

LA “CEDEVOLEZZA” DEL GIUDICATO NELLE IPOTESI DI CONDANNA PER FATTI SUCCESSIVI ALL’ABROGAZIONE DELLA NORMA INCRIMINATRICE

Commento a [Cass., SSUU, sent. 29 ottobre 2015 \(dep. 23 giugno 2016\) n. 26259, Pres. Agrò, Est. Cammino, Imp. Mraidi](#)

di Vittorio Paziienza

Abstract. *La questione della revocabilità in sede esecutiva di una sentenza di condanna, emessa in relazione ad un fatto commesso dopo l’abolitio criminis (non rilevata dal giudice della cognizione), è stata oggetto di marcate divergenze interpretative, anche in ordine alla effettiva possibilità di ritenere configurabile, in tale ipotesi, un fenomeno di “successione di leggi”. Il contributo si propone di analizzare tali divergenze ed il percorso argomentativo che le Sezioni unite, nella sentenza n. 26259 del 2016, hanno compiuto per ricomporre il contrasto, ponendosi nel solco della recente evoluzione interpretativa che tende a conferire al giudicato penale connotazioni di sempre maggiore “flessibilità”, ove sia in gioco l’effettivo rispetto dei diritti fondamentali di una persona condannata con sentenza ormai irrevocabile.*

SOMMARIO: 1. Premessa: parziale caduta di «uno dei tabù più radicati»? – 2. Il contesto di riferimento: la portata applicativa del reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero. – 3. Mutamento giurisprudenziale, abrogazione della norma incriminatrice, revocabilità della sentenza di condanna: un quadro riepilogativo dei divergenti approcci ermeneutici. – 3.1. Il frastagliato panorama giurisprudenziale. – 3.1.1. La tesi dell’inapplicabilità dell’art. 673 c.p.p. nell’ipotesi di abrogazione “derivante” dal mutamento giurisprudenziale. – 3.1.2. La tesi della revocabilità ex art. 673 dopo un *revirement* delle Sezioni unite: le aperture della giurisprudenza di merito... – 3.1.3. (Segue)...e la “duplice chiusura” della Corte costituzionale. – 3.1.4. La tesi della incondizionata revocabilità ex art. 673 c.p.p. delle condanne definitive in caso di abrogazione (per via legislativa) della norma incriminatrice. – 3.2. Le “parallele” divergenze dottrinali. – 3.2.1. La tesi dell’assoluta intangibilità del giudicato. – 3.2.2. La tesi della incondizionata revocabilità delle condanne per fatti già privi di rilevanza penale al momento della commissione. – 3.2.3. La tesi “intermedia”: revocabilità delle sole sentenze in cui non sia stata esaminata la questione dell’abolitio. Rilevi critici. – 3.2.4. I rimedi dottrinali alla “iniquità sostanziale” di una condanna successiva all’abolizione del reato. – 4. La soluzione accolta dalle Sezioni unite. – 4.1. Successione di leggi con effetto abrogativo e mera successione di interpretazioni giurisprudenziali: la (parziale) convergenza di vedute con la Consulta. – 4.2. Revocabilità ex art. 673 c.p.p. anche delle sentenze di condanna emesse dopo la (tacita) abrogazione della norma incriminatrice. – 4.3. L’individuazione dei “margin” dell’intervento in sede esecutiva: il richiamo all’evoluzione della giurisprudenza in tema di pena illegale. – 4.4. Le conclusioni delle Sezioni unite: il “mero errore percettivo” del giudice della cognizione legittima l’intervento in sede esecutiva. – 5. Osservazioni conclusive: la pena irrogata per un fatto successivo all’abolitio come pena “avulsa dal sistema”.

1. Premessa: parziale caduta di «uno dei tabù più radicati»?

È a tutti noto il complesso percorso evolutivo, di matrice legislativa ma soprattutto giurisprudenziale – connotato, tra l'altro, dal recente susseguirsi di una serie di importantissimi arresti della Consulta e delle Sezioni unite della Corte di cassazione sul tema della pena, laddove irrogata in forza di norme rivelatesi in contrasto con principi sovranazionali o costituzionali, ovvero comunque illegalmente applicata – che attualmente caratterizza il nostro sistema processuale¹: un percorso chiaramente volto ad un progressivo ripensamento delle funzioni del giudicato penale e dei limiti della sua intangibilità, «*in vista di un più elevato livello di salvaguardia delle prerogative fondamentali della persona (in primis, la libertà personale), la cui portata valoriale non può considerarsi, in linea di principio, recessiva rispetto alle esigenze di certezza e stabilità perseguite attraverso il regime di irrevocabilità delle pronunce giurisdizionali*»².

Nel ripercorrere tale evoluzione normativa e giurisprudenziale, si è tra l'altro posto in evidenza che essa ha «*posto le basi anche per superare uno dei tabù più radicati in ambito processuale: l'insindacabilità post iudicatum dell'errore di diritto, inteso lato sensu come erronea interpretazione o applicazione di norme giuridiche, da sempre estraneo all'area operativa e alla ratio del più tradizionale rimedio straordinario, vale a dire la revisione*»³.

Sembra possibile affermare che le Sezioni unite, con la sentenza qui in esame⁴, si sono poste dichiaratamente in una linea di stretta continuità con la predetta evoluzione, arrivando a superare, almeno in parte, il predetto “tabù”, ovvero il principio per cui all'errore di diritto contenuto in sentenza può porsi rimedio esclusivamente attraverso i mezzi ordinari di impugnazione.

Le Sezioni unite hanno infatti affermato che il giudice dell'esecuzione può revocare la sentenza definitiva di condanna per *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., non solo nella fisiologica ipotesi in cui l'abrogazione della norma incriminatrice sia successiva alla condanna stessa (sia cioè conseguente all'entrata in vigore di una

¹ Per un quadro riepilogativo sull'argomento, v. da ultimo G. CANZIO, [La giurisdizione e la esecuzione della pena](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2016. Tra i contributi più recenti, ai quali si rimanda per ulteriori richiami, v. P. DI GERONIMO – L. GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.* 2016, 6, pag. 2514. ss.; G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, [L'incidenza del giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale](#), in *questa Rivista*, 25 maggio 2015; N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, pag. 1121 ss.; G. RICCARDI, [Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri nella rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti](#), in *questa Rivista*, 26 gennaio 2015.

² In questi termini P. TROISI, [Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali](#), in *questa Rivista*, 2 aprile 2015, pag. 30.

³ P. TROISI, *loc. cit.*

⁴ Sez. un., 29 ottobre 2015 n. 26259/2016, Mraidi, in *questa Rivista*, 27 giugno 2016, con osservazioni di F. VIGANÒ, [Le Sezioni Unite sulla revoca del giudicato per intervenuta abolitio criminis \(nella specie, del delitto di inosservanza dell'ordine di esibizione dei documenti da parte dello straniero irregolare\) non rilevata dal giudice di cognizione](#).

“legge posteriore” ex art. 2, secondo comma, c.p.), ma anche in quella – evidentemente “patologica” – in cui l’abolitio, pur essendo intervenuta prima della sentenza o addirittura prima del fatto giudicato, non sia stata rilevata in sede di cognizione.

L’occasione per un intervento di così rilevante impatto – peraltro mitigato dalla precisazione per cui l’omessa rilevazione deve esser frutto di un errore del giudice di natura “percettiva”, e non “valutativa” (cfr. *infra*, § 4) – è stata offerta dal radicale contrasto insorto, nella giurisprudenza di legittimità, in relazione al reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero, previsto dall’art. 6 T.U. Imm., dopo le modifiche apportate dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, che ne ha ridotto l’ambito applicativo – secondo l’interpretazione affermata a partire da Sez. un., 24 febbraio 2011, Alacev – alle sole condotte poste in essere dagli stranieri in posizione regolare. Il contrasto ha riguardato, in particolare, la sorte delle sentenze di condanna divenute irrevocabili e pronunciate, nei confronti degli stranieri irregolari, per fatti commessi dopo l’entrata in vigore della novella del 2009 (v. *infra*, § 2).

Si avrà modo di evidenziare, nelle pagine seguenti, la rilevanza anche sistematica da attribuire alla decisione delle Sezioni unite, che va ben oltre l’orizzonte, tutto sommato piuttosto angusto, dell’art. 6 T.U. Imm. Basti accennare, in questa sede introduttiva, al fatto che, da un lato, il fondamento della necessità di revocare le sentenze in questione viene esplicitamente individuato nell’esigenza di salvaguardare l’effettivo rispetto del principio di legalità di cui agli artt. 1 e 2, primo comma, c.p., e 25, secondo comma, Cost., «anche in considerazione dell’elaborazione della Corte EDU sul principio nullum crimen, nulla poena sine lege previsto dal primo comma dell’art. 7 CEDU»⁵.

D’altro lato, va subito posto in evidenza che la decisione delle Sezioni unite – intervenuta in un contesto contrassegnato, come si vedrà tra breve, da divergenze interpretative estremamente marcate, sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. *infra*, § 3) – si segnala anche per la piena ed altrettanto esplicita adesione ai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012 (sulla quale si avrà ampiamente modo di tornare) in ordine alla «*riconciliabilità del fenomeno abrogativo alla sola successione nel tempo di atti normativi*», ed alla conseguente «*esclusione che l’abrogazione di una legge possa essere determinata da un mutamento giurisprudenziale, anche se consacrato da una pronuncia delle Sezioni unite*».

Nonostante tale convergenza di vedute su un punto cardine del nostro ordinamento interno – convergenza indubbiamente significativa, anche alla luce delle sempre più pressanti indicazioni di matrice sovranazionale, volte ad includere nel concetto di “legalità” sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale – l’accostamento sotto altro profilo della decisione qui in esame alla sentenza n. 230 della Consulta evidenzia eloquentemente la particolare complessità del tema, e la difficoltà di coglierne compiutamente tutte le implicazioni.

Si vedrà infatti che la Consulta – nel dichiarare l’infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., sollevata da un giudice dell’esecuzione

⁵ Cfr. pag. 33 della sentenza.

in una fattispecie identica a quella esaminata dalle Sezioni unite – è pervenuta, sia pure incidentalmente, a conclusioni opposte a quelle accolte nella sentenza in commento, avendo escluso che l’istituto della revoca *ex art. 673* possa comunque venire in considerazione, qualora una legge abrogativa della fattispecie incriminatrice sia entrata in vigore prima, e non dopo, la commissione del fatto oggetto del giudizio.

La comprensione negli esatti termini delle divergenze interpretative cui si è accennato, e del percorso argomentativo intrapreso dalle Sezioni unite per superarle, non può peraltro prescindere da un breve richiamo dello “stato dell’arte” relativo al reato di omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero.

2. Il contesto di riferimento: la portata applicativa del reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero.

Il problema dell’esatta individuazione dell’ambito soggettivo di applicazione del reato di cui all’art. 6, terzo comma, T.U. Imm. è stato affrontato in due diverse occasioni dalle Sezioni unite, chiamate una prima volta a ricomporre il contrasto insorto sulla formulazione originaria della norma incriminatrice, stando alla quale veniva punito lo straniero che, senza giustificato motivo, non esibiva “il passaporto o altro documento di identificazione, **ovvero** il permesso o la carta di soggiorno”.

In tale circostanza⁶ si affermò che il reato doveva ritenersi integrato dalla mancata esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione «*da parte del cittadino straniero che si trovi, regolarmente o non, nel territorio dello Stato, a nulla rilevando che egli non ne sia in possesso per non essersene preventivamente munito; mentre non integra né questa, né altra ipotesi di reato, l’omessa esibizione, da parte dello straniero immigrato clandestinamente in Italia, del permesso o della carta di soggiorno ovvero del documento di identificazione per stranieri di cui all’art. 6, comma 9, del citato decreto legislativo, in quanto il possesso di uno di questi ultimi documenti è inconciliabile con la condizione stessa di “straniero clandestino” e, conseguentemente, ne è inesigibile l’esibizione*». In motivazione, venne tra l’altro evidenziato che l’interesse protetto dalla norma andava individuato non già nella verifica della regolarità della presenza dello straniero nel territorio dello Stato, ma nella esigenza di una compiuta e immediata identificazione documentale dell’identità dello straniero presente (regolarmente o non) nel territorio medesimo.

Come già ricordato, l’art. 1, comma 22, lett. h), della l. n. 94 del 2009 ha modificato l’originaria formulazione della norma incriminatrice, punendo l’inottemperanza dello straniero, priva di un giustificato motivo, “all’ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione **e** del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato”. Le incertezze interpretative insorte in giurisprudenza anche sul nuovo testo dell’art. 6, ed in particolare sulla restrizione dell’ambito applicativo della fattispecie ai

⁶ Sez. un., 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 776 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*.

solì stranieri in posizione regolare – negata dalle prime pronunce di legittimità⁷, ma ripetutamente sostenuta dalla giurisprudenza di merito⁸ – determinarono un nuovo intervento delle Sezioni unite, nel 2011, con la già citata sentenza Alacev.

In tale seconda occasione, le Sezioni unite avallarono l'indirizzo sostenuto dalla giurisprudenza di merito, conferendo un dirimente rilievo alla sostituzione della disgiuntiva "ovvero" con la congiunzione "e", che aveva fatto venir meno l'equipollenza tra le due categorie di documenti: con la conseguente necessità – per non incorrere nel reato – di esibire i documenti di identificazione unitamente a quelli attestanti la regolarità del soggiorno. Sulla scorta di tali rilievi di ordine letterale, e della diversità di *ratio* ormai alla base della norma incriminatrice (volta a soddisfare non più solo l'esigenza di identificare compiutamente lo straniero, ma anche quella di immediata verifica della regolarità della sua presenza in Italia), la sentenza Alacev esclude l'applicabilità della nuova fattispecie allo straniero in posizione irregolare, e ricondusse la vicenda nell'alveo «dell'art. 2, comma 2, c.p., per essere intervenuta l'abolitio criminis del reato già previsto dall'art. 6, comma 3, d.lg. n. 286 del 1998 nei confronti dello straniero in posizione irregolare, a seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 1, comma 22, lett. h), l. n. 94 del 2009».

Si vedrà più avanti (cfr. *infra*, § 4.4) che la sentenza oggi in commento ha esplicitamente confermato la fondatezza delle conclusioni raggiunte dalle Sezioni unite nel 2011, e ribadite in modo incontrastato dalle sezioni semplici nel periodo successivo⁹.

È peraltro utile segnalare, si d'ora, che tale approdo interpretativo era stato valutato criticamente in un autorevole contributo dottrinale, secondo cui con l'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009 si sarebbe verificata non già un'abolitio criminis parziale, bensì un fenomeno di *abrogatio sine abolitione*, dal momento che la contravvenzione prevista dal testo originario dell'art. 6 si poneva in rapporto di specialità rispetto al reato di cui agli artt. 294 reg. T.U.L.P.S. e 221 T.U.L.P.S. (relativo all'obbligo gravante su ogni cittadino – italiano o straniero – di esibire la carta di identità o documento equipollente, a richiesta degli ufficiali o agenti di P.S.): sicché l'intervenuta abrogazione della norma speciale quanto agli stranieri irregolari, per effetto della l. n. 94 del 2009, avrebbe determinato una corrispondente "riespansione" della portata applicativa della disposizione generale¹⁰.

Pur non avendo ricevuto, ad oggi, positivi riscontri nella giurisprudenza di legittimità, tale opzione interpretativa – espressamente richiamata anche dalla Corte

⁷ Sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, Calmus, *Ced Cass.*, n. 245555. In senso analogo, cfr. Sez. I, 20 gennaio 2010, n. 6343, Wainan, *inedita*; Sez. I, 30 settembre 2009, n. 37060, Timimouni, *inedita*.

⁸ V. per tutte Trib. Bologna, 19 ottobre 2009, Han Bing, in *Cass. pen.*, 2011, pag. 378.

⁹ In tal senso, tra le altre, v. Sez. IV, 30 novembre 2011, n. 47502, Bki, *Ced Cass.*, n. 251743; Sez. I, 10 giugno 2014, n. 37587, Chen Yiqion, *ivi*, n. 260587.

¹⁰ G.L. GATTA, *Commento a Sez. un.*, 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 11, pag. 1357, con ampi richiami ai principi dettati in materia da Sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, *Ced Cass.*, n. 243585, con riferimento alla necessità di procedere – nell'analisi degli eventuali effetti abrogativi derivanti dall'entrata in vigore di una nuova legge – ad un confronto delle fattispecie legali astratte succedutesi nel tempo.

costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012 – potrebbe assumere un particolare rilievo nell'apprezzamento della complessiva “tenuta” sistematica della soluzione prescelta dalla sentenza oggi in commento quanto alla revocabilità delle sentenze di condanna emesse nei confronti degli stranieri irregolari (cfr. *infra*, § 5).

3. Mutamento giurisprudenziale, abrogazione della norma incriminatrice, revocabilità della sentenza di condanna: un quadro riepilogativo dei divergenti approcci ermeneutici.

Come già accennato, il consolidarsi dei principi affermati dalla sentenza Alacev nel 2011 in ordine all'ambito applicativo dell'art. 6 T.U. Imm., come modificato dalla l. n. 94 del 2009 (applicabilità ai soli stranieri regolari della novellata contravvenzione; *abolitio criminis* limitatamente ai fatti commessi dagli stranieri in posizione irregolare), non ha impedito il sorgere di un contrasto estremamente vivace sulla sorte delle sentenze di condanna pronunciate – proprio come nel caso scrutinato dalle Sezioni unite¹¹ – nei confronti di stranieri in posizione irregolare per fatti di inottemperanza all'ordine di esibire i documenti commessi dopo l'entrata in vigore del nuovo testo della norma incriminatrice.

È superfluo evidenziare le ragioni profonde che sono alla base di tali divergenze interpretative, emerse “parallelamente” sia in giurisprudenza che in dottrina, che si cercherà di analizzare nelle pagine seguenti.

A contendersi il campo vi sono infatti, da un lato, la preoccupazione di scongiurare – attraverso la revoca *ex art. 673 c.p.p.* – le criticità correlate all'esecuzione di una pena per un fatto la cui rilevanza penale era già stata espunta dall'ordinamento, al momento della sua commissione: criticità che chiamano evidentemente e direttamente in causa l'evoluzione interpretativa, già ricordata in premessa e su cui si tornerà in seguito (cfr., *infra*, § 4.3), dalla quale emerge – alla luce dei rilevanti principi affermati a più riprese dalle Sezioni unite sul tema della legalità della pena – una progressiva “cedevolezza” del giudicato, qualora sia messo a repentaglio l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali di una persona condannata con sentenza ormai irrevocabile.

D'altro lato, viene in rilievo il più che consolidato principio secondo cui deve comunque escludersi che, in sede esecutiva, si possa rimediare ad errori di diritto in cui sia incorso il giudice della cognizione, trattandosi di questioni coperte dal giudicato. Non a caso, proprio all'indomani della citata sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, era stato sottolineato il rischio che, applicando in tali casi l'art. 673 c.p.p., si finisca per sostenere che «*in caso di ritenuta violazione dei diritti fondamentali, il*

¹¹ Nella specie Mraidi Adel, straniero in posizione irregolare, era stato condannato dal Tribunale di Bergamo con sentenza del 9 giugno 2010, divenuta irrevocabile il 24 settembre 2010, in relazione (tra l'altro) al reato di inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti, accertato il 28 maggio 2010. La richiesta rivolta dal P.M. al giudice dell'esecuzione, di revocare la sentenza *in parte qua*, era stata rigettata con ordinanza del 4 luglio 2014, avverso la quale la pubblica accusa ha proposto ricorso per cassazione.

giudice comune abbia poteri interpretativi maggiori rispetto a quelli che gli sarebbero consentiti dalle usuali regole ermeneutiche»¹². Estremamente significativo, del resto, è il fatto che, in relazione a problematiche esecutive diverse da quelle riguardanti l'art. 673 c.p.p., il principio per cui il giudice dell'esecuzione non può sostituire – ostandovi l'intangibilità del giudicato – le proprie valutazioni a quelle espresse in sede di cognizione, né quindi rimediare ad errori di diritto non eliminati attraverso i mezzi di impugnazione, è stato ribadito anche da alcune pronunce delle Sezioni unite che pur si inseriscono nella richiamata evoluzione interpretativa¹³.

3.1. Il frastagliato panorama giurisprudenziale.

La complessità del tema è significativamente comprovata dal fatto che, sulla questione controversa, si sono confrontati in giurisprudenza approcci interpretativi radicalmente divergenti anche quanto alla preliminare identificazione del fenomeno giuridico da regolare.

Infatti, prima ancora ed oltre che la possibilità, e gli eventuali limiti, di una revoca per *abolitio criminis* della sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p., il contrasto ha riguardato sia la collocazione sistematica da attribuire ad un *revirement* giurisprudenziale sancito dalle Sezioni unite, sia anche l'effettiva riconducibilità della fattispecie, già in astratto, tra quelle in cui devono trovare applicazione le norme in tema di successione di leggi nel tempo.

Si vedrà in particolare che tale riconducibilità viene senz'altro esclusa da chi ritiene che, se il fatto giudicato è stato commesso dopo l'entrata in vigore della legge abrogativa, si può e si deve parlare non già di successione di leggi, ma solo di una successione di diverse interpretazioni della medesima legge (quella in vigore al momento del fatto), qualora – come nella specie: la nuova formulazione dell'art. 6 risale al 2009, il fatto contestato è stato commesso nel 2010, la sentenza Alacev è stata emessa nel 2011 – l'effetto abrogativo venga affermato dalla giurisprudenza a distanza di tempo dall'entrata in vigore della legge medesima.

¹² T.E. EPIDENDIO, *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale «in bonam partem» e giudicato*, in *questa Rivista*, 14 dicembre 2012, pag. 3.

¹³ Rinviano a quanto più diffusamente verrà illustrato *infra*, § 4.3, basti qui richiamare, da un lato, [Sez.un., 27 novembre 2014 n. 6240/2015, Basile](#), in *questa Rivista*, 8 marzo 2015, che avrà un centrale rilievo anche nel percorso argomentativo della sentenza qui in esame; dall'altro, viene in rilievo Sez. un., 23 aprile 2015 n. 37345, Longo, *Ced Cass.*, n. 264381, che, in tema di revoca della sospensione condizionale concessa nonostante la presenza di cause ostative, ha escluso l'applicabilità dell'art. 674, comma 1-bis, c.p.p. qualora tali cause risultino «documentalmente al giudice dell'esecuzione»: e ciò proprio in quanto «all'errore di diritto, risultante *ex actis*, in cui incorra il giudice nella applicazione della sospensione condizionale della esecuzione della pena deve porsi riparo (solo e) mediante l'impugnazione, senza possibilità di recupero in executivis». È peraltro opportuno qui richiamare anche il più risalente ma diverso orientamento espresso da Sez. un., 31 gennaio 2008 n. 7495, *Ced Cass.*, n. 238426, secondo cui «in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, laddove il giudice abbia ommesso di condannare l'imputato alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile, può farsi ricorso alla procedura di correzione dell'errore materiale, sempre che non emergano specifiche circostanze idonee a giustificare l'esercizio della facoltà di compensazione, totale o parziale, delle stesse».

3.1.1. La tesi dell'inapplicabilità dell'art. 673 c.p.p. nell'ipotesi di abrogazione "derivante" dal mutamento giurisprudenziale.

In diverse occasioni anche recenti, la Suprema corte ha radicalmente escluso la possibilità di revocare le sentenze in questione, osservando che 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 giurisprudenziale che non può costituire ius superveniens anche a seguito di pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*»¹⁴.

A sostegno di tale assunto – fatto proprio, tra l'altro, nella motivazione del provvedimento di rigetto emesso dal giudice dell'esecuzione nel caso di specie – è stato richiamato il conforme insegnamento già espresso dalla Suprema corte a proposito di altre fattispecie di reato, secondo cui un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevolmente sancito dalle Sezioni unite, «*non ha la stessa efficacia delle ipotesi previste dall'art. 673 c.p.p., non fosse altro per il difetto di una vincolatività della decisione rispetto a quelle dei giudici chiamati ad occuparsi di analoghe fattispecie. L'interpretazione di una norma, cioè, ai fini che qui rilevano, non ne comporta l'abrogazione per scelta legislativa o l'eliminazione per contrasto coi principii della Carta fondamentale*». In tale prospettiva, evidentemente, «*il sopraggiungere del giudicato penale preclude ogni possibile revoca della sentenza di condanna, essendo inesistente l'effetto 'depenalizzante' che nel ricorso si attribuisce al pronunciamento della massima istanza di legittimità*»¹⁵.

Tale ottica ricostruttiva è stata accolta, in relazione all'art. 6 T.U. Imm., in relazione sia a fatti commessi prima della novella (ma giudicati dopo), sia a fatti successivi¹⁶: e proprio con riferimento all'avvenuta riformulazione della norma incriminatrice, si è posto in evidenza che l'eventuale errore interpretativo commesso in sede di cognizione può essere rimosso solo attraverso l'impugnazione della sentenza, dovendo escludersi un intervento in sede esecutiva ai sensi dell'art. 673 c.p.p., «*in quanto detto istituto si applica solo se l'abrogazione della norma incriminatrice (o la dichiarazione di incostituzionalità della stessa) interviene dopo la decisione del giudice*»¹⁷.

¹⁴ Sez. I, 4 luglio 2014 n. 34154, Torpano, *inedita*; Sez. I, 4 luglio 2014 n. 34153, Angelo Gomes, *inedita*.

¹⁵ Sez. I, 21 gennaio 2013 n. 13411, Arpaia, *Ced Cass.*, n. 255364, emessa in tema di rapporti tra l'art. 334 c.p. e l'art. 213 c.d.s., questione su cui erano intervenute le Sezioni unite con sentenza del 28 ottobre 2010 n. 1963/2011, Di Lorenzo, *ivi*, n. 248721. In senso analogo, Sez. VI, 13 luglio 2006 n. 27858, La Cara, *ivi*, n. 234978, e Sez. I, 11 luglio 2006 n. 27121, Aliseo, *ivi*, n. 235265, in tema di rilevanza penale dell'acquisto di supporti audio non in regola con le norme del diritto d'autore, nella vigenza dell'art. 16 l. 240 del 2000: rilevanza che era stata esclusa dalle Sezioni unite con sentenza 20 dicembre 2005 n. 47164, Marino, *ivi*, n. 232302.

¹⁶ Sez. I, 25 settembre 2013 n. 42594, Mlaouhi, *inedita*.

¹⁷ Sez. I, n. 34154 del 2014, Torpano, *cit*.

3.1.2. La tesi della revocabilità ex art. 673 c.p.p. dopo un revirement delle Sezioni unite: le aperture della giurisprudenza di merito...

Pur ponendo anch'esse al centro dell'analisi il mutamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza Alacev, più che la modifica dell'art. 6 T.U. Imm., alcune pronunce adottate dai giudici di merito, in sede di esecuzione, hanno raggiunto conclusioni diametralmente opposte a quelle dell'indirizzo appena richiamato: si è infatti ritenuto – sulla base di percorsi interpretativi diversi, ma accomunati dall'intento di recepire compiutamente le indicazioni di sistema ricavabili anche da fonti sovranazionali – che anche ad un siffatto *revirement* dovesse conferirsi rilievo (non diversamente che per un'*abolitio criminis* o una declaratoria di illegittimità costituzionale) ai fini della revoca delle condanne definitive pronunciate prima dell'intervento delle Sezioni unite.

Va richiamata, anzitutto, un'ordinanza del Tribunale di Torino¹⁸ che aveva ritenuto di poter senz'altro estendere la portata applicativa dell'art. 673 c.p.p. anche alle sentenze emesse prima del mutamento giurisprudenziale sancito dalla sentenza Alacev, in quanto «*interventi interpretativi con effetto sostanzialmente abolitivo della fattispecie (come quello in esame) che si traducano in un rovesciamento del diritto vivente, non possono essere considerati non incidenti sui parametri di legalità cui si sono conformati i giudicati pregressi, 'formatisi' nel rispetto di principi di diritto vivente 'aboliti' dall'intervento delle Sezioni Unite*». A tale risultato, il tribunale era pervenuto valorizzando il percorso argomentativo di un altro importante arresto del Supremo consesso in tema di applicazione dell'indulto¹⁹, secondo il quale – in un'ottica volta a garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della CEDU, il cui art. 7, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale – il mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni unite consente di superare la preclusione a riproporre in sede esecutiva, ex art. 666, secondo comma, c.p.p., un'istanza di applicazione del beneficio. La netta distinzione che tale pronuncia aveva tracciato tra il mero superamento di tale preclusione (unico oggetto di quella pronuncia), e la rimozione del "giudicato cognitivo", andava per il tribunale di Torino superata, in quanto «*il principio nulla poena sine lege, nel bilanciamento con l'interesse alla stabilità dei rapporti tutelato dal giudicato ha una valenza prevalente evidenziata dalla possibilità di revoca delle condanne per abolitio criminis*». In tale prospettiva, ed attraverso ampi richiami a decisioni della Corte di Giustizia e della Corte EDU, nonché alla sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, il Tribunale aveva concluso nel senso che «*dalla giurisprudenza delle alte Corti (nazionali ed europee) emerge una inedita*

¹⁸ Trib. Torino, 30 gennaio 2012, Amechi, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, con nota di A. BALSAMO – S. DE FLAMMINEIS, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, e in *questa Rivista*, 19 ottobre 2012, con nota di F. VIGANÒ, [Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?](#)

¹⁹ Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Guida dir.*, 2010, n. 27, pag. 70 ss., con nota di A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente" e impone di rivalutare la posizione del condannato*.

‘cedevolezza’ dei giudicati, con un percepibile ridimensionamento delle aspettative di stabilità, nella misura in cui il giudicato risulta esposto a rivisitazioni «in revisione» successive all’accertamento della lesione di diritti fondamentali da parte della Corte EDU».

Lo stesso tribunale di Torino, in diversa composizione, aveva peraltro già valorizzato il *revirement* della sentenza Alacev con un percorso argomentativo totalmente diverso²⁰.

Investito di un’istanza di revoca di una condanna pronunciata per fatto commesso dopo l’entrata in vigore del nuovo testo dell’art. 6 T.U. Imm., il Tribunale aveva osservato che proprio tale aspetto rendeva la vicenda «*non perfettamente riconducibile al fenomeno dell’abolitio criminis*»: sicché non si era «*di fronte ad un fenomeno di successione nel tempo di leggi (intese come fonti formali), bensì ad un fenomeno di successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali di una determinata fonte formale*». Il Tribunale aveva rilevato altresì che tale ipotesi non era contemplata dall’art. 673 c.p.p., escludendo peraltro – ed in ciò discostandosi dall’altra ordinanza torinese – che la portata applicativa di tale articolo potesse essere estesa in via analogica, per il carattere eccezionale attribuito, nel sistema, agli interventi del giudice dell’esecuzione. E proprio tale esclusione del mutamento di giurisprudenza dal novero delle cause di revoca delle sentenze definitive, contenuto nell’art. 673, aveva indotto il Tribunale a sollevare una questione di legittimità costituzionale del predetto articolo, in relazione agli artt. 3, 13, 25, 27 terzo comma, e 117 Cost. (con riferimento all’art. 7 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo).

3.1.3. (Segue):...e la “duplice chiusura” della Corte costituzionale.

Con una sentenza qui già molte volte citata, e posta al centro di un vivacissimo dibattito dottrinale²¹ sulle importanti puntualizzazioni di ordine sistematico svolte in motivazione, la Consulta ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torino.

²⁰ Trib. Torino, 27 giugno 2011, Diop, in questa Rivista, 26 luglio 2011.

²¹ La sentenza n. 230 del 2012 è stata commentata, tra gli altri, da V. NAPOLEONI, [Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di \(supposto\) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo](#), in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 3-4, pag. 164 ss.; G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della lex mitior in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2012, n. 5, pag. 3795 ss.; V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, *ivi*, pag. 3474; O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, *ivi*, pag. 3464; G. DI CHIARA, *Irrevocabilità del giudicato e mutamento di giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1, pag. 29 ss.; A. MANGIARACINA, *Quale sorte per il giudicato nazionale a fronte di un revirement giurisprudenziale delle Sezioni unite?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 9, pag. 1098 ss.; A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei sui rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.giurcost.it, 26 ottobre 2012; T. EPIDENDIO, *Brevi impressioni e spunti a margine*, *cit.*

Non è ovviamente possibile, in questa sede, ripercorrere nel dettaglio le linee argomentative tracciate dalla sentenza n. 230, a sostegno della declaratoria di infondatezza: ci si limiterà quindi a richiamarne i profili più direttamente incidenti sulla motivazione adottata dalle Sezioni unite nella sentenza qui commentata.

Interessa anzitutto segnalare, ed anzi porre nel massimo rilievo, il fatto che la Corte costituzionale ha preliminarmente ma chiaramente escluso che, nella fattispecie concreta all'esame del giudice *a quo* (del tutto sovrapponibile a quella concernente il Mraidì), potesse farsi applicazione – facendo leva sulla modifica normativa intervenuta nel 2009 – della revoca *ex art. 673 c.p.p.*

L'Avvocatura dello Stato aveva invero formulato, a tale specifico riguardo, un'eccezione di inammissibilità della questione, ritenuta irrilevante per la configurabilità, nella specie, di una *abolitio criminis* conseguente ad una successione di leggi nel tempo, e quindi di un'ipotesi già compresa nella portata applicativa dell'art. 673. Tale eccezione è stata peraltro rigettata dalla Consulta, che ha attribuito rilievo dirimente al fatto che la condotta di inottemperanza all'ordine di esibire i documenti era stata posta in essere, dallo straniero in posizione irregolare, quando già era in vigore il nuovo testo dell'art. 6 T.U. Imm.: dovendo quindi escludersi *«che la successione tra il vecchio e il nuovo testo di detta norma possa venire in considerazione, come fenomeno atto a rendere operante il precetto dell'art. 2, secondo comma, c.p., al quale la disposizione processuale dell'art. 673 è, per questo verso, correlata ('nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore' – s'intende, alla commissione di tale fatto – 'non costituisce reato e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali')»*.

In altri termini, ad avviso della Consulta, l'unico problema interpretativo, per il giudice *a quo*, riguardava l'applicabilità o meno agli stranieri irregolari del novellato art. 6, *«a prescindere da quale fosse il regime operante anteriormente alla novella del 2009. Ne consegue che non può ritenersi implausibile l'assunto sulla cui base il giudice a quo reputa rilevante la questione sollevata: ossia che la richiesta di revoca sottoposta al suo vaglio si basa sulla successione nel tempo, non già di leggi, ma di diverse interpretazioni giurisprudenziali della medesima norma di legge»*.

La Corte ha quindi ritenuto ammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673, sollevata dal giudice torinese per la mancata inclusione, tra le cause di revoca della sentenza definitiva, del mutamento giurisprudenziale favorevole intervenuto con decisione delle Sezioni unite: questione di cui peraltro ha poi dichiarato l'infondatezza sotto tutti i profili denunciati, con un percorso argomentativo ampiamente riportato dalla sentenza qui in commento.

Nel rinviare a quest'ultima per ogni ulteriore aspetto, preme qui evidenziare, da un lato, le ragioni alla base della dichiarazione di infondatezza della questione formulata *ex art. 3 Cost.*, sotto il profilo della ragionevolezza. La Consulta ha posto in rilievo le connotazioni solo *«tendenziali»* della funzione nomofilattica attribuita all'interpretazione della Suprema corte: connotazioni basate su un'efficacia *«non cogente, ma di tipo essenzialmente «persuasivo»*. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione;

mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è di fatto accaduto».

D'altro lato, il dubbio di costituzionalità formulato per l'asserita violazione del principio di tendenziale retroattività della *lex mitior* è stato disatteso dalla Consulta, che ha conferito rilievo «assorbente» al fatto che detto principio «*attiene – anche in base alla relativa disciplina codicistica (art. 2, secondo e terzo e quarto comma, c.p.) alla sola successione di 'leggi'*»: dovrebbe quindi dimostrarsi, per giungere alla richiesta equiparazione, che «*la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa*». L'accoglibilità di tale ricostruzione è stata tuttavia esclusa dalla Corte costituzionale, ostandovi non soltanto la non vincolatività di un orientamento giurisprudenziale (anche se sancito dalle Sezioni unite), ma «*anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.), che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge*». Né per la Consulta potrebbe argomentarsi, in senso contrario, valorizzando il fatto che – come accaduto nella specie – «*la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una abolitio criminis. Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (eius abrogare cuius est condere)*».

In buona sostanza, la Corte costituzionale ha assunto una posizione di “duplice chiusura” ad ogni ipotesi di revoca delle sentenze definitive di condanna a carico di stranieri irregolari per fatti commessi dopo la novella del 2009: da un lato, infatti, ha in via preliminare escluso la sussistenza di un fenomeno di successione di leggi riconducibile alla portata applicativa dell'art. 2 c.p. (e quindi dell'art. 673 c.p.p.), ritenendo invece configurabile solo una successione di diverse interpretazioni giurisprudenziali della medesima disposizione (il novellato art. 6 T.U. Imm.). D'altro lato, la Consulta ha escluso anche – per le ragioni appena richiamate, poste al centro di un importante dibattito in seno alla dottrina costituzionalistica e processualpenalistica – che tale mutamento interpretativo, pur se sancito dalle Sezioni unite della Suprema corte, possa nel sistema essere equiparato ad un atto di produzione normativa con effetti abrogativi.

Tale percorso argomentativo è stato espressamente condiviso da alcune successive pronunce di legittimità, secondo cui la condanna per fatto successivo alla novella costituisce un'errata applicazione, da parte del giudice della cognizione, di una norma preesistente al fatto da giudicare: vicenda che «*integra un errore di giudizio rimediabile con gli ordinari mezzi di impugnazione, nella specie non esperiti, ma esula dai casi per cui è ammessa la revoca della sentenza per abolizione del reato a norma dell'art. 673 c.p.p.*». Nel fissare tale principio, si è appunto fatto esplicito riferimento alla sentenza n. 230, nella parte in cui ha limitato il perimetro applicativo dell'art. 673 ai soli «*casi in cui la fattispecie incriminatrice, in relazione alla quale è stata emessa la pronuncia divenuta*

irrevocabile, venga espunta dall'ordinamento giuridico per sopravvenuta abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale»²².

3.1.4. La tesi della incondizionata revocabilità ex art. 673 delle condanne definitive in caso di abrogazione (per via legislativa) della norma incriminatrice.

Prima dell'intervento delle Sezioni unite con la sentenza Mraidì, si era peraltro affermato anche un altro indirizzo interpretativo – ampiamente manifestatosi nella giurisprudenza di legittimità sia prima che dopo la sentenza n. 230 della Corte costituzionale – in evidente, radicale contrasto con quelli fin qui esaminati.

Si tratta infatti di un orientamento che ha sostenuto la revocabilità, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., delle sentenze definitive di condanna emesse in situazioni analoghe a quella riguardante il Mraidì, ponendosi peraltro in un'ottica ricostruttiva del tutto diversa da quella sostenuta dal Tribunale di Torino e totalmente disattesa dalla Corte costituzionale (cfr. *supra*, §§ 3.1.2 e 3.1.3). In particolare, questo indirizzo non ha ricollegato l'applicabilità dell'art. 673 al mero sopravvenire di un mutamento giurisprudenziale favorevole (mutamento che il Tribunale di Torino, nelle due ordinanze richiamate, aveva ritenuto equiparabile – rispettivamente in via diretta, o attraverso una sentenza additiva della Consulta – alle ipotesi di revoca codificate), ma piuttosto al fatto che in relazione al reato di cui all'art. 6 T.U. Imm., con l'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009, si era effettivamente verificata *un'abolitio criminis* (parziale) per via legislativa, di cui doveva tenersi conto anche in sede di esecuzione.

A ben guardare, quindi, l'orientamento in questione si è posto in un'ottica del tutto omogenea a quella della Corte costituzionale quanto al “punto di partenza”, ovvero all'affermazione per cui la revoca ex art. 673 non può che conseguire ad *un'abolitio criminis* per via legislativa; tuttavia, a differenza della Consulta, tale indirizzo ha ritenuto di poter valorizzare – ai fini della revoca di una sentenza irrevocabile di condanna – anche la successione di leggi (con effetto abrogativo) verificatasi prima della commissione del fatto giudicato.

È stata così ad es. annullata un'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca, emessa in sede esecutiva e motivata osservando che il reato di omessa esibizione di

²² Sez. I, 22 maggio 2013, n. 40296, Mbaye. Da segnalare anche Sez. I, 26 novembre 2013, n. 11130/2014, Ebosele, *inedita*, che ha anzitutto ritenuto legittima la revoca della condanna per un fatto anteriore alla novella, richiamando il consolidato indirizzo secondo cui il secondo comma dell'art. 2 c.p. «*deve trovare applicazione non solo in caso di abrogazione espressa della norma incriminatrice, ma anche in quelli dell'abrogazione tacita per effetto di un fenomeno di successione di leggi nel tempo, in questo caso desumibile dall'incompatibilità delle nuove disposizioni con quelle precedenti*». In tale prospettiva, il Collegio ha escluso che indicazioni contrarie potessero essere tratte dai principi affermati dalla sentenza n. 230, concernente una condanna per fatto successivo alla novella: «*tale situazione era però frutto di un errore di giudizio, cui avrebbe dovuto porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione, nel caso inutilmente esperiti, non già con il ricorso alla revoca della sentenza in difetto dei suoi specifici presupposti. Il caso differisce da quello in esame, nel quale la pronuncia revocata era stata emessa in perfetta aderenza al parametro normativo allora vigente, venuto successivamente meno per effetto della sua modifica da parte di una legge successiva, che ha dato luogo alla sua parziale abrogazione*».

documenti era ancora in vigore, e che una diversa interpretazione delle Sezioni unite non costituiva elemento legittimante la revoca della sentenza di condanna. In particolare, la Corte di cassazione ha osservato che il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto verificare il mutato quadro normativo al fine di appurare «*se, in rapporto alle modifiche intervenute, il fatto come accertato dal giudice di merito rientrasse nell'ambito dell'abolitio criminis, o se la nuova normativa avesse introdotto elementi già oggetto di contestazione al condannato e di accertamento. L'errore fondamentale di detta ordinanza risiede, soprattutto, nell'omesso rilievo del fondamento della formulata richiesta di revoca parziale della sentenza di condanna, rappresentato dalla intervenuta abrogazione della norma incriminatrice del reato di cui al capo B), conseguente non implicitamente a un mutamento di indirizzo giurisprudenziale espresso dalle sezioni unite di questa Corte, ma esplicitamente alla modifica dell'art. 6, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recata dall'art. 1, comma 22, lett. h), legge 15 luglio 2009, n. 94*»²³.

In un'altra occasione²⁴, in cui era stata invece impugnata un'ordinanza di accoglimento dell'istanza di revoca, la Corte di cassazione ha esplicitamente disatteso la tesi secondo cui la condanna irrevocabile sarebbe stata causata da un'errata valutazione delle norme di legge, da un *error in iudicando* emendabile solo con i mezzi di impugnazione (nella specie non esperiti) con conseguente copertura della vicenda dal giudicato. In particolare, si è osservato che l'art. 673 c.p.p. era stato correttamente applicato a seguito dell'abrogazione per via legislativa della norma incriminatrice, non assumendo alcun rilievo il fatto che la sentenza Alacev fosse stata emessa solo successivamente: e ciò in quanto tale intervento si era limitato a dare atto dell'intervenuta *abolitio criminis*.

In termini ancora più netti, si è poi affermato che l'art. 673 «*non distingue il tempo dell'avvenuta abrogazione legislativa, né se la sentenza di condanna per una condotta di reato non più considerata di rilevanza penale sia intervenuta prima o dopo l'abrogazione stessa, dappoiché ritenuta di superiore interesse per l'ordinamento la regola secondo cui nessuno può essere condannato per un reato non contemplato dall'ordinamento. Se ciò accade, come nel caso in esame, anche se formatosi un giudicato contrario successivamente al tempo dell'intervenuta abrogazione, l'ordinamento ha provveduto alla predisposizione del rimedio dell'incidente di esecuzione di cui all'art. 673 c.p.p.*»²⁵.

Come già accennato, la tesi della incondizionata revocabilità delle condanne definitive degli stranieri irregolari per fatti "post novella" è stata sostenuta in giurisprudenza anche in epoca successiva all'intervento della Consulta. Si è infatti

²³ Sez. I, 11 gennaio 2012 n. 25040, Eddamir, *inedita*.

²⁴ Sez. I, 21 dicembre 2011 n. 545/2012, Bahoujabour, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pag. 304, con nota di S. CORBETTA, *Omessa esibizione di documenti di identità*.

²⁵ Sez. I, 2 febbraio 2012, n. 6539, Jabir, *inedita*; negli stessi termini, v. anche Sez. I, 6 dicembre 2011 n. 1000/2012, Bolla Diopé, *inedita*. V. anche – tutte inedite – Sez. I, 9 febbraio 2012 n. 35851, El Hajjaj; Sez. I, 3 aprile 2012 n. 15168, Thiam; Sez. I, 13 marzo 2012 n. 12237, Soigahi; Sez. I, 9 marzo 2012 n. 11505, Eze Ike. Quest'ultima decisione ha sottolineato la necessità di non confondere «*la norma incriminatrice (tacitamente) abrogata per effetto della rimodulazione della fattispecie tipizzata, operata dalla succitata novella, col testo legislativo che contiene la disposizione tuttora vigente e che, ovviamente, conserva 'residuo margine di operatività'*».

affermato, per un verso, che la disposizione dell'art. 673 «*va applicata indipendentemente dal tempo della sentenza di condanna, se emessa prima o dopo l'abrogazione stessa, poiché esprime l'interesse superiore dell'ordinamento a che nessuno risulti condannato per un reato non (più) previsto come tale dalla legge e, quindi, anche nel caso di giudicato formatosi successivamente al tempo dell'intervenuta abrogazione*»; per altro verso, la stessa pronuncia ha inteso sottolineare che la sentenza deve essere revocata «*per abolizione del reato, e non per mero mutamento giurisprudenziale*»²⁶.

3.2. Le "parallele" divergenze dottrinali.

La vivacissima contrapposizione registratasi in giurisprudenza ha trovato un pieno riscontro nel dibattito dottrinale, sviluppatosi sia con specifico riferimento alla sentenza Alacev, sia soprattutto a seguito dell'intervento della Corte costituzionale: le posizioni di netta chiusura manifestate dalla sentenza n. 230 all'applicazione dell'art. 673 – per la ritenuta irrilevanza sia del mutamento giurisprudenziale in sé considerato, sia dell'abrogazione parziale del 2009, perché precedente al fatto giudicato (cfr. *supra*, § 3.1.3) – sono state infatti oggetto di valutazioni nettamente divergenti.

3.2.1. La tesi dell'assoluta intangibilità del giudicato.

Un primo indirizzo, manifestatosi ben prima dell'insorgere della questione relativa all'art. 6 T.U. Imm., ha invero attribuito alla "posteriorità" della legge abrogatrice la natura di vero e proprio presupposto per l'operatività dell'art. 673 c.p.p., essendo il giudice dell'esecuzione vincolato alle valutazioni operate in sede di cognizione, e quindi impossibilitato a porre rimedio ad un errore di diritto quale l'omessa rilevazione della già intervenuta *abolitio*. In altri termini, secondo tale orientamento, una declaratoria in tal senso in sede esecutiva risulterebbe radicalmente preclusa dalla intangibilità del giudicato, sia nel caso in cui il giudice della cognizione abbia espressamente escluso che si sia verificata un'*abolitio criminis*, sia nell'ipotesi in cui lo abbia fatto implicitamente, sia anche in quella in cui egli non si sia affatto pronunciato al riguardo²⁷.

È evidente la piena consonanza di vedute con i principi affermati dalla Consulta: l'insussistenza di una "legge posteriore" preclude l'applicazione dell'art. 2, secondo comma, c.p., «*al quale la disposizione processuale dell'art. 673 c.p.p. è, per questo verso, correlata*» (cfr. *supra*, § 3.1.3)²⁸. Muovendo appunto dal presupposto per cui l'art.

²⁶ Sez. I, 2 dicembre 2014 n. 1611/2015, Santiago Peralta, *Ced Cass.*, n. 261984. In senso analogo, cfr. Sez. I, 29 gennaio 2014 n. 12982, Jankovic; Sez. I, 29 gennaio 2014 n. 16738, Abdorhmn; Sez. I, 15 luglio 2013 n. 37976, Guerez, tutte inedite. V. anche Sez. I, 15 gennaio 2014 n. 13621, P.M. in proc. Chen, *inedita*.

²⁷ D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè 2009, pag. 197.

²⁸ Come si ricorderà, è stata proprio la ritenuta inapplicabilità dell'art. 673 (sull'assunto della non configurabilità di un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo) a far ritenere ammissibile – ma

673 dà rilievo «*soltanto a fatti successivi*» di abrogazione o di declaratoria di illegittimità costituzionale, si è anzi ulteriormente precisato che «*l'attenzione che si vorrebbe riporre sulle esigenze di giustizia, valutando anche in tali 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"*»²⁹.

In una prospettiva analoga, dopo l'intervento della Corte costituzionale, si è altresì osservato – nel valutare criticamente una pronuncia favorevole ad una incondizionata applicazione dell'art. 673 – che tale indirizzo appariva basato «*più su ragioni equitative che non su saldi argomenti logico-giuridici*», ragioni volte ad evitare il paradosso della revocabilità, da un lato, delle condanne per i fatti anteriori alla novella, e la non revocabilità, dall'altro, delle condanne successive alla novella ma anteriori alla sentenza Alacev delle Sezioni unite: «*resta tuttavia il fatto – incontestabile – che, in questa seconda ipotesi, non vi è alcuna successione di leggi posteriore alla condotta della cui rilevanza penale si discute, la quale valga a rendere operante il dettato dell'art. 2, comma 2, c.p.*»³⁰.

3.2.2. La tesi della incondizionata revocabilità delle condanne per fatti già privi di rilevanza penale al momento della commissione.

In un'ottica interpretativa diametralmente opposta, si è invece affermato – ben prima, anche in questo caso, dei contrasti sull'art. 6 T.U. Imm. – che il giudice dell'esecuzione deve poter sempre verificare se sia intervenuta una *abolitio criminis* non rilevata in sede di cognizione, valorizzando il fatto che nell'art. 673 non è prevista alcuna limitazione dei poteri di valutazione e di accertamento conferiti al giudice dell'esecuzione, a differenza di quanto accade in tema di concorso formale e reato continuato (art. 671 c.p.p.) e di falsità di documenti (art. 675)³¹. Nella medesima prospettiva, sono state autorevolmente poste in rilievo le differenze di assetto rispetto alla situazione precedente l'entrata in vigore del codice Vassalli, osservando che il riferimento all'abrogazione contenuto nell'art. 673 «*sottintende che sia una rivoluzione normativa posteriore al giudicato: e illo tempore appariva escluso ogni rilievo in executivis dell'evento abrogante anteriore alla decisione (art. 2² c.p.); il giudicato inghiotte gli errores in iudicando. Nel nuovo sistema gli assiomi de re iudicata sono alquanto fluidi: diventa*

infondata – la questione di legittimità costituzionale con cui il Tribunale di Torino aveva sollecitato una sentenza additiva, volta ad implementare la portata applicativa del predetto articolo.

²⁹ Così G. SANTALUCIA, *Osservazioni a Sez. un.*, 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, in *Cass. pen.*, pag. 2884, con espresso richiamo adesivo a D. VIGONI, *op. cit.*, pag. 198.

³⁰ V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza, cit.*, pag. 168, nota 17.

³¹ A.A. SAMMARCO, *Le altre competenze funzionali del giudice dell'esecuzione*, in *Trattato di procedura penale a cura di G. SPANGHER*, vol. VI *Esecuzione e rapporti con autorità straniera* (a cura di L. KALB), Torino 2009, pag. 232.

differenza marginale che quegli eventi cadano prima o dopo; o almeno, tale conclusione appare conforme alla direttiva spregiudicatamente flessibile seguita dal codice»³².

Più di recente, sia il rapporto tra i fenomeni abrogativi e l'ambito di applicazione dell'art. 673 c.p.p., sia l'incidenza su tale rapporto dei mutamenti di giurisprudenza, sono stati oggetto di ulteriori analisi ed approfondimenti.

In particolare, si è posto in evidenza che il presupposto per la revoca ex art. 673 è costituito dalla *«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»³³*: sicché, laddove una modifica legislativa sia effettivamente intervenuta, determinando un fenomeno abrogativo espresso o tacito (non potendo invece rilevare, a tal fine, un mero mutamento giurisprudenziale di un testo rimasto inalterato), l'art. 673 risulterà 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»³⁴.*

In buona sostanza, secondo tale opinione, risulta decisivo distinguere tra i mutamenti giurisprudenziali verificatisi *«a testo legislativo inalterato»*, e quelli che intervengono a modificare un precedente indirizzo, formatosi a seguito di un'espressa innovazione legislativa. Nel primo caso, si è dinanzi ad una semplice successione nel tempo di divergenti interpretazioni di un determinato (ed immutato) testo legislativo, che *«non può comportare una abolitio criminis, ma vale solo per il caso da decidere e come 'precedente' giurisprudenziale persuasivo ed autorevole»³⁵*: in tale ipotesi, non vi è spazio per una revoca ex art. 673 della sentenza di condanna pronunciata sulla scorta del precedente orientamento, ostandovi il principio di separazione dei poteri di cui all'art. 101, secondo comma, Cost. Nel secondo caso, invece, in cui si verifica un ripensamento rispetto alla precedente esegesi della novella, ritenuta non corretta, *«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»³⁶.*

Nella prospettiva qui richiamata, evidentemente, sono state valutate con favore le decisioni della Suprema corte che hanno incondizionatamente ammesso la revoca delle condanne pronunciate nei confronti degli stranieri irregolari per fatti commessi dopo la novella del 2009 (cfr. *supra*, § 3.1.4).

³² F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, pag. 1259.

³³ M. GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2013, pag. 245.

³⁴ M. GAMBARDILLA, *ibidem*.

³⁵ L'Autore indica, a titolo esemplificativo, l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in tema di atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.).

³⁶ M. GAMBARDILLA, *Lex mitior, cit.*, pag. 250.

Si è in particolare affermato, per un verso, che se tale novella ha determinato *abolitio* per le condotte degli stranieri irregolari, deve riconoscersi che le sentenze di condanna per fatti successivi, pronunciate contro questi ultimi, «sono frutto di errori: sono condanne sbagliate, pronunciate in violazione della legge e del principio di legalità: 'nessuno può essere punito per un fatto che non sia preveduto dalla legge come reato' (artt. 1 c.p. e 25, comma 2 Cost.)»³⁷. Per altro verso, tali conclusioni non potrebbero essere vanificate argomentando dalla intangibilità del giudicato, che di norma copre anche l'erronea applicazione della legge penale, in quanto «il sistema non può tollerare che un individuo subisca una pena per un fatto che, allorché fu commesso, non costituiva (più) reato».

Il rimedio a tale criticità deve essere rinvenuto, in tale ottica ricostruttiva, ricorrendo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 673, tra l'altro non impedita dal dato letterale che, a differenza dell'art. 2 c.p., fa riferimento generico alla abrogazione della norma incriminatrice, e non alla sopravvenienza di una legge posteriore abrogativa. Si evita così la violazione dei «principi di uguaglianza/ragionevolezza (subirebbe la pena, per il medesimo fatto, chi l'ha commesso quando non costituiva più reato, mentre andrebbe esente da pena, potendo ottenere la revoca della condanna, chi l'ha commesso allorché costituiva reato); legalità (si punirebbe chi ha commesso un fatto non previsto dalla legge come reato); finalità rieducativa della pena (la pena inflitta per un fatto penalmente lecito è priva di ogni giustificazione e percepita come ingiusta dal condannato, rispetto al quale la rieducazione è impraticabile e priva di significato)»³⁸.

3.2.3. La tesi "intermedia": revocabilità delle sole sentenze in cui non sia stata esaminata la questione dell'abolitio. Rilievi critici.

Tra le due prospettive in radicale antitesi, richiamate nelle pagine precedenti, si è fatta autorevolmente strada in dottrina anche una terza via interpretativa, che focalizza l'attenzione sulle modalità e sulle ragioni del mancato rilevamento dell'*abolitio criminis* in sede di cognizione: ammettendo solo per talune ipotesi di errore la possibilità di "rimediare" in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

In particolare, è stata posta in rilievo la complessità del tema, che «evoca principi tra loro antitetici. Da un lato, infatti, l'intangibilità del giudicato dovrebbe indurre a ritenere ormai preclusa la declaratoria dell'effetto abrogativo; dall'altro, però, non può ignorarsi il deficit di potere punitivo che vizia la sentenza di condanna». Queste premesse impongono, secondo tale opinione, di risolvere la questione della revocabilità delle sentenze a seconda dei casi: «la tesi negativa s'impone ove l'ipotesi dell'abolitio sia stata valutata ma poi esclusa dal giudice della cognizione: si ammetterebbe, infatti, il potere di sindacare, nella fase esecutiva, questioni di merito già coperte dal formarsi della res iudicata. Ma, al di là di tale evenienza, deve ritenersi consentito l'intervento "riparatore": se il fatto era già descritto in

³⁷ G.L. GATTA, *Mutamento di giurisprudenza e revoca del giudicato: a proposito dell'art. 6 comma 3 T.U. imm.*, in *Corr. merito*, 2013, 3, pag. 306.

³⁸ G.L. GATTA, *ibidem*.

termini tali da ricadere nell'area del penalmente lecito e la causa di proscioglimento è sfuggita al giudice, l'art. 673 c.p.p. offre il rimedio necessario a sanare l'illegalità della sanzione irrogata»³⁹. Il fondamento di tali conclusioni era già in precedenza stato chiarito ponendo in evidenza che, con l'emissione di una sentenza di condanna dopo l'entrata in vigore della legge abrogativa, si è «ben al di là di un mero error in iudicando, dal momento che la abolitio criminis, comunque e quantunque intervenuta, porta ad un vero e proprio vuoto di potere punitivo: per cui una condanna che si fondi su una norma incriminatrice abrogata deve essere ritenuta priva di un qualunque peso giuridico per quanto attiene alla possibilità di una sua legittima esecuzione»⁴⁰.

Si vedrà tra breve che tale impostazione – già fatta propria dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, oltre che da isolate pronunce delle sezioni semplici⁴¹ – è stata accolta dalla sentenza Mraidi, la quale ha appunto ritenuto di dover distinguere – sulla scorta di altro recente arresto in tema di pena illegalmente applicata⁴² – tra l'ipotesi in cui l'omessa rilevazione dell'effetto abrogativo sia dipesa da un errore “valutativo” del giudice della cognizione (errore rimediabile esclusivamente con i mezzi ordinari di impugnazione), e quella in cui tale giudice abbia semplicemente omissso di rilevare l'esistenza dell'abolitio, incorrendo in un errore “percettivo” e perciò rimediabile, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, attraverso la revoca ex art. 673 (cfr. *infra*, § 4).

È tuttavia opportuno avvertire, sin d'ora, che tale distinzione è stata valutata criticamente da altra parte della dottrina.

Si è in particolare osservato che tale ipotesi ricostruttiva «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 (art. 651 c.p.p.). 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)». Lo stesso Autore ha anche evidenziato che la questione della rilevanza penale della condotta tenuta dall'imputato costituisce «chiaramente un “antecedente logico-giuridico necessario” alla decisione: siffatta questione di diritto rappresenta così una premessa indispensabile della condanna del reo»⁴³. Anche in una risalente pronuncia di

³⁹ F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino 2011, pag. 281. In senso analogo v. CORBI – NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino 2003, pag. 278.

⁴⁰ F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino 1992. V. anche A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 209, secondo il quale, nelle ipotesi di applicazione di una norma incriminatrice non più vigente, «l'opera integrativa non emenda l'errore di qualificazione ma, lasciando questa inalterata, procede ad adattare gli effetti del titolo, pronunciato a seguito del vuoto normativo, ai presupposti già accertati; il rimedio tende esclusivamente a riparare l'illegalità dei profili sanzionatori conseguente alla statuizione».

⁴¹ Sez. I, 13 febbraio 2001, n. 38276, *Affuso, inedita*. V. anche, in motivazione, Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2638/2013, *Savoca, Ced. Cass.*, n. 254561, secondo cui l'operatività dell'art. 673 in ipotesi di abolitio anteriore alla condanna va comunque esclusa nelle ipotesi in cui richieda non un riscontro meramente ricognitivo da parte del giudice dell'esecuzione, ma una indagine valutativa in ordini alla sussistenza o meno delle condizioni cui è subordinato l'effetto abrogativo.

⁴² Sez. un., n. 6240/2015, *Basile, cit.*, sulla quale v. *infra*, § 4.3.

⁴³ M. GAMBARELLA, *Lex mitior, cit.*, pag. 244

legittimità, del resto, era stato affermato che doveva comunque ritenersi operante la preclusione del giudicato, qualora l'accertamento dell'effetto abrogativo fosse correlato a situazioni non dedotte, o comunque non emerse nel giudizio di merito, e perciò ormai coperte dal giudicato implicito⁴⁴.

Sotto un diverso profilo, è stata poi evidenziata⁴⁵ la difficoltà di accertare, in concreto, se il giudice della cognizione – soprattutto nelle ipotesi di sentenze motivate in modo estremamente sintetico, se non lacunoso – abbia davvero omesso di prendere in considerazione la legge sopravvenuta, semplicemente ignorandola, ovvero abbia invece respinto in modo implicito, con la decisione di condanna, un'interpretazione volta a conferire alla novella una portata abrogatrice.

La consistenza di tale obiezione sembrerebbe comprovata proprio dalla concreta fattispecie sottoposta all'attenzione delle Sezioni unite, in cui la condanna del Mraidi, per il reato di cui all'art. 6 T.U. Imm., era stata motivata con la sola seguente proposizione: «*non avendo ottemperato all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento identificativo*». Appare infatti obiettivamente non agevole stabilire in modo univoco, su tali laconiche basi, se, ed eventualmente in qual misura, il Tribunale si sia effettivamente confrontato con l'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009: si vedrà peraltro che le Sezioni unite hanno ritenuto che, nella specie, l'intervento modificativo del 2009 ed il conseguente effetto abrogativo non siano stati in alcun modo considerati dal giudice della cognizione (cfr. *infra*, § 4.4).

3.2.4. I rimedi dottrinali alla “iniquità sostanziale” di una condanna successiva all'abolizione del reato.

Si è già precedentemente accennato al fatto che la marcata contrapposizione di opinioni e ipotesi ricostruttive, emersa in dottrina come in giurisprudenza, trae la sua ragion d'essere dalla necessità di conciliare due esigenze affatto diverse: da un lato, la ricerca di un rimedio alla criticità insita nell'esecuzione di una sentenza di condanna ad una pena irrogata per fatto già privo di rilievo penale al momento della sua commissione; dall'altro, la difesa di alcuni snodi essenziali del nostro sistema, tra cui anzitutto la preclusione – al di fuori delle ipotesi tassativamente previste – a rimettere in discussione le questioni coperte da giudicato (cfr. *supra*, § 3).

È agevole comunque registrare – anche nei contributi dottrinali orientati ad escludere la revocabilità ex art. 673 di una siffatta sentenza, coerentemente alla dichiarata piena sintonia con le linee argomentative della sentenza n. 230 della Consulta – la ricerca di uno strumento alternativo per ovviare alla “iniquità sostanziale” insita nell'esecuzione di una sentenza di condanna successiva all'*abolitio criminis*.

⁴⁴ Sez. I, 2 novembre 1995 n. 5480/1996, Magnani, *Ced Cass.*, n. 205318.

⁴⁵ G. ROMEO, [La resistibile stabilità del giudicato: revocabile in executivis la sentenza di applicazione della pena per reato abrogato con legge anteriore al fatto e non considerata dal giudice della cognizione?](#), in *questa Rivista*, 16 luglio 2015.

In particolare, si è per un verso affermato che un rimedio effettivo sia prospettabile solo *de iure condendo*, proprio per la necessità di ricondurre la fattispecie nell'alveo dell'errore di diritto commesso dal giudice della cognizione e non emendato in sede di impugnazione: sicché il rimedio «*dovrebbe in qualche modo riecheggiare le dinamiche dell'istituto della revisione (art. 629 ss. c.p.p.), con un innovativo passaggio dall'attuale dimensione fattuale del contrasto tra giudicati, avuta di mira dall'art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p., ad altra di ordine giuridico*»⁴⁶. Nella medesima prospettiva, ci si è chiesti se non sia possibile «*invocare l'istituto della revisione delle sentenze penali (naturalmente oltre i casi oggi espressamente previsti), in modo da evitare, nei casi eguali a quello per il quale è stato invocata l'applicazione dell'art. 673 c.p.p., la attuale ingiustizia, per disuguaglianza ingiustificata e ingiustificabile, che questa sentenza della Corte costituzionale continua a preservare, ma in modo anche da evitare le gravi e inaccettabili conseguenze, alla luce dei principi che governano il nostro ordinamento, che deriverebbero dall'accoglimento della questione sollevata dal giudice a quo*»⁴⁷.

In una prospettiva in parte analoga, si è posto l'accento sull'opportunità di introdurre «*un rimedio straordinario che consenta di rivedere, post iudicatum e senza alcun vincolo interpretativo, il giudizio di diritto, allorquando la sentenza di condanna sia stata resa sulla base di una opzione esegetica successivamente ritenuta erronea dalle Sezioni unite*». In tal modo, infatti, verrebbero soddisfatte «*essenziali esigenze costituzionali (tutela della libertà e principio di uguaglianza), senza produrre alcuna disarticolazione ordinamentale: né sul fronte dell'efficienza del sistema, trattandosi di regolare uno strumento agile, munito di un rigoroso filtro di ammissibilità; né tantomeno sul terreno della certezza dei rapporti giuridici, insuscettibile di prevalere, per quanto finora detto, sulla salvaguardia dei diritti inviolabili dell'individuo*»⁴⁸.

In una differente ottica ricostruttiva, si è invece affermato che ad una soluzione favorevole al condannato potrebbe pervenirsi valorizzando una delle argomentazioni sviluppate dalla Consulta nella sentenza n. 230 del 2012: l'autonomia del giudice dell'esecuzione da quello della cognizione, e la soggezione anche del primo alla legge. Infatti, al giudice dell'esecuzione potrebbe essere riconosciuta – fermo l'accertamento fattuale operato in sede di cognizione – la libertà di interpretare diversamente la norma applicata, e di ritenere quindi sussistente una *abolitio* non rilevata dal giudice della cognizione. In alternativa, secondo tale opinione, non resterebbe che prendere atto della inidoneità delle impugnazioni straordinarie oggi previste, per l'assoluta diversità dei loro presupposti applicativi (sia quanto all'art. 625-bis, sia quanto all'art. 630, lett. a), c.p.p.), e ritenere praticabile il solo ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 7, con il successivo utilizzo della c.d. "revisione europea": soluzione ritenuta, peraltro, non priva di inconvenienti, non solo perché «*la Corte europea dovrebbe spingersi oltre*

⁴⁶ V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza, cit.*, pag. 164.

⁴⁷ In questo senso, v. G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, cit.*, pag. 3821.

⁴⁸ P. TROISI, *Flessibilità del giudicato, cit.*, pag. 32.

quanto affermato nella causa *Scoppola*⁴⁹, ma anche perché, nel frattempo, «il condannato continuerebbe a subire le conseguenze di una carcerazione avvertita come «ingiusta», con le ovvie ricadute sul fronte della rieducazione (mancata)»⁵⁰.

Su un fronte del tutto diverso si posizionano altri Autori, i quali – pur muovendo da contrapposte considerazioni critiche sulla sentenza n. 230 della Corte costituzionale – hanno sostenuto che la soluzione alla “iniquità” predetta non possa che essere individuata nell’ambito dell’art. 673 c.p.p.

In particolare, da un lato⁵¹, è stata valutata criticamente la «netta chiusura» della Consulta alla estensione della retroattività *in mitius* ai mutamenti giurisprudenziali, sostenendosi la praticabilità di un’interpretazione estensiva dell’art. 673 «anche contro il parere del giudice delle leggi», perché l’erroneità di una pregressa interpretazione della normativa in vigore, affermata dalle Sezioni unite, «al tempo stesso proclama solennemente l’incompatibilità con il diritto vigente delle sentenze di condanna già pronunciate sulla base di quella erronea interpretazione». In altri termini, il “salvataggio” di tali sentenze «con l’argomento dell’intangibilità del giudicato – in nome della “certezza dei rapporti giuridici” – rischia di suonare irragionevolmente discriminatorio, e dunque ingiusto». Ad avviso di tale dottrina, in definitiva, «la realtà – guardata con occhi spassionati, senza il velo di troppe impalcature teoriche – è che sentenze delle Sezioni unite come quella che ha originato la vicenda decisa dalla Corte costituzionale modificano lo stato del diritto «vivente», orientando le decisioni dei giudici in maniera del tutto analoga a quanto accade con le modifiche del diritto di matrice legislativa, e determinando un fenomeno sovrapponibile ad una vera e propria abolitio criminis».

D’altro lato, ed anzi all’opposto, la sentenza n. 230 è stata criticata non già per le affermazioni di sistema ivi contenute (insussistenza di fenomeni abrogativi di matrice giurisprudenziale, impossibilità di equiparare la legge formale alla giurisprudenza, ecc.: cfr. *supra*, § 3.1.3), ma perché proprio quei principi – pienamente condivisi dall’Autore – avrebbero dovuto condurre ad una declaratoria di inammissibilità per manifesta infondatezza della questione prospettata⁵².

In tale ottica, si è peraltro anche evidenziato che, nella “fisiologica” ipotesi di abrogazione tacita del reato (come avvenuto con la l. n. 94 del 2009, per le sole condotte degli stranieri irregolari), è «il giudice a dover estrarre dal testo delle disposizioni le norme e a dover comparare la norma precedente con quella successiva al fine di tracciare l’esatto perimetro dell’abrogazione. Questa attività interpretativa non è creativa del diritto e rientra nei classici limiti dell’ermeneutica». Su tali basi, è stata per un verso ritenuta non casuale la scelta linguistica, contenuta nell’art. 673 del codice di rito, «di riferire l’abrogazione alla norma

⁴⁹ La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 230 del 2012, ha invero evidenziato che, nella prospettiva ermeneutica fatta propria dalla Corte EDU, il principio di retroattività della *lex mitior* troverebbe comunque uno sbarramento applicativo nella formazione del giudicato.

⁵⁰ A. MANGIARACINA, *Quale sorte per il giudicato nazionale*, cit., pag. 1109.

⁵¹ F. VIGANÒ, [Retroattività della legge penale più favorevole \(voce per Il libro dell’anno Treccani 2014\)](#), in *questa Rivista*, 20 dicembre 2013, pag. 15.

⁵² O. MAZZA, *Il principio di legalità*, cit., pag. 3473.

incriminatrice, e non alla disposizione penale sostanziale, lasciando così chiaramente intendere che il fenomeno abrogativo, in particolare quello tacito, incide sulle norme, ossia sul significato che alle affermazioni i giudici attribuiscono in seguito a una successione di leggi penali nel tempo».

Per altro verso, la possibilità di revoca *ex art. 673* anche delle condanne successive all'*abolitio* è stata sostenuta non solo sulla scorta di argomentazioni letterali («*l'art. 673 non richiede, a differenza dell'art. 2, comma 2, c.p., che l'abrogazione della norma incriminatrice sia sopravvenuta alla condanna definitiva o comunque alla commissione del fatto*»), ma anche in forza di rilievi di diretta matrice costituzionale. Si è in particolare osservato che, nel caso di condanna in applicazione una norma già abrogata, non si è solo in presenza di un errore di diritto, «*ma di una palese violazione del principio di legalità penale e del fondamentale corollario nullum crimen, nulla poena sine lege. Questa conclusione non è minimamente scalfita dal profilo cronologico: così come ripugna alla coscienza sociale (e al diritto penale) continuare a punire o anche solo a ritenere colpevole un soggetto per un fatto previsto dalla legge come reato al tempo della commissione e successivamente non più considerato tale dall'ordinamento (art. 2, comma 2 c.p.), allo stesso modo, e verrebbe da dire, a maggior ragione, non si può continuare a punire o anche solo a ritenere colpevole chi ha tenuto una condotta che non era prevista dalla legge come reato già al momento della sua realizzazione (art. 673 c.p.p.). Non è rilevante il tempo dell'abolitio criminis: nessuno può essere punito o ritenuto colpevole per un fatto non previsto dalla legge come reato. Tale principio discende direttamente dall'art. 25, comma 2, Cost. e dall'art. 7, comma 1, Cedu, e trova attuazione nell'art. 2, comma 2 c.p., per l'abolito criminis sopravvenuta alla commissione del reato, e nell'art. 673 c.p.p., tanto per l'abolito criminis successiva alla formazione del giudicato quanto per quella precedente tale momento o addirittura precedente il tempus commissi delicti*».

4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

In tale tormentatissimo contesto interpretativo, le Sezioni unite hanno compiuto una scelta di campo a favore della revocabilità delle sentenze di condanna emesse per fatti in realtà privi di rilievo penale, qualora intervenga una modifica normativa con effetto abrogativo: scelta che peraltro appare connotata – nel suo presupporre un errore meramente “percettivo”, e non “valutativo”, del giudice della cognizione – da una (comprensibile) preoccupazione di garantire coerenza e “tenuta” sistematica sia rispetto alla posizione assunta nel 2012 dalla Corte costituzionale, sia soprattutto in relazione ai limiti di effettiva “tangibilità” del giudicato, delineati dalle Sezioni unite in alcune recenti decisioni concernenti il tema della legalità della pena.

Nelle pagine seguenti, si procederà all'analisi del percorso argomentativo compiuto dalle Sezioni unite per affermare la revocabilità delle condanne in cui *l'abolitio criminis* non era stata rilevata in sede di cognizione. Un percorso in cui è agevole scorgere tre “tappe” fondamentali: l'attribuzione di un rilievo *ex art. 673* ai soli fenomeni abrogativi, a loro volta individuabili nelle sole ipotesi di intervento del legislatore su una norma previgente; la revocabilità delle sentenze anche nell'ipotesi di

abolitio criminis verificatasi prima del fatto per cui vi è stata condanna; l'individuazione dei concreti spazi di intervento del giudice dell'esecuzione.

4.1. *Successione di leggi con effetto abrogativo e mera successione di interpretazioni giurisprudenziali: la (parziale) convergenza di vedute con la Consulta.*

Un primo aspetto di assoluto rilievo, nella sentenza Mraidi, è costituito dalla esplicita adesione ai principi affermati dalla Corte costituzionale in ordine alla necessità di ricondurre il fenomeno abrogativo, anche agli effetti di una revoca *ex art. 673 c.p.p.*, alla sola successione nel tempo di atti normativi, con conseguente esclusione di ogni autonomo rilievo, ai fini predetti, di una successione di interpretazioni giurisprudenziali della medesima disposizione.

Sin dalle premesse della propria ricostruzione⁵³, le Sezioni unite hanno invero posto al centro dell'analisi l'art. 15 disp. prel. c.c., e la possibilità – ivi prevista – che l'abrogazione delle leggi possa avvenire non solo in forma espressa, ma anche “per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore”: chiarendo al riguardo che, qualora «*l'effetto abrogativo, tacito e parziale, per l'incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti, non sia agevolmente desumibile dal testo della legge posteriore, è fisiologico che si sviluppi un'attività ermeneutica diretta a verificare la compatibilità tra le nuove disposizioni, o alcune di esse, e quelle precedenti. Può quindi accadere che si determini un contrasto giurisprudenziale, con la conseguenza che l'effetto abrogativo su singole norme incriminatrici sia 'riconosciuto' dal giudice per via interpretativa, anche a distanza di tempo dall'entrata in vigore della nuova disciplina*».

Esattamente questa, ad avviso delle Sezioni unite, è la situazione verificatasi in relazione al reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero, in cui l'effetto parzialmente abrogativo non è derivato (né poteva esserlo) dal mero mutamento giurisprudenziale sancito dalla sentenza emessa dalle Sezioni unite nel 2011, ma dall'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009, che ha modificato la struttura della norma incriminatrice rendendola applicabile ai soli stranieri in posizione irregolare (cfr. *supra*, § 2). In altri termini, la sentenza Alacev «*ha quindi avuto una funzione meramente ricognitiva dell'intervenuto effetto abrogativo parziale diretto a restringere l'area applicativa dell'art. 6, comma 3, T.U. Imm., ai soli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, effetto di cui la Corte di cassazione ha dato atto ma che è riconducibile esclusivamente alla legge*».

Sembra opportuno porre qui nel massimo rilievo il fatto che le Sezioni unite – recependo una riflessione dottrinale ricordata in precedenza⁵⁴ – hanno tenuto a distinguere nettamente l'ipotesi qui considerata da quella in cui si susseguano diverse interpretazioni giurisprudenziali di un medesimo testo normativo: è stata infatti

⁵³ Cfr. § 1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁴ M. GAMBARELLA, *Lex mitior, cit.*, pag. 245 (cfr. *supra*, § 3.2.2).

esclusa, nel secondo caso, qualsiasi possibilità di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, ostandovi «*il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.)*»⁵⁵.

In conclusione, per la sentenza Mraidì, l'intervento delle Sezioni unite del 2011 in tema di inottemperanza all'obbligo di esibizione dei documenti ha consentito – all'esito del contrasto interpretativo di cui si è detto (cfr. *supra*, § 2) – il “riconoscimento” dell'effetto abrogativo parziale determinato dalla novella del 2009: ed in tale contesto, che ha visto il consolidarsi dell'interpretazione favorevole agli stranieri irregolari, «*non vi è motivo di negare che vi sia stata un'ipotesi di successione di leggi (e non di interpretazioni giurisprudenziali) nel tempo, riconducibile all'art. 2, secondo comma, c.p., che legittima l'intervento del giudice dell'esecuzione*».

Appare evidente – ad avviso di chi scrive – la diversità di posizioni assunta, a tale specifico proposito, dalle Sezioni unite rispetto alla Consulta nella sentenza n. 230 del 2012 (cfr. *supra*, § 3.1.3): diversità che la sentenza Mraidì ha ricondotto alle premesse concettuali poste dal giudice *a quo* nella formulazione della questione di legittimità, dalle quali la Corte costituzionale sarebbe partita, per rigettare la questione, senza peraltro valutare la loro correttezza nel caso concreto.

Sembra tuttavia di poter affermare che la sentenza n. 230 ha chiaramente e radicalmente escluso la configurabilità di una successione di leggi rilevante *ex artt.* 2 c.p. e 673 c.p.p., per la mancanza di una legge “posteriore” al fatto commesso: in tale prospettiva ermeneutica – come si è visto avallata da una parte della giurisprudenza e della stessa dottrina (cfr. *supra*, §§ 3.1.1 e 3.2.1) – la Consulta ha infatti non solo disatteso l'eccezione preliminare di inammissibilità della questione prospettata dal Tribunale di Torino (eccezione che l'Avvocatura dello Stato aveva formulato ponendosi proprio nella prospettiva accolta dalla sentenza Mraidì), ma ha anche escluso la fondatezza nel merito della questione stessa, per la impossibilità di equiparare una «*successione di leggi*» ad una «*consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali*», ostandovi tra l'altro il disposto di cui all'art. 101 Cost. (cfr. *supra*, § 3.1.3).

⁵⁵ L'assunto è stato corroborato, in sentenza, dal richiamo ad una pronuncia delle Sezioni unite civili concernente un mutamento giurisprudenziale intervenuto nell'interpretazione di una disposizione processuale rimasta inalterata (Sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3343, con nota di CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*). In quella sede, era stata tracciata una distinzione tra interpretazione “evolutive” (volta ad accertare il significato assunto dalla norma nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione) ed interpretazione “correttiva” (con la quale il giudice torna sul testo della disposizione, per desumerne un significato diverso da quello consacrato in una precedente esegesi), escludendosi peraltro la possibilità, anche nel secondo caso, «*di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la lex temporis acti, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice*». I riflessi in ambito penalistico di questa decisione sono stati esaminati, prima della sentenza della Consulta, da E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, pag. 4126. Dopo l'intervento della Corte costituzionale, v. le osservazioni di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza, cit.*, pag. 166 e 17, e di M. GAMBARDILLA, *Lex mitior, cit.*, pag. 254.

4.2. *Revocabilità ex art. 673 anche delle sentenze di condanna emesse dopo la (tacita) abrogazione della norma incriminatrice.*

Per le Sezioni unite, dunque, il reato di cui all'originaria formulazione dell'art. 6 T.U. Imm. è stato in parte tacitamente abrogato dalla legge n. 94 del 2009, mentre la sentenza Alacev del 2011 ha avuto effetti meramente ricognitivi della parziale *abolitio*: tuttavia, proprio perché il mutamento di giurisprudenza ha riguardato «una successione di leggi», di quest'ultima deve tenersi conto anche agli effetti di cui all'art. 673, nonostante sia intervenuta prima non solo della sentenza di condanna, ma anche della stessa condotta di inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti.

Per giungere a tali conclusioni “di massima”, le Sezioni unite hanno anzitutto sostenuto che proprio il principio costituzionale della soggezione del giudice solo alla legge, e la conseguente non vincolatività dei principi di diritto anche se espressi dalla Corte di cassazione, devono potersi applicare, «quanto meno nel caso in cui il giudice della cognizione non abbia preso in considerazione l'eventualità dell'*abolitio criminis*», anche nelle ipotesi in cui venga richiesta in sede esecutiva la revoca della sentenza *ex art. 673*⁵⁶.

Inoltre, si è affermato nella sentenza Mraidi che tale interpretazione del predetto articolo non è preclusa da argomentazioni di ordine letterale, sia perché non sono previste limitazioni ai poteri di accertamento e valutazione del giudice dell'esecuzione (a differenza di quanto stabilito negli artt. 671 e 675 c.p.p. in tema, rispettivamente, di applicazione del concorso formale e del reato continuato, e della dichiarazione di falsità documentale), sia perché l'espressione “abrogazione della norma incriminatrice” deve intendersi comprensiva di ogni tipo di abrogazione, e dunque anche di quella tacita.

Infine, le Sezioni unite hanno espresso a chiare lettere le ragioni che impongono un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 673 c.p.p.: ragioni che appaiono di una consistenza intrinseca dirompente, tanto da indurre a qualche riflessione sulla tenuta del “bilanciamento” con i valori sottesi all'intangibilità del giudicato, che – come già accennato e come meglio si vedrà fra breve – la stessa sentenza ha inteso operare sulla scorta di altre recenti pronunce del Supremo consesso, delimitando l'area del possibile intervento in sede esecutiva alle sole ipotesi in cui la mancata rilevazione dell'*abolitio criminis* sia stata causata da un errore “percettivo” del giudice della cognizione (cfr. *infra*, § 4,3).

Si è infatti evidenziato, in primo luogo, che il giudice dell'esecuzione è chiamato ad accertare – quale «*garante della legalità penale*» – che in sede di cognizione sia stato effettivamente rispettato il principio di legalità, verificando se la norma incriminatrice applicata sia stata oggetto di un intervento abrogativo del legislatore. Si è poi osservato – ed è quel che preme evidenziare in questa sede – che l'applicazione di tale principio «*non può essere condizionata da riferimenti cronologici, in quanto se l'art. 2,*

⁵⁶ Per un'impostazione analoga, in dottrina, v. A. MANGIARACINA, *op. cit.*, pag. 1109 (cfr. *supra*, § 3.2.4).

secondo comma, c.p. prevede che nessuno possa essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato (e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali), ancor più va tutelata la posizione di colui che sia stato condannato per un fatto che già al momento della commissione non era reato per essere precedentemente intervenuta l'abolitio criminis. Pertanto, come ben rilevato nell'ordinanza di rimessione, non vi è ragione di circoscrivere le ipotesi di revoca per abolitio disciplinate dall'art. 673 c.p.p. ai casi previsti dall'art. 2, secondo comma, c.p. e non anche a quelli del primo comma ('Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato'), che traggono valore cogente dall'art. 25, secondo comma, Cost. ('Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso')».

4.3. L'individuazione dei "margini" dell'intervento in sede esecutiva: il richiamo all'evoluzione della giurisprudenza in tema di pena illegale.

La possibilità di ricorrere alla revoca *ex art. 673 c.p.p.* è stata dunque affermata nei termini più netti dalle Sezioni unite, che hanno ricondotto la condanna per un reato già abrogato ad una vera e propria violazione del principio di legalità.

Tuttavia, la sentenza Mraidì non ha ritenuto di poter aprire ad un uso incondizionato di tale strumento, come sostenuto da una parte della dottrina e della giurisprudenza (cfr. *supra*, §§ 3.1.4 e 3.2.2): è stata infatti individuata una soluzione "intermedia", volta a salvaguardare almeno in parte il principio dell'intangibilità del giudicato attraverso la valorizzazione della "natura" – percettiva o valutativa – dell'errore verificatosi in sede di cognizione.

Il fondamento di tale soluzione è stato esplicitamente individuato dalle Sezioni unite nell'evoluzione interpretativa, qui richiamata in premessa (cfr. *supra*, § 1), dalla quale emerge una progressiva "cedevolezza" del giudicato, qualora la tutela effettiva dei diritti fondamentali del condannato venga pregiudicata dall'esecuzione di una pena irrogata secondo parametri normativi non in linea con le norme costituzionali o convenzionali, o comunque applicata illegalmente: un'evoluzione che ha «condotto ad una relativizzazione della rigida distinzione tra cognizione ed esecuzione, tradizionalmente fondata sul presupposto, ormai rivisitato, della inderogabile necessità di un accertamento definitivo e della conseguente impossibilità di configurare successivi strumenti cognitivi»⁵⁷.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, richiamare anche solo per sommi capi le tappe di tale evoluzione. Ci si limita qui a ricordarne, in estrema sintesi, i passaggi espressamente richiamati dalla sentenza Mraidì, la quale ha fatto esplicito riferimento, anzitutto, alle decisioni emesse dalla Corte costituzionale e dalle stesse Sezioni unite sulla vulnerabilità del giudicato formatosi su vicende analoghe a quelle in cui la Corte EDU ha ravvisato una violazione dei principi convenzionali, ma non

⁵⁷ G. CANZIO, *op. cit.*, pag. 4.

sottoposte all'attenzione della Corte stessa dai soggetti condannati (definiti in dottrina «*i fratelli minori di Scoppola*»)⁵⁸.

In particolare, da un lato, la sentenza Mraidi ha valorizzato gli spunti offerti dalla Consulta⁵⁹ per individuare nell'ordinamento interno, più che in quello convenzionale, le ragioni di deroga al giudicato per i non ricorrenti alla Corte di Strasburgo⁶⁰, perché è proprio l'ordinamento interno a conoscere «*ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato*» ove risultino preminenti altri valori di rilievo costituzionale, tra i quali si annovera la restrizione della libertà personale «*sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata*». In tale contesto, per la Corte costituzionale, il ruolo del giudice dell'esecuzione è appunto quello di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sentenze, eventualmente anche proponendo questioni di legittimità costituzionale.

D'altro lato, la sentenza Mraidi ha diffusamente richiamato alcune tra le importantissime affermazioni di principio con cui le stesse Sezioni unite⁶¹, dopo l'intervento della Consulta⁶², hanno affermato la non eseguibilità del giudicato CEDU

⁵⁸ Ci si riferisce ovviamente alla notissima pronuncia emessa dalla Grande Camera della Corte EDU (sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), che ha ravvisato la violazione dell'art. 7 CEDU – ritenendo per la prima volta in esso compreso anche il principio della retroattività della *lex mitior* – nell'applicazione della pena dell'ergastolo, all'esito del giudizio abbreviato, in luogo di quella di trenta anni di reclusione prevista dall'art. 442, secondo comma, c.p.p., nel testo vigente al momento della richiesta di rito alternativo, ma non più al momento della sua definizione. Sulle problematiche inerenti ai soggetti che non avevano presentato ricorso a Strasburgo, v. in dottrina per tutti F. VIGANÒ, [Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia](#), in *questa Rivista*, 10 aprile 2012.

⁵⁹ Corte cost., 18 luglio 2013 n. 210, sulla quale v. tra gli altri G. ROMEO, [Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013](#), in *questa Rivista*, 1 ottobre 2013.

⁶⁰ Com'è noto, la Corte EDU ha attribuito al secondo comma dell'art. 442 c.p.p. natura di norma sostanziale, per l'immediata incidenza nella determinazione della pena da infliggere in caso di condanna con rito abbreviato. Mentre nella versione dell'art. 442 vigente al momento della commissione del fatto era precluso l'accesso a tale rito per i reati puniti con l'ergastolo (v. sent. n. 176 del 1991 della Corte costituzionale), tale possibilità era stata introdotta dalla l. n. 479 del 1999, che prevedeva la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni di reclusione; infine, nella versione dell'art. 442 introdotta dal d.l. 341 del 2000 (in vigore al momento della sentenza definitiva di condanna), l'accesso al rito veniva confermato, ma con la sola sostituzione dell'ergastolo con isolamento diurno con l'ergastolo senza isolamento. La violazione del principio della retroattività della *lex mitior* è stata appunto ravvisata, dalla Corte EDU, nella mancata applicazione della più favorevole *lex intermedia*.

⁶¹ Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821/2014, Ercolano, in *questa Rivista*, 12 maggio 2014, con commento di VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessione in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola](#) e, sempre in *questa Rivista*, 16 maggio 2014, con nota di BIGNAMI, [Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano](#), nonché in *Cass. pen.*, 2015, pag. 41 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*.

⁶² La questione era stata sollevata dalle stesse Sezioni unite che, pur orientate a considerare recessivo il valore del giudicato a fronte di rilevanti lesioni di diritti fondamentali, avevano ritenuto necessario l'intervento della Corte costituzionale, atteso il tenore di norma di interpretazione autentica espressamente conferito all'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, e la conseguente necessaria applicazione retroattiva delle disposizioni meno favorevoli in questione (Sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *questa Rivista*, 12 settembre 2012, con commento di VIGANÒ, [Le Sezioni unite rimettono alla Corte costituzionale](#)

nei confronti dei “fratelli minori”. In quella sede, infatti, è stata evidenziata la necessità di considerare costantemente *sub iudice* il tema della pena durante tutta la fase esecutiva, «*non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale*»: e ciò in quanto «*la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost.*». Qualora tali profili vengano meno per effetto della dichiarata incostituzionalità della normativa applicata, perché in contrasto con principi convenzionali rilevanti quale parametro interposto *ex art. 117 Cost.*, per la sentenza Ercolano «*s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo*». Tale pronuncia appare fondamentale anche per le considerazioni svolte sull'eventualità che gli strumenti offerti dal diritto positivo, per intervenire in casi identici a quello deciso a Strasburgo, si rivelino inadeguati: si è affermato infatti che, in tal caso, la giurisdizione «*deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti*»⁶³.

In secondo luogo, la sentenza Mraidì ha valorizzato i principi affermati da altre pronunce delle Sezioni unite, questa volta in tema di pena irrogata applicando norme (diverse da quelle incriminatrici) successivamente dichiarate incostituzionali.

Si è fatto quindi riferimento, al riguardo, alla nota decisione⁶⁴ secondo cui la cedevolezza del giudicato non può certo essere affermata solo nell'ipotesi di norme

[L'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola](#)). La Corte costituzionale è pervenuta alla declaratoria di illegittimità della predetta disposizione, in quanto lesiva dell'art. 7 CEDU, a sua volta integrante il parametro costituzionale *ex art. 117*.

⁶³ La sentenza Ercolano ha individuato nell'incidente di esecuzione ai sensi degli artt. 665 e 670 c.p.p. (e non nella c.d. “revisione europea” di cui all'art. 630, come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale), lo strumento per sostituire la pena irrogata con un trattamento rispettoso dei parametri costituzionali e convenzionali. È peraltro utile sottolineare che, nonostante le aperture di amplissimo respiro qui appena richiamate, tale pronuncia ha ancorato la possibilità di intervenire, in sede esecutiva, ad una serie di rigorosi presupposti: «*a) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati, in quanto non coerente col principio di retroattività in mitius; c) la possibilità d'interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria d'incostituzionalità della medesima normativa (com'è accaduto nella specie); d) l'accoglimento della questione sollevata deve essere l'effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo*».

⁶⁴ Sez. un. 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *questa Rivista*, 17 ottobre 2014, con nota di G. ROMEO, [Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena” incostituzionale”](#) e, sempre in *questa Rivista*, 22 dicembre 2014, con commento di S. RUGGERI, [Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona](#), nonché in *Cass. pen.*, 2015, pag. 41 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale*, cit.

illegittime perché in contrasto con la CEDU, essendo la legalità «*declinabile*» soprattutto sul fronte della conformità ai principi costituzionali, e dovendo quindi ravvisarsi una violazione del principio di legalità nell'esecuzione di una condanna fondata anche in parte su norma dichiarata incostituzionale⁶⁵. Tale pronuncia è stata valorizzata dalla sentenza Mraidi sia per l'esplicito riferimento ad una concezione moderna del giudicato⁶⁶, sia per la ricostruzione del percorso che ha condotto la giurisprudenza, già prima dell'entrata in vigore del codice Vassalli, alla progressiva erosione del "mito del giudicato"⁶⁷. È tuttavia qui utile ricordare che, per la sentenza Gatto, il giudice dell'esecuzione può "muoversi" – nel rideterminare la pena dopo la declaratoria di incostituzionalità della norma applicata in sede di cognizione – nei limiti consentiti dalla sentenza: in altri termini, il giudizio di prevalenza sulle aggravanti dell'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, T.U. stup. potrà essere formulato, nonostante la rimozione del divieto da parte della Consulta, «*sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal divieto posto dall'art. 69, quarto comma, c.p.: in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile*».

La sentenza Mraidi ha richiamato anche un'altra recente decisione delle Sezioni unite, che ha sancito la necessità di intervenire sulla pena divenuta illegale, perché determinata in base a parametri costituzionalmente illegittimi⁶⁸. L'aspetto che qui

⁶⁵ Nella specie, si trattava della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto, c.p., nella parte in cui vietava il giudizio di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, T.U. stup. sulla recidiva di cui all'art. 99 c.p. (sent. n. 251 del 2012 della Corte costituzionale).

⁶⁶ È stata la sentenza Gatto, infatti, ad evidenziare che la Costituzione, e poi il codice Vassalli, «*hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della tradizionale concezione autoritaria dello Stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale*»: sicché oggi la forza del giudicato penale va individuata non solo nell'ovvia esigenza di garantire la certezza e stabilità delle decisioni assunte secondo le regole del giusto processo, ma anche in quella «*di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale e si esprime essenzialmente nel divieto di bis in idem, che assume nel vigente diritto processuale penale la portata e la valenza di principio generale*».

⁶⁷ V. in particolare Sez. un., 21 giugno 1986 n. 7682, Nicolini, in *Foro it.*, 1986, II, c. 309, in tema di applicazione della continuazione in sede esecutiva anche nell'ipotesi in cui la sentenza già irrevocabile avesse riguardato il reato più grave; Sez. un., 20 dicembre 2005 n. 4687/2006, Catanzaro, in *Giur. it.*, 2007, pag. 727, con commento di RANALDI, *Un ulteriore passo verso il "giudicato aperto": i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, in ordine alla possibilità per il giudice dell'esecuzione – in sede di revoca ex art. 673 di precedenti condanne a suo tempo ostative alla concessione della sospensione condizionale per altra condanna – di concedere il predetto beneficio nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" ex art. 673, ovviamente in presenza di un favorevole giudizio prognostico.

⁶⁸ Sez. un., 27 febbraio 2015 n. 37107, Marcon, *Ced Cass.*, n. 264857-9, in tema di patteggiamento per reati concernenti le droghe "leggere", divenuto irrevocabile prima della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale (la quale, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle modifiche introdotte nell'art. 73 T.U. Stup. dalla legge n. 49 del 2006, con la conseguente reviviscenza delle assai più miti disposizioni vigenti prima della novella). La sentenza ha affermato la necessità di intervenire in sede esecutiva sul trattamento sanzionatorio applicato con il patteggiamento – anche qualora quest'ultimo risultasse compatibile con la cornice edittale tornata in vigore – attraverso il procedimento di cui all'art.

preme richiamare di tale pronuncia, che si pone dichiaratamente nel medesimo solco delle precedenti, è l'individuazione di una duplice dimensione di un giudicato ormai "flessibile": *«la prima relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di bis in idem); la seconda relativa alla determinazione della pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle "sollecitazioni" provenienti ab extra rispetto alla res iudicata»*. In buona sostanza, il giudicato "sulla pena" deve restare – a differenza di quello "sul fatto" – permeabile ad eventuali modifiche *in bonam partem*, perché l'interesse collettivo alla certezza dei rapporti giuridici esauriti è *«suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di uguaglianza, che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici»*.

In terzo luogo, la sentenza Mraidì ha citato altre due pronunce che, inserendosi nel solco tracciato dalle altre decisioni delle Sezioni unite, hanno aperto alla possibilità di porre rimedio, in sede esecutiva, anche a violazioni dei diritti fondamentali conseguenti ad una illegalità della pena che non trae origine dalla declaratoria di illegittimità costituzionale o convenzionale delle norme applicate.

In particolare, è stata per un verso richiamata la sentenza secondo cui *«l'applicazione di una pena accessoria extra o contra legem dal parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione purché essa sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione»*⁶⁹. Tale decisione muove dalla necessità di tutelare in sede esecutiva la libertà della persona non solo nelle ipotesi di "sopravvenienza" evocate dall'art. 673 c.p.p. (*abolitio criminis*, declaratoria di illegittimità costituzionale), ma anche qualora debba essere eseguita una pena *ab origine* illegale, non potendo la libertà personale, in tal caso, essere sacrificata *«in ossequio alla sacralità del giudicato»*. Tuttavia, la possibilità di intervento viene esclusa, qualora il giudice della cognizione si sia pronunciato pervenendo erroneamente all'applicazione di una pena illegale, perché *«in tal caso, alla erroneità della valutazione non può che porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione»*: viene però espressamente fatta salva, l'ipotesi di *«errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema»*.

Infine, si è fatto per altro verso riferimento all'ancor più recente decisione secondo cui *«l'illegalità della pena, derivante da palese errore giuridico o materiale da parte del giudice della cognizione, privo di argomentata valutazione, ove non sia rilevabile d'ufficio in*

188 disp. att. c.p.p. e solo in caso di mancato accordo, ovvero di pena concordata ritenuta incongrua, con un'autonoma rideterminazione ai sensi degli artt. 132- 133 c.p.

⁶⁹ Sez. un, 27 novembre n. 6240/2015, Basile, *Ced Cass.*, n. 262327, in *questa Rivista*, 8 marzo 2015, con nota di I. MANCA, [Le Sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata](#).

sede di legittimità per tardività del ricorso, è deducibile davanti al giudice dell'esecuzione, adito ai sensi dell'art. 666 c.p.p.»⁷⁰.

4.4. Le conclusioni delle Sezioni unite: il “mero errore percettivo” del giudice della cognizione legittima l'intervento in sede esecutiva.

All'esito di tale articolato percorso, le Sezioni unite hanno definito la posizione del Mraidi, ribadendo anzitutto la fondatezza delle conclusioni raggiunte dalla sentenza Alacev del 2011, quanto alla parziale abrogazione del reato di inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti, previsto dall'art. 6 T.U. Imm. ed applicabile, dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 94 del 2009, ai soli stranieri in posizione regolare: conclusioni definite «ormai 'diritto vivente'», anche perché non contraddette dalla successiva giurisprudenza di legittimità.

Si è posta poi l'attenzione sulla sentenza di condanna emessa nel 2010 dal Tribunale di Bergamo nei confronti del Mraidi, evidenziando che il giudice si era pronunciato «senza porsi il problema» dell'effettiva applicabilità dell'art. 6: tale assoluta assenza di motivazione sul punto ha indotto le Sezioni unite a ritenere che non si fosse in presenza di un «errore valutativo», nel senso indicato dalla sentenza Basile in tema di applicazione illegale di pene accessorie (cfr. *supra*, § 4.3), secondo cui non è possibile rimettere in discussione il giudicato «solo quando il giudice della cognizione abbia espresso le sue valutazioni (a meno di errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema)». Il silenzio del giudice bergamasco è stato quindi ritenuto, dalle Sezioni unite, sintomo di un «mero errore percettivo, che legittima l'intervento del giudice dell'esecuzione il quale è garante della legalità della pena ed è tenuto a valutare se nel caso concreto la sentenza di condanna debba essere revocata perché pronunciata in relazione ad un fatto commesso dopo l'entrata in vigore della legge abrogatrice».

Nel ribadire che una siffatta condanna dà luogo ad una violazione del principio di legalità, le Sezioni unite hanno richiamato non solo gli artt. 1 e 2, primo comma, c.p. e 25 Cost., ma anche il *nullum crimen, nulla poena sine lege* contenuto nell'art. 7 della Convenzione EDU, sottolineando che tale articolo, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, non solo richiede che la condanna si fondi su una «base legale», ma impone alla Corte stessa di verificare che, al momento del fatto per cui è intervenuta condanna, «esistesse una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile, e che la pena inflitta non eccedesse i limiti fissati da tale disposizione»⁷¹.

In tale contesto, le Sezioni unite hanno conclusivamente affermato che «*la tutela dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale alla libertà personale e il principio di legalità, deve infatti prevalere sull'intangibilità del giudicato, come affermato dalla Corte costituzionale nella*

⁷⁰ Sez. un., 26 giugno 2015 n. 47766, Butera, *Ced Cass.*, n. 265108.

⁷¹ Le sentenze richiamate sono Corte EDU, G.C., 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, in *questa Rivista*, 30 ottobre 2013, con nota di F. MAZZACUVA, [La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli](#), § 77-80; 18 aprile 2015, [Rohlena c. Repubblica Ceca](#), § 50.

sentenza n. 210 del 2013 e dalle Sezioni unite a partire dalle sentenze Ercolano e Gatto, non potendo accertarsi l'“applicazione di una pena avulsa dal sistema” (Sez. U, Basile, più volte citata) come quella inflitta con una sentenza di condanna pronunciata per un fatto che, al momento della sua commissione, non aveva rilievo penale e per questo era da ritenersi illegale ab origine».

Nonostante l'accertata “omessa percezione” dell'*abolitio criminis*, da parte del giudice della cognizione, le Sezioni unite non hanno peraltro ritenuto di poter pervenire all'annullamento dell'ordinanza con cui, in sede esecutiva, era stata rigettata l'istanza di revoca della condanna inflitta al Mraidì, in quanto il P.M. ricorrente non aveva adeguatamente individuato le norme asseritamente violate, né aveva contestato in maniera articolata le ragioni dedotte dal giudice dell'esecuzione a sostegno della propria decisione di rigetto dell'istanza di revoca.

5. Osservazioni conclusive: la pena irrogata per un fatto successivo all'*abolitio* come pena “avulsa dal sistema”.

Con la sentenza n. 26259 del 2016, le Sezioni unite hanno adottato, ad avviso di chi scrive, una decisione coraggiosa, che non ha esitato ad entrare nel vivo della questione prospettata – nonostante le criticità riscontrate nella struttura del ricorso del P.M. – per segnare un'altra importantissima tappa del percorso evolutivo tuttora in atto, affermando il principio della revocabilità, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., delle condanne pronunciate dopo l'*abolitio criminis* non rilevata dal giudice della cognizione.

Le Sezioni unite hanno dunque individuato un nuovo “fronte” di recessività del giudicato, focalizzando l'attenzione sull'irrilevanza penale del fatto sin dal momento della sua commissione, erroneamente non “riconosciuta” prima che la condanna divenisse irrevocabile: un orizzonte ben diverso e ben più ampio, evidentemente, di quello preso in considerazione dalle decisioni richiamate nel precedente paragrafo, che si sono soffermate su aspetti “patologici” del trattamento sanzionatorio – in sé considerato – inflitto con una sentenza ormai definitiva.

Si tratta di un intervento da valutare senz'altro positivamente.

Decisiva, al riguardo, appare la considerazione per cui gli argomenti più volte ribaditi dalle Sezioni unite nelle tappe precedenti del predetto percorso evolutivo – da cui emerge una progressiva “cedevolezza” del giudicato, causata dall'intollerabilità, anche per i profili connessi alle indefettibili funzioni rieducative *ex art. 27 Cost.*, dell'esecuzione di una pena irrogata secondo parametri normativi rivelatisi in contrasto con norme costituzionali e/o convenzionali, o comunque applicata illegalmente (cfr. *supra*, § 4.3) – non possono non trovare applicazione anche nella diversa fattispecie esaminata nella vicenda riguardante il Mraidì.

Invero, nell'analisi di una sentenza di condanna emessa nei confronti di uno straniero irregolare, per l'inottemperanza all'ordine di esibire i documenti accertata dopo l'entrata in vigore della novella del 2009, non occorre interrogarsi – come avvenuto negli altri casi – sulla legittimità del trattamento sanzionatorio conseguente all'accertamento di un fatto di cui è stata acclarata la rilevanza penale, che rimane

pacifica: quel che viene in discussione è piuttosto – e prima ancora – l’effettiva sussistenza di una legittima potestà punitiva statale, dal momento che il fatto per cui è stata pronunciata la condanna, già al momento della sua commissione, non aveva alcun rilievo penale.

Le Sezioni unite hanno evidentemente e meritoriamente colto la “intollerabilità” delle ricadute costituzionali (artt. 13, 25, 27 Cost.), convenzionali (art. 7, primo comma, CEDU) e codicistiche (artt. 1 e 2, primo comma, c.p.) di tale distorsione, accogliendo un’interpretazione “ampia” del potere di revoca *ex art. 673*, che ne consenta l’applicazione indipendentemente dal fatto che la legge abrogativa sia anteriore o successiva al fatto commesso: un’interpretazione che, come si è visto, non è condivisa da una parte della dottrina e della giurisprudenza anche costituzionale, e che tuttavia sembra porsi nel solco che le stesse Sezioni unite avevano tracciato nella sentenza Ercolano, con un chiaro invito (rivolto al giudice ordinario) all’utilizzo – nell’inerzia del legislatore – di tutti gli spazi di operatività della normativa vigente, compresi quelli «*non chiaramente evidenziati*», al fine di riportare l’esecuzione della pena in una dimensione di legittimità (cfr. *supra*, § 4.3).

Si è visto peraltro che, alla luce del percorso argomentativo compiuto dalle Sezioni unite, non sembrerebbe potersi concludere nel senso che lo strumento dell’art. 673 possa essere utilizzato per revocare tutte le sentenze di condanna pronunciate in relazione a fatti commessi dopo l’*abolitio criminis*⁷²: sulla scorta di alcuni arresti in tema di pena illegale (in particolare, della sentenza Basile concernente l’irrogazione di pene accessorie), la sentenza Mraidi ha affermato infatti che solo un errore «*meramente percettivo*» del giudice della cognizione può legittimare un intervento in sede esecutiva, mentre, nella diversa ipotesi in cui il predetto giudice abbia valutato ed escluso l’effetto abrogativo delle disposizioni sopravvenute, la possibilità di un intervento del giudice dell’esecuzione deve considerarsi preclusa.

Sono state riportate, in precedenza (cfr. *supra*, § 3.2.3), le riserve espresse in dottrina su tale soluzione “intermedia” (accolta anche dall’ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni unite): riserve sia di ordine sistematico, avuto riguardo alla idoneità del giudicato a “coprire” anche le questioni deducibili ma non dedotte, ed alla vincolatività della sentenza irrevocabile di condanna, nei giudizi civili o amministrativi di cui *ex art. 651 c.p.p.*, anche quanto alla “illiceità penale” del fatto⁷³; sia di ordine più strettamente “empirico”, per la obiettiva e spesso insuperabile difficoltà di stabilire attendibilmente, sulla scorta di una motivazione della sentenza non di rado estremamente scarna, se la questione dell’*abolitio* sia stata semplicemente ignorata ovvero sia stata valutata, ma ritenuta insussistente⁷⁴.

Al di là di tali rilievi, non può escludersi che la natura inevitabilmente “compromissoria” di tale soluzione – in cui è ben percepibile la ricerca, da parte delle

⁷² In tal senso, con riferimento alle condanne emesse nei confronti degli stranieri irregolari per il reato di cui all’art. 6 T.U. Imm., in relazione a fatti successivi alla novella, v. invece F. VIGANÒ, *Le Sezioni unite sulla revoca del giudicato*, cit.

⁷³ M. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., pag. 244.

⁷⁴ G. ROMEO, *La resistibile stabilità del giudicato*, cit.

Sezioni unite, di un necessario equilibrio tra la necessità di preservare i valori correlati, anche in ambito penale, alla certezza e stabilità dei rapporti giuridici, e quella di assicurare un effettivo rispetto dei diritti fondamentali del condannato senza però “perdere la scia” dei principi affermati nelle precedenti tappe del percorso – possa suscitare riflessioni critiche da ciascuna delle opposte “sponde” interpretative.

Per un verso, infatti, affermare la revocabilità delle condanne per fatti successivi all'*abolitio criminis* significa marcare una palpabile differenza rispetto alla tesi che ritiene imprescindibile, per una revoca *ex art. 673*, l'esistenza di una “legge posteriore” al fatto commesso, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, c.p.: tesi sostenuta da una parte della giurisprudenza e della dottrina (cfr. *supra*, §§ 3.1.1 e 3.2.1), ed accolta anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 230 del 2012 (§ 3.1.3).

Tra l'altro, una delle più frequenti obiezioni sollevate in tale ottica ricostruttiva – costituita dalla possibilità che un mutamento giurisprudenziale ricognitivo dell'*abolitio criminis*, anche se affermato al più alto livello, possa sempre essere legittimamente disatteso dalla successiva elaborazione interpretativa – potrebbe assumere connotazioni non teoriche proprio con riferimento al reato di omessa esibizione di documenti da parte dello straniero.

Si è visto infatti (cfr. *supra*, § 2) che, in dottrina, è stato autorevolmente sostenuto che la legge n. 94 del 2009 non avrebbe determinato – quanto agli stranieri irregolari – un'*abolitio criminis*, ma piuttosto un fenomeno di *abrogatio sine abolitione*, nel senso che la novella avrebbe comportato una “riespansione”, nei confronti di tali soggetti, della portata applicativa del reato di cui agli artt. 294 reg. T.U.L.P.S. e 221 T.U.L.P.S.⁷⁵: ed il fatto che tale opinione non abbia finora avuto concreti riscontri, a quanto consta, nella giurisprudenza di legittimità, ovviamente non esclude la possibilità di ulteriori evoluzioni in tal senso⁷⁶. Del resto, appare significativo il fatto che la stessa Consulta, nella sentenza n. 230, avesse *ex officio* evocato tale linea interpretativa, sia pure al solo fine di evidenziare che la mancata verifica della sua fondatezza, da parte del giudice *a quo*, non aveva determinato l'inammissibilità della questione (e ciò in quanto il rimettente aveva chiesto di estendere la portata dell'art. 673, oltre che alle ipotesi di abrogazione o declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, a quella di mutamento giurisprudenziale sancito dalle Sezioni unite)⁷⁷.

⁷⁵ G.L. GATTA, *Commento*, cit. pag. 1357.

⁷⁶ Va infatti segnalato che una recente ordinanza emessa in sede esecutiva aveva rigettato una richiesta di revoca, per *abolitio criminis*, di una sentenza di condanna emessa per il reato di cui all'art. 6, sostenendo appunto che il fatto era qualificabile ai sensi dei citati artt. 294 e 221. L'ordinanza è stata annullata dalla Suprema corte, con una motivazione che – nel ribadire gli insegnamenti delle Sezioni unite Alacev circa l'avvenuta *abolitio criminis* nei confronti degli stranieri irregolari, per effetto della l. 94 del 2009 – ha svolto considerazioni che non consentono di escludere radicalmente un ripensamento interpretativo. Si è invero osservato «che secondo la giurisprudenza prevalente la condotta di cui all'art. 294 citato va riferita alle ipotesi di cui all'art. 3 dello stesso decreto e presuppone quindi la qualifica di persona sospetta o pericolosa dell'intimato» (Sez. I, 19 gennaio 2015 n. 4461, Singh, *Ced Cass.*, n. 262535).

⁷⁷ Cfr. in particolare il § 4 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte costituzionale sottolinea che con l'accoglimento della tesi dottrinale richiamata «verrebbe, in effetti, meno il presupposto di operatività dell'art.

Per altro verso, non può certo escludersi che la limitazione della portata applicativa della revoca *ex art. 673* ai soli casi di «*errore percettivo*» dia luogo a riserve dall'opposta sponda interpretativa, ovvero tra i sostenitori della tesi – affermatasi sia in giurisprudenza che in dottrina (cfr. *supra*, § 3.1.4 e 3.2.2) – favorevole ad una operatività incondizionata di tale istituto.

Infatti, conferendo decisiva rilevanza alla distinzione tra errore percettivo ed errore valutativo, sembra inevitabile ritenere che, nella seconda ipotesi, i valori sottesi all'intangibilità del giudicato siano destinati a prevalere, sempre e comunque, sulle esigenze – aventi primario rilievo costituzionale, e progressivamente valorizzate dalle Sezioni unite, a partire dalle sentenze Ercolano e Gatto – di costante verifica, durante tutta la fase esecutiva, della legittimità della restrizione della libertà personale conseguente al trattamento sanzionatorio irrogato: e ciò anche nell'ipotesi in cui – si ripete – non è in gioco la correttezza dell'esercizio della potestà punitiva statale, in relazione ad un fatto che comunque resta pacificamente riconducibile ad una norma incriminatrice; ma è piuttosto l'esistenza stessa della predetta potestà punitiva a dover essere attentamente valutata, in considerazione dell'irrilevanza penale del fatto commesso già al momento della sua commissione.

In altri termini, appare del tutto comprensibile (e, per certi versi, condivisibile) la preoccupazione delle Sezioni unite di mantenersi nel solco delle precedenti pronunce, attraverso il recupero, ed anzi il conferimento di un rilievo dirimente – per l'ammissibilità di un intervento in sede esecutiva – alla diversa natura dell'errore che, in sede di cognizione, può aver determinato l'ipotesi patologica qui considerata.

Tuttavia, l'effettiva “tenuta” della predetta distinzione dovrà forse essere oggetto di ulteriori riflessioni, non solo e non tanto rispetto all'affermarsi in via generale di una più moderna concezione del giudicato, come chiaramente emerso nel percorso evolutivo delle Sezioni unite (in modo particolare, nella sentenza Gatto)⁷⁸, quanto soprattutto rispetto alla centralità che, nello stesso impianto argomentativo della sentenza Mraidi, finisce per assumere «*la tutela dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale alla libertà personale e il principio di legalità*».

Basti qui ricordare, a tale ultimo proposito, che la Corte EDU, nell'accertamento dell'effettivo rispetto del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, non si limita – come generalmente accade – a verificare la compatibilità con la convenzione EDU dei risultati interpretativi raggiunti dal giudice nazionale, senza sostituirsi a quest'ultimo nella valutazione e nella qualificazione giuridica dei fatti: la Corte ritiene invero necessario «*godere di un potere di controllo più ampio quando il diritto tutelato da una disposizione della Convenzione, in questo caso l'articolo 7, richiede che vi sia una base legale per poter infliggere una condanna e una pena. L'articolo 7 § 1 esige che la Corte esamini se la*

673 c.p.p., essendosi al cospetto, non di una abolitio criminis, ma di una cosiddetta abrogatio sine abolitio, rientrante nel paradigma della semplice successione di leggi modificatrici, in ordine alla quale l'applicazione retroattiva della *lex mitior* (quale sarebbe la fattispecie prevista dalla legislazione in materia di pubblica sicurezza dianzi ricordata) incontra, in base all'art. 2, quarto comma, c.p., il limite del giudicato.

⁷⁸ Cfr. *supra*, § 4.3, nota 66.

condanna del ricorrente si fondasse all'epoca su una base legale. In particolare, essa deve assicurarsi che il risultato al quale sono giunti i giudici nazionali competenti fosse conforme con l'articolo 7 della Convenzione. L'articolo 7 diverrebbe privo di oggetto se si accordasse un potere di controllo meno ampio alla Corte»⁷⁹.

Si ritiene peraltro di dover sottolineare che un eventuale completamento del percorso interpretativo avviato con la sentenza Mraidi, che giunga ad “aprire” alla revoca ex art. 673 anche nelle ipotesi di errore “valutativo” sugli effetti abrogativi di una nuova legge, potrebbe risultare solo in apparente contrasto con le precedenti pronunce delle Sezioni unite.

Se è vero infatti che, nella più volte citata sentenza Basile del 2015, è stata esclusa la possibilità di un intervento in sede esecutiva sulle pene accessorie, qualora il giudice della cognizione si sia pronunciato pervenendo erroneamente all'applicazione di una pena illegale – perché «*in tal caso, alla erroneità della valutazione non può che porsi rimedio con gli ordinari mezzi di impugnazione*» – è altrettanto vero che tale sentenza fa espressamente fatta salva l'ipotesi di «*errori macroscopici di calcolo o di applicazione di una pena avulsa dal sistema*». A tale sentenza, tra l'altro, fa espresso riferimento un'altra decisione facente parte del percorso evolutivo delle Sezioni unite, che – nel tratteggiare il rilievo anche costituzionale del principio di legalità della pena e la sua portata generale, anche in sede esecutiva – ha poi richiamato anche l'indirizzo interpretativo delle Sezioni semplici che «*ha sempre ritenuto illegale la pena non prevista dall'ordinamento giuridico oppure eccedente per specie e quantità il limite legale e ha precisato che tale principio, che vale sia per le pene detentive sia per le pene pecuniarie, vieta che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge – anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria – possa avere esecuzione, essendo avulsa da una potestà punitiva dello Stato*»⁸⁰.

Non sembra allora azzardato, in tale contesto interpretativo, ritenere – per le ragioni esposte nei precedenti paragrafi – che la pena irrogata con la sentenza di condanna per un fatto già privo di rilievo penale, al momento della sua commissione, sia da considerare «*avulsa dal sistema*», e che debba per questo ammettersi un intervento in sede esecutiva anche quando il giudice della cognizione si sia posto il problema dell'*abolitio criminis* e l'abbia esclusa, incorrendo in un errore “valutativo”. Non si vede invero, anche in tale seconda ipotesi, come l'esecuzione della pena irrogata con la sentenza di condanna possa realmente svolgere l'indispensabile funzione rieducativa di cui all'art. 27, comma 2, Cost.

Del resto – ed è quel che più conta – un chiaro indizio in ordine alla percorribilità di tale ipotesi ricostruttiva si rinviene proprio nelle parole conclusive

⁷⁹ Corte EDU, Rohlena c. Repubblica Ceca, *cit.*, § 51-52.

⁸⁰ [Sez. un. 26 febbraio 2015 n. 33040, Jazouli](#), in *questa Rivista*, 30 luglio 2015, che ha affermato l'illegalità della pena per le c.d. droghe “leggere” irrogata in base ai parametri edittali introdotti nell'art. 73 T.U. Stup. dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma oggetto di successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale (sent. n. 32 del 2014), anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità.

della sentenza Mraidi, già riportate in grassetto nel precedente paragrafo: pur avendo premesso che, nella specie, era stata la sussistenza di un errore “percettivo” a legittimare l’intervento del giudice dell’esecuzione, le Sezioni unite hanno affermato che la necessità di tutelare i diritti costituzionalmente e convenzionalmente presidiati deve prevalere sull’intangibilità del giudicato, *«non potendo accettarsi l’applicazione di una pena avulsa dal sistema’ (Sez. U, Basile, più volte citata) come quella inflitta con una sentenza di condanna pronunciata per un fatto che, al momento della sua commissione, non aveva rilievo penale e per questo era da ritenersi illegale ab origine»*.