionale e per materia, che investe (tra l'altro) la revoca della sentenza di condanna (art. 673 c.p.p.)¹¹⁵.

¹¹⁰ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 297 ss.

¹¹¹ Oggi come si è scritto in modo condivisibile: "il comando diventa norma solo grazie al contributo dell'interprete/applicatore" (P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, 2012, p. 77).

¹¹² In tal senso, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 299.

¹¹³ Cfr., in tal senso, Cass., sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, cit.

¹¹⁴ Per tale prospettiva, ad esempio, A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2005, p. 19 ss. Si è osservato, poi, che "la competenza giurisdizionale del giudice dell'esecuzione non è più concepita come episodica, ma è stata strutturata come funzione conoscitiva immanente all'intera fase esecutiva, ormai completamente "giurisdizionalizzata"" (A.A. SAMMARCO, in AA.VV., *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. Kalb, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VI, Utet, 2009, p. 163 ss.).

¹¹⁵ Cfr. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 261 ss.; G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, 2002, p. 229 ss.

In definitiva, il giudice dell'esecuzione, sulla scorta dell'art. 101 comma 2 Cost., è soggetto soltanto alla legge, e può autonomamente affermare che, in presenza di una innovazione legislativa, si è determinata una abrogazione normativa e revocare la sentenza di condanna – anche pronunciata dalla Corte di cassazione – che prima aveva escluso la produzione della vicenda abolitiva nel caso di specie.

La revoca può compiersi persino rispetto a condanne passate in giudicato pronunciate per fatti commessi successivamente alla variazione legislativa, ma intervenute prima dell'*overruling* giurisprudenziale che ha ritenuto quei fatti non più rilevanti penalmente a seguito della modifica normativa.

La proposizione davanti al giudice dell'esecuzione dell'istanza di revoca della sentenza di condanna per l'avvenuta abolizione, ignorata o esclusa espressamente dal giudice della cognizione, non può essere intesa come un ulteriore mezzo di impugnazione precluso dall'assorbimento dell'*error iuris* nel giudicato. Non si può quindi concludere che dinanzi ad un *error in iudicando* non dedotto dall'interessato, la vicenda sia da ritenere ormai coperta dal passaggio in giudicato della pronuncia di condanna. Si tratta, infatti, di una autonoma valutazione della nuova disposizione, che il giudice della fase di esecuzione compie attraverso la sua attività interpretativa: stabilire cioè se l'innovazione legislativa abbia comportato una abrogazione rispetto alla incriminazione posta alla base della sentenza di condanna.

Il giudice dell'esecuzione non ri-esamina qui il processo di cognizione, non gli interessano né rilevano gli eventuali errori di diritto avutisi nel giudizio di cognizione (merito e legittimità); egli deve solo stabilire se l'incriminazione per cui è stato condannato l'imputato sia stata abolita dal legislatore. E' questo l'oggetto principale (e non accessorio) del suo giudizio, della sua cognizione nel procedimento disciplinato dall'art. 673 c.p.p.