



Università degli studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Anno Accademico 2021/2022

**ABOLITIO CRIMINIS E REVOCA DEL GIUDICATO  
EX ART. 673 C.P.P.**

Relatore: Chiar.mo Prof. Marcello Daniele

Candidato: Andrea Tapparello

Matricola: 1119306







# *Indice*

## *Capitolo I*

### *Abolitio criminis e retroattività della lex mitior*

1. Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. ....	12
1.1 Riferimenti normativi e Premesse storiche. ....	12
1.2 Fondamento. ....	15
1.3 Primo comma art. 2 c.p. e ambito di applicazione. ....	19
1.4 Irretroattività e misure di sicurezza. ....	23
1.5 Irretroattività e diritto processuale penale. ....	27
1.6 Irretroattività ed esecuzione della pena. ....	30
2. Il principio di retroattività della legge penale favorevole. ....	32
2.1 Ratio e fondamento costituzionale. ....	33
2.2 Riferimenti normativi. ....	38
2.3 L'abolitio criminis. ....	40
2.3.1 l'art. 2 co. 2 c.p. e fonti legittime dell'abolitio criminis.....	42
2.3.2 Abolizione integrale e parziale di una figura di reato.....	46
2.3.3 Leggi di interpretazione autentica.....	48
2.3.4 Abrogatio sine abolitione.....	49
2.3.5 Abolitio criminis e successione di norme integratrici.....	51
2.4 La successione di norme modificative della legge penale.....	57
2.5 Distinzione tra abolitio criminis e successione di norme modificative della legge penale.....	61
2.6. Ultrattività delle leggi temporanee ed eccezionali (art. 2 co. 5 c.p.).....	65
2.7. Decreti legge decaduti o non convertiti (art. 2 co. 6 c.p.).....	67

## *Capitolo II*

### *La revoca del giudicato ex art. 673 c.p.p.*

<b>1. La relatività del giudicato.....</b>	<b>76</b>
<b>2. Analisi dell'art. 673 c.p.p.....</b>	<b>80</b>
<b>3. Abolito criminis anteriore alla sentenza di condanna.....</b>	<b>86</b>
<b>4. Abolito criminis e sentenze di condanna oggettivamente cumulative. ....</b>	<b>87</b>
<b>5. Abolito criminis parziale e ruolo del giudice dell'esecuzione.....</b>	<b>90</b>
<b>6. La dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante. ....</b>	<b>92</b>
<b>6.1 La differenza ontologica tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma e ripercussioni in ambito penale: comunanza di effetti.</b>	<b>95</b>
<b>6.2 Illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p. ....</b>	<b>100</b>
<b>6.3. Le sentenze di condanna non ancora passate in giudicato. ....</b>	<b>102</b>
<b>6.4. Ordine di carcerazione non sospeso per il disposto dell'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p. ....</b>	<b>103</b>
<b>6.5. Le sentenze di condanna passate in giudicato.....</b>	<b>105</b>
<b>6.5.1. I vari orientamenti circa l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 30 L. 87/1953.....</b>	<b>106</b>
<b>6.5.2. La sentenza delle Sezioni Unite Gatto .....</b>	<b>113</b>
<b>7. Overuling abolitivo della giurisprudenza. ....</b>	<b>115</b>
<b>7.1. L'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998 nella sua originaria formulazione. ....</b>	<b>116</b>
<b>7.2 Contrasti interpretativi circa l'individuazione del soggetto attivo. ....</b>	<b>118</b>
<b>7.3. La nuova formulazione dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998.....</b>	<b>121</b>
<b>7.4. Nuovi contrasti interpretativi.....</b>	<b>122</b>
<b>7.5. La sentenza delle Sezioni Unite Alacev.....</b>	<b>125</b>
<b>7.6. i vari orientamenti circa l'applicazione dell'art. 673 c.p.p.....</b>	<b>127</b>
<b>7.7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2012.....</b>	<b>132</b>
<b>7.8. La sentenza delle Sezioni Unite Mraidì.....</b>	<b>137</b>

## *Capitolo III*

### *Revoca del giudicato e disapplicazione del diritto interno per contrasto con il diritto dell'Unione Europea*

1. Premessa.....	144
2. L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea.....	145
3. Il principio del primato del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione della norma interna. ....	150
4. L'efficacia indiretta: l'obbligo preliminare di interpretazione conforme e il risarcimento del danno. ....	156
5. Diritto interno contrastante con la CEDU. ....	161
6. Il caso El Dridi.....	164
6.1. I reati di inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento dal territorio nazionale (art. 14 co. 5-ter e quater d.lgs. 286/1998).....	166
6.2. La direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri).....	170
6.3. Il contrasto dell'art. 14 con la direttiva rimpatri e il rinvio pregiudiziale della Corte d'Appello di Trento.....	173
6.4. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea El Dridi 28/04/2011 (C-61/11 PPU).....	176
6.5. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per il delitto di cui all'art. 14 co. 5-ter. ....	179
6.6. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per reati diversi da quelli di cui all'art. 14 co. 5-ter. ....	184
6.7. Gli effetti della sentenza El Dridi sulle sentenze di condanna definitive per i delitti di cui all'art. 14 co. 5-ter.....	185
6.8. la nuova formulazione dell'art. 14 co. 5-ter. ....	190
<i>Bibliografia</i> .....	195
<i>Indice della giurisprudenza</i> .....	203







## *Capitolo I*

### *Abolitio criminis e retroattività della lex mitior*

Sommario: 1. Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. - 1.1. Riferimenti normativi e Premesse storiche. - 1.2. Fondamento. -1.3. Primo comma art. 2 c.p. e ambito di applicazione. - 1.4. Irretroattività e misure di sicurezza. - 1.5. Irretroattività e diritto processuale penale. - 1.6- Irretroattività ed esecuzione della pena. 2. Il principio di retroattività della legge penale favorevole. - 2.1 Ratio e Fondamento costituzionale. - 2.2. Riferimenti normativi. - 2.3 L'abolitio criminis. - 2.3.1 L'art. 2 co. 2 c.p. e fonti legittime dell'abolitio criminis - 2.3.2. Abolizione integrale e parziale di una figura di reato. - 2.3.3. leggi di interpretazione autentica - 2.3.4. Abrogatio sine abolitione. - 2.3.5. abolitio criminis e successione di norme integratrici. - 2.4. La successione di norme modificative della legge penale. - 2.5. Distinzione tra abolitio criminis e successione di norme modificative della legge penale - 2.6. ultrattività delle leggi temporanee ed eccezionali (art. 2 co. 5 c.p.). - 2.7. decreti legge decaduti o non convertiti. (art. 2 co. 6 c.p.).

## **1. Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.**

### **1.1 Riferimenti normativi e Premesse storiche.**

Nel presente lavoro si analizza l'istituto dell'abolitio criminis, argomento centrale del diritto penale sostanziale, in connessione con quello della revoca del giudicato. L'art. 673 del codice di procedura penale contempla, infatti, anche l'abrogazione della norma incriminatrice fra le ipotesi espresse in presenza delle quali il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di revocare la sentenza di condanna irrevocabile. Come vedremo, tale potere del giudice costituisce il riflesso processuale dell'art. 2 del codice penale, contenente la disciplina sostanziale dell'abolitio criminis. Obiettivo dell'elaborato, dunque, è di fornire al lettore una panoramica, per quanto possibile, completa della disciplina sostanziale e processuale dell'abolitio criminis, comprensiva delle questioni problematiche dibattute in dottrina e in giurisprudenza. Preliminarmente, tuttavia, è necessario un inquadramento sistematico del fenomeno normativo della successione di leggi penali nel tempo, rispetto al quale i principi di irretroattività della legge penale sfavorevole e di retroattività della legge penale favorevole costituiscono i criteri per risolvere eventuali contrasti fra norme.

Il primo comma dell'art. 2 c.p., il cui dispositivo sancisce che “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”, codifica a livello di legislazione ordinaria il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole<sup>1</sup>, il quale rappresenta una garanzia

---

<sup>1</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, CEDAM, 2003, p. 24-25.

irrinunciabile in uno Stato liberale di diritto: il cittadino, infatti, deve avere la possibilità di sapere, preventivamente al proprio agire, se dalla sua condotta possa discendere una responsabilità penale e a quali sanzioni possa incorrere<sup>2</sup>. Solo in questo modo si può parlare di libero arbitrio, di scelta consapevole, di libertà del volere umano. Se, al contrario, ci fosse la possibilità per lo Stato o per il giudice di punire retroattivamente fatti che, al momento della loro commissione, non erano previsti quali reati (o che erano puniti in modo più tenue), questo vorrebbe dire che il cittadino sarebbe sottoposto all'arbitrio dello Stato e ai suoi potenziali abusi<sup>3</sup>.

Tutto ciò è confermato dalla Relazione al Progetto del codice penale redatta dal Guardasigilli Alfredo Rocco: “anche la nuova codificazione sarà informata, in linea di massima, ai principi generali e tradizionali della non retroattività e della non ultra-attività della legge penale. Questa non può avere forza obbligatoria, né rispetto a fatti commessi in un momento anteriore in cui è sorta, né rispetto a fatti commessi in un momento posteriore a quello in cui ha cessato di avere vigore. La disposizione della prima parte dell'articolo 2, in forza della quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato, codifica il principio della non retroattività”<sup>4</sup>.

Più in generale, il principio di irretroattività è stabilito dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, in virtù del quale “La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. Ciò vuol dire che, da un lato,

---

<sup>2</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Giuffrè, ed. X, 2020, p. 117.

<sup>3</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 117; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 23.

<sup>4</sup> Relazione del Guardasigilli Rocco al Progetto del codice penale, *Lav. Prep.*, V, I, 1929, 20.

il principio di irretroattività è configurato quale principio generale dell'intero ordinamento, dunque non esclusivo della materia penalistica<sup>5</sup>. Dall'altro, invece, essendo contenuto in una legge ordinaria, di conseguenza detto principio potrebbe essere legittimamente derogato da un'altra legge ordinaria successiva<sup>6</sup>. Nel diritto penale, tuttavia, il principio di irretroattività assume rango costituzionale grazie all'art 25 comma secondo, in forza del quale “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso “. Di conseguenza, in ambito penale, la legge ordinaria non potrà mai derogare a questo principio<sup>7</sup>.

Storicamente il principio di irretroattività ha trovato il suo primo importante riconoscimento normativo all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1950<sup>8</sup>, entrata in vigore nell'ordinamento italiano con la l. n. 848/1955.

Nel decennio successivo il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è stato inserito nella prima parte dell'art. 15.1 del Patto sui diritti civili

---

<sup>5</sup> F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, Giappichelli, ed. VIII, 2021, p. 135-136.

<sup>6</sup> F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 136.

<sup>7</sup> F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 136.

<sup>8</sup> “Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d’après le droit national ou international. De même il n’est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l’infraction a été commise”; S. Camaioni, *Successioni di leggi penali*, cit., p. 24.

e politici<sup>9</sup>, varato dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e ratificata in Italia con la l. 881/1977<sup>10</sup>.

## **1.2 Fondamento.**

Si è visto precedentemente che il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole consiste in un divieto inderogabile di punire fatti che, al tempo della loro commissione, non costituivano reato. È opportuno, a questo punto, analizzare quale sia la ratio del suddetto principio. Sebbene sul punto in passato si fosse aperto un ampio dibattito, attualmente sulla questione vi è pressoché un'uniformità di vedute. Tuttavia, prima di analizzare i vari orientamenti, è bene premettere alcune considerazioni generali.

Il principio di irretroattività, infatti, consiste in un criterio di risoluzione del problema generale della efficacia della legge nel tempo, al fondo del quale vi stanno sostanzialmente due esigenze: da un lato la giustizia sostanziale, dall'altro la sicurezza giuridica<sup>11</sup>. La prima esigenza viene avvertita principalmente quando il diritto giunge in ritardo a disciplinare quei rapporti sociali che hanno stimolato la stessa produzione legislativa, sicché la retroattività della norma risulterebbe imposta da un'esigenza di giustizia sostanziale. La seconda, invece, si manifesta quale contraltare della prima, per evitare l'instabilità dei rapporti che si creerebbe

---

<sup>9</sup> "Nul ne sera condamné pur des actions ou omissions qui ne constituaient pas une acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises".

<sup>10</sup> S. Camaioni, *Successioni di leggi penali*, cit., p. 24.

<sup>11</sup> F. Palazzo, *Corso di diritto penale parte generale*, cit., p. 137.

se si applicassero retroattivamente le norme<sup>12</sup>. Di fronte a queste due esigenze, l'ordinamento ha scelto di privilegiare la sicurezza giuridica all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, prevedendo l'irretroattività della legge come principio generale dello stesso. Tuttavia “un certo spazio di riconoscimento anche delle contrapposte esigenze di giustizia sostanziale esiste nella misura in cui il principio di irretroattività della legge è derogabile dal legislatore, essendo esso affermato a livello esclusivamente di legge ordinaria”<sup>13</sup>.

Il principio di irretroattività, invece, si atteggia diversamente nella materia penale in quanto assume rango costituzionale all'art. 25 co. 2 della Costituzione. Di conseguenza esso è inderogabile da parte della legge ordinaria, malgrado sia proprio in diritto penale che le esigenze di giustizia sostanziale si manifestano in modo più urgente<sup>14</sup>. Non sempre, infatti, tale principio è stato osservato: l'esempio paradigmatico è quello dei Tribunali internazionali militari di Norimberga, nei quali si assistette ad una violazione del principio di irretroattività per fondare le condanne dei più alti gerarchi del regime nazista sulla base dei principi di umanità che già si rinvenivano all'interno dei singoli ordinamenti<sup>15</sup>. Non a caso, all'esito di quest'esperienza, è stato inserito all'interno dell'art. 7.2 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e dell'art. 15 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici un limite al principio di irretroattività<sup>16</sup> riguardo a quelle azioni od omissioni che risultano quali crimini “secondo i principi

---

<sup>12</sup> F. Palazzo, Corso di diritto penale parte generale, cit., p. 136-137.

<sup>13</sup> F. Palazzo, Corso di diritto penale parte generale, cit., p. 137.

<sup>14</sup> F. Palazzo, Corso di diritto penale parte generale, cit., p. 137.

<sup>15</sup> F. Mantovani, Diritto Penale, CEDAM, ed. XI, 2020, p. 88.

<sup>16</sup> F. Palazzo, Corso di diritto penale parte generale, cit., p. 137; F. Mantovani, Diritto Penale, cit., p. 89.

generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili”<sup>17</sup> ovvero “dalla comunità delle nazioni”<sup>18</sup>.

Aldilà di queste ipotesi, tuttavia, nel diritto penale il principio di irretroattività assume rango costituzionale, a differenza degli altri settori del diritto. Ciò costituisce una dimostrazione che la ratio sottostante non sia solo quella della sicurezza giuridica dei rapporti<sup>19</sup>.

Circa il fondamento del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, previsto all’art 2 co. 1 c.p. e all’art 25 co. 2 della Costituzione, si sono fronteggiati principalmente due orientamenti: il primo che individua la ratio nella certezza dei rapporti giuridici, il secondo nella garanzia del cittadino<sup>20</sup>.

I sostenitori del primo orientamento si concentrano principalmente sulle ragioni logiche connaturali al concetto di certezza, che a sua volta si esprime e si realizza nella predeterminazione del diritto al fatto. In passato anche parte della giurisprudenza avvalorava tale visione, come dimostra un obiter dictum della Cass. Sez. Un., 6/3/1992, n. 2041<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, art. 7.2.

<sup>18</sup> Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici, art 15 co. 2.

<sup>19</sup> F. Palazzo, *Corso di diritto penale parte generale*, cit., p. 137-138.

<sup>20</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 24-25.

<sup>21</sup> “(...) come è già stato affermato dalla Corte costituzionale, infatti, deve escludersi una costituzionalizzazione del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione; e, d’altra parte, il fatto che la legge non abbia esteso retroattivamente il diritto alla riparazione a situazioni di ingiusta detenzione verificatesi prima della costituzione del diritto, lungi dall’apparire arbitrario o irragionevole, è chiaramente mirato al perseguimento della finalità costituzionalmente apprezzabile della stabilità dei rapporti esauriti e della certezza del diritto, posta a fondamento del principio di irretroattività” così Cass. Sez. Un. 6/3/1992, Giovannini, n. 2041.

Altra parte della dottrina, pur riconoscendo che la ratio del principio di irretroattività sia la certezza dei rapporti giuridici, la collega con l'esigenza sostanziale di garanzia della libertà personale del cittadino nei confronti dello stato<sup>22</sup>. Tale orientamento, quindi, pur sottolineando l'importanza della ratio di garanzia, concentra l'attenzione sulla certezza e stabilità dei rapporti giuridici.

Dottrina e giurisprudenza prevalente, invece, sostengono che la ratio del principio di irretroattività sia di garanzia del cittadino, il quale deve poter prevedere le conseguenze penali dei propri comportamenti posti in essere in violazione delle norme incriminatrici. Tale garanzia di prevedibilità, in uno stato liberale di diritto, sarebbe necessaria per poter parlare di responsabilità penale del soggetto agente.<sup>23</sup>

Anche la Corte Costituzionale ha avvalorato questa impostazione nella sentenza 364/88<sup>24</sup>.

Sul punto si è espressa recentemente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 32/2020, in cui ha avuto modo di specificare che sicuramente il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole ha una ratio di garanzia, ma quest'ultima non consiste solo nell'esigenza di prevedibilità della sanzione

---

<sup>22</sup> M. Gallo, *La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 118.

<sup>23</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 117-118; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 87-88; Fiandaca-Musco, *Diritto Penale parte generale*, Giappichelli, ed. VIII, 2019, p. 97; F. Palazzo, *Corso di diritto penale parte generale*, cit., p. 138-139; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Giappichelli, ed. IX, 2021, p. 537-538; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 26-27.

<sup>24</sup> "I principi di tassatività e d'irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell'aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la possibilità di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione." C. Costituzionale 24/03/1988 n. 364.

penale, bensì anche nella protezione del cittadino di fronte a potenziali abusi del legislatore<sup>25</sup>.

### **1.3 Primo comma art. 2 c.p. e ambito di applicazione.**

Il primo comma dell'art. 2 del codice penale stabilisce: “Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato”. Questa disposizione si riferisce al fenomeno della nuova incriminazione, che si configura nel momento in cui una “nuova legge incrimina un fatto prima non costituente reato”<sup>26</sup>: rispetto a tale ipotesi vale il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, in base al quale è fatto divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca comportamenti considerati leciti al momento della loro commissione<sup>27</sup>.

Come abbiamo già visto, il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è stabilito non solo nel codice penale, ma anche all'art. 25 co. 2 della Costituzione. È ragionevole ritenere che quest'ultima disposizione abbia carattere precettivo e non meramente programmatico, suscettibile dunque di applicazione immeditata senza che sia necessaria alcuna ulteriore attività. Costituisce un argomento a favore di questa tesi il fatto che l'art. 25 si collochi tra le norme sui diritti di libertà, i quali necessitano non di un intervento positivo per la loro

---

<sup>25</sup> C. Costituzionale, 26/02/2020, n. 32

<sup>26</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 94.

<sup>27</sup> Fiandaca-Musco, *Diritto Penale parte generale*, cit., p. 99.

realizzazione, bensì dell'astensione<sup>28</sup>. Di conseguenza l'art. 25 non contiene solamente un programma di azione, bensì disciplina direttamente applicabile.<sup>29</sup>

Dal collegamento dell'art 2 co. 1 c.p. con l'art. 25 co. 2 della Costituzione, derivano due regole fondamentali:

Il divieto per il legislatore ordinario di emanare norme penali che introducono nuove incriminazioni dotate di efficacia retroattiva, ricavabile dall'art 25 co. 2 della Costituzione<sup>30</sup>;

Il divieto, ricavabile dall'art. 2 co. 1 c.p., per il giudice di applicare retroattivamente una legge che contenga una nuova incriminazione, interpretandola in modo tale da ricomprendere condotte commesse prima della sua entrata in vigore<sup>31</sup>.

Premesso ciò, risulta necessario individuare quali fenomeni giuridici rientrino nel concetto di nuova incriminazione, al fine di stabilire quale sia la portata applicativa dell'art. 2 co. 1 c.p.

In primo luogo rientra sicuramente nel concetto di nuova incriminazione l'ipotesi di una legge che introduca una fattispecie di reato integralmente nuova, in quanto

---

<sup>28</sup> M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, cit., p. 74-75-76-77.

<sup>29</sup> M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, cit., p. 74-75-76-77.

<sup>30</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 121; C. Podo, *Successione di leggi penali*, in NDI, XVIII, 643.

<sup>31</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 121; C. Podo, *Successione di leggi penali*, cit., 643.

prevede come penalmente perseguibili fatti che precedentemente erano privi di rilevanza penale.<sup>32</sup>

In secondo luogo è necessario applicare il primo comma dell'art. 2 in concreto e non in astratto, altrimenti la sua funzione garantista sarebbe frustrata<sup>33</sup>. Di conseguenza avremmo una nuova incriminazione anche nell'ipotesi in cui la nuova legge vada ad ampliare figure di reato preesistenti. Ciò può avvenire sia qualora l'intervento riguardi disposizioni di parte speciale, sia di parte generale. Un esempio di ampliamento di una disposizione di parte speciale risulta dalla nuova formulazione dell'art. 648 bis c.p., così come riformato dal legislatore ordinario nel 1993, in base al quale rientrano nel delitto di riciclaggio anche la sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo. Prima della riforma, invece, la fattispecie colpiva solo la sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitti di particolare gravità che rientrassero nell'elencazione dell'art. 648 bis<sup>34</sup>. Per quanto riguarda l'ampliamento di una disposizione di parte generale, invece, basti pensare ad un'ipotetica riforma della disciplina del tentativo, in modo da estendere la rilevanza penale anche al tentativo inidoneo<sup>35</sup>.

In terzo luogo, dobbiamo domandarci se il concetto di nuova incriminazione contempli anche l'ipotesi in cui l'ampliamento dell'ambito applicativo di una norma incriminatrice sia determinato non da riforma normativa, piuttosto da un

---

<sup>32</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 121; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 29.

<sup>33</sup> C. Podo, *Successione di leggi penali*, cit., 643.

<sup>34</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 122.

<sup>35</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 122.

mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Negli anni 90 la questione ha interessato la giurisprudenza tedesca, in occasione di un nuovo orientamento in base al quale per la guida di un veicolo in condizioni sicure fosse necessario rispettare una nuova soglia di 1,1 grammi per litro di sangue (precedentemente 1,3), e se tale orientamento sfavorevole potesse essere applicato retroattivamente.<sup>36</sup>

In Italia la questione è stata oggetto di alcune pronunce da parte della giurisprudenza della Cassazione, la quale ha enunciato il principio secondo cui, in conformità con l'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, è possibile applicare retroattivamente un nuovo orientamento giurisprudenziale sfavorevole circa l'interpretazione di una norma incriminatrice se tale interpretazione fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa<sup>37</sup>.

È bene sottolineare che tale soluzione di principio, individuata dalle varie sezioni semplici della Cassazione, si ispira alla giurisprudenza della Corte EDU, la quale in più occasioni ha avuto modo di specificare che dal principio di irretroattività, sancito dall'art. 7 CEDU, derivano i due corollari della conoscibilità della legge penale e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, per cui l'applicazione retroattiva di un orientamento giurisprudenziale sfavorevole violerebbe lo stesso principio di irretroattività<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 122.

<sup>37</sup> Cass. Pen. Sez. V, 9/07/2018, n. 47510, Dilaghi; Cass. Pen. Sez. V, 24/04/2018, n. 37587, Fabbrizzi; Cass. Pen. Sez. II 18/02/2016, n. 21596.

<sup>38</sup> C. EDU, Grande Camera, 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna, in *Dir. Pen. Cont.*; C. EDU, sez II, 31/12/2019, Parmak e Bakir c. Turchia.

Premesso ciò, la corte EDU ha ritenuto che vi sia stata una violazione dell'art. 7 CEDU riguardo alla condanna, in Italia, per concorso esterno in associazione a delinquere di stampo mafioso di un dirigente della Polizia di Stato e dei servizi segreti italiani, in quanto all'epoca dei fatti tale figura criminosa non era ancora ben delineata dalla giurisprudenza e, dunque, la condanna non era ragionevolmente prevedibile.<sup>39</sup>

#### **1.4 Irretroattività e misure di sicurezza.**

l'art. 25 co.3 Cost., in base al quale “Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi stabiliti dalla legge”, si limita a stabilire il principio di legalità per quanto riguarda le misure di sicurezza. Sorge, dunque, il problema dell'applicazione o meno del principio di irretroattività anche per le misure di sicurezza.

A questo proposito, l'art. 200 c.p. stabilisce al primo comma che “Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione”, mentre al secondo comma che “se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione”.

Per la soluzione del problema, parte della dottrina propone un'interpretazione restrittiva dell'art. 200 c.p. primo e secondo comma, in quanto normativa che incide in una garanzia prevista dalla costituzione, ossia la libertà dell'individuo.

---

<sup>39</sup> C. EDU, sez IV, 14/04/2015, Contrada c. Italia, in Dir. Pen. Cont.

In particolare, l'art 200 co. 1-2 c.p. si riferirebbe alla sola ipotesi in cui il fatto fosse configurato dalla legge quale reato al tempo della commissione e, al contempo, prevedesse l'applicazione delle misure di sicurezza, ma una legge posteriore abbia modificato le modalità esecutive: così, in base al primo comma, il giudice della cognizione sarebbe costretto ad applicare la legge in vigore al momento dell'applicazione della misura; parimenti, in base al secondo comma, il giudice dell'esecuzione dovrà applicare la legge in vigore al momento dell'esecuzione, eventualmente diversa rispetto a quella applicata dal giudice della cognizione<sup>40</sup>.

Da una tale impostazione restrittiva, derivano due conseguenze:

Se la legge, all'art 202 co. 1 c.p., prevede la qualificazione di un fatto come reato quale presupposto per l'applicazione di una misura di sicurezza, e la Costituzione, all'art 25 co. 2, dispone che dev'essere una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto a qualificare lo stesso come reato, di conseguenza una misura di sicurezza non può essere disposta se il fatto, al momento della realizzazione, non costituiva reato<sup>41</sup>. Parimenti, se la previsione da parte della legge di un fatto come reato costituisce il presupposto dell'applicazione di una misura di sicurezza, discende che una misura di sicurezza non può essere disposta se la legge successiva abbia determinato una abolitio criminis<sup>42</sup>. Nella giurisprudenza della Cassazione quest'ultimo punto è stato oggetto di una evoluzione del pensiero: inizialmente favorevole all'applicabilità della misura di

---

<sup>40</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 124-125

<sup>41</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 125; in senso conforme, Cass. Pen. Sez. I, 11/03/2005, n 13039, Santonocito.

<sup>42</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 125.

sicurezza sebbene una legge successiva abbia abolito il reato<sup>43</sup>, successivamente contrario<sup>44</sup>.

Se la legge del tempo prevedeva il fatto come reato ma non l'applicazione della misura di sicurezza, nel caso in cui intervenga una legge successiva che ne preveda l'applicabilità, essa non potrà essere disposta in rapporto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che preveda l'applicabilità della misura di sicurezza<sup>45</sup>. Sul punto la giurisprudenza della Cassazione adotta un orientamento nettamente contrario, favorevole dunque all'applicazione retroattiva delle leggi che introducono nuove misure di sicurezza riguardo a fatti già previsti come reato al momento della commissione, sia personali che patrimoniali<sup>46</sup>.

Inoltre, siccome l'art. 25 co. 3 della Costituzione si limita a prevedere il principio di legalità riguardo alle misure di sicurezza, nulla vieterebbe al legislatore di stabilire l'applicazione retroattiva di una misura di sicurezza, con il limite dato dal principio di irretroattività di cui all'art 25 co. 2 Cost.: si sta facendo riferimento alla "truffa delle etichette", fenomeno in base al quale una determinata misura viene qualificata come misura di sicurezza dal legislatore, che presenta tuttavia i caratteri sostanziali di una pena. In quest'ultima caso è necessario andare oltre la

---

<sup>43</sup> Cass. Pen. Sez. III, 25/06/1995, n. 1453, De Cristofaro.

<sup>44</sup> Cass. Pen. Sez. III, 12/01/2018, n. 8421, Di Tondo.

<sup>45</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 125-126.

<sup>46</sup> Cass. Pen. Sez. III, 19/09/2013, n. 44188, Varga; Cass. Pen. Sez. IV, 19/01/2010, n. 12406, Raggiunti; Cass. Pen. Sez. IV, 4/06/2009, n. 32932, Simioni; Cass. Pen. Sez. I, 24/10/2012, n. 44534, Ascone.

qualificazione, poiché l'applicazione retroattiva si risolverebbe in una sostanziale violazione dell'art. 25 co. 2 Cost<sup>47</sup>.

Recentemente è stato sostenuto, dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e di Cassazione, che il fenomeno poc'anzi descritto viola altresì l'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte EDU, elevato a parametro interposto di costituzionalità in virtù dell'art. 117 Cost: posto che, secondo la Corte EDU, il principio di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU riguardi tutte le sanzioni che, aldilà della qualificazione formale, conseguano alla condanna per un reato e abbiano natura sostanzialmente punitiva/repressiva, la Corte Costituzionale ha escluso l'applicazione retroattiva di alcune ipotesi specifiche di confisca, alla luce degli art. 117 Cost, 25 comma 2 Cost., 7 CEDU.

In particolare, è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 200, 322 ter c.p. e dell'art. 1 co. 143 l. 244/2007 nella parte in cui, stante l'interpretazione del giudice a quo, la confisca per equivalente sarebbe applicabile anche in relazione a reati commessi prima della riforma di cui sopra, perché tale misura ha natura sostanziale di sanzione penale, dunque soggetta al principio di irretroattività di cui agli art. 25 co. 2 Cost e art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU<sup>48</sup>.

Similmente, la Corte Costituzionale e le Sezioni Unite della Cassazione, hanno qualificata la confisca obbligatoria del veicolo, conseguente alla condanna per

---

<sup>47</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 125-126.

<sup>48</sup> Corte Cost., 2/04/2009, n. 97; principio ribadito anche in Corte. Cost., 7/04/2017, n. 68.

guida in stato d'ebbrezza, come pena, escludendone dunque l'applicazione retroattiva<sup>49</sup>.

### **1.5 Irretroattività e diritto processuale penale.**

Come si è visto nei paragrafi precedenti, la ratio del principio di irretroattività consiste nella garanzia per il cittadino: da un lato intesa quale possibilità di previsione delle conseguenze penali dei propri comportamenti, dall'altro quale protezione contro eventuali abusi del potere legislativo<sup>50</sup>. Di conseguenza l'ambito di applicazione del principio di irretroattività è circoscritto alle sole norme sostanziali, ossia le norme che incidono nella libertà del cittadino e nelle sue potenziali scelte di orientamento della propria condotta. Le norme processuali, differentemente, sono regolate dal principio *tempus regit actum*, in base al quale agli atti processuali si applica la disciplina in vigore al momento in cui l'atto stesso viene compiuto<sup>51</sup>.

In passato, invece, la questione era dibattuta: la dottrina sosteneva l'applicabilità dell'art. 2 c.p. a tutta la materia penalistica, comprese le norme processuali<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Corte Cost., 4/06/2010, n. 196; Cass. Pen. Sez. Un., 25/02/2010, Caligo.

<sup>50</sup> C. Costituzionale, 26/02/2020, n. 32.

<sup>51</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 129.

<sup>52</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 115.

Vi era, infatti, chi sosteneva che l'art. 2 "non contiene il menomo segno atto ad escludere le norme processuali"<sup>53</sup>. In particolare tale dottrina affermava che il terzo comma dell'art. 2 (attualmente il quarto) sarebbe superfluo se fosse riferito alle sole norme penali sostanziali, in quanto l'irretroattività della norma sfavorevole è già stabilita al primo comma; la conseguenza è che solo estendendo la sua portata anche alle norme penali processuali il terzo comma acquista piena portata normativa<sup>54</sup>.

Altri invece sostenevano che fosse direttamente l'art. 25 co. 2 Cost ad estendere il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole anche alle norme processuali. Ciò in quanto l'art 2 c.p. fa riferimento al fatto, richiamo assente invece nella disposizione costituzionale, in cui si fa più latamente riferimento alla punizione<sup>55</sup>.

Altra dottrina sosteneva addirittura che è il principio di irretroattività stesso a non consentire una distinzione tra norme penali sostanziali e processuali<sup>56</sup>.

Nella dottrina moderna, invece, è pacifico che, in astratto, alle norme penali processuali si applichi il principio *tempus regit actum*, mentre alle norme penali sostanziali quello dell'irretroattività, pur tenendo in considerazione delle esigenze garantistiche sopraindicate.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> F. Carnelutti, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, 1950, 195

<sup>54</sup> F. Carnelutti, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, cit., 195 e ss.

<sup>55</sup> M. Gallo, *la legge penale*, Giappichelli, 1965, p. 215-216.

<sup>56</sup> M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, cit.

<sup>57</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 117

Vi sono, tuttavia, alcuni istituti che si collocano al confine tra la materia processuale e quella sostanziale, con la conseguenza che, rispetto alle norme che ne modificano la disciplina, si pone il problema di stabilire se ad esse sia applicabile il principio di irretroattività, nel caso in cui non contengano una disciplina di diritto transitorio<sup>58</sup>. A questo proposito, parte della dottrina e la giurisprudenza costituzionale affermano che il problema può essere risolto facendo riferimento alla funzione attribuita dalla Costituzione al principio di irretroattività, non essendo dirimente l'appartenenza dell'istituto soggetto a modifica al diritto penale sostanziale o a quello processuale<sup>59</sup>.

Uno degli istituti problematici è la prescrizione: in particolare una legge che estenda il tempo necessario affinché intervenga la prescrizione di un reato. Riguardo a ciò, secondo parte della dottrina risulta opportuno scindere l'ipotesi in cui la prescrizione sia già intervenuta al tempo in cui la legge entra in vigore, dall'ipotesi in cui la prescrizione non sia ancora maturata. Riguardo alla prima ipotesi, l'applicazione del nuovo termine prescrizionale più lungo va escluso, poiché una volta spirato il termine il soggetto fa legittimamente affidamento sull'estinzione del reato e, di conseguenza, sulla sua non punibilità. Nella seconda ipotesi, invece, si potrebbe applicare retroattivamente il nuovo termine, perché la ratio del principio di irretroattività non è quella di permettere al soggetto agente di calcolare quanto tempo rimanere celato prima che il reato si estingua, bensì quella di permettere di orientare le proprie condotte, sapendo prima di compiere

---

<sup>58</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 129.

<sup>59</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 129; Corte Cost., 12/02/2020, n. 32, cit.

una determinata azione se ed in quale misura verrà punito<sup>60</sup>. Tale orientamento è condiviso dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e da una parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>61</sup>.

La Corte di Cassazione, invece, afferma che la prescrizione del reato abbia natura sostanziale, di conseguenza qualsiasi norma posteriore che estenda i tempi necessari ai fini della maturazione della prescrizione non potranno essere applicate retroattivamente<sup>62</sup>.

Sulla stessa scia anche la Corte Costituzionale, la quale qualifica la prescrizione del reato quale istituto sostanziale, rientrando dunque nell'ambito di applicazione del principio di legalità ex art 25 co. 2 Cost.<sup>63</sup>.

### **1.6 Irretroattività ed esecuzione della pena.**

Altrettanto problematico è stabilire se rientrino nell'alveo del principio di irretroattività norme che comportino una modifica in senso peggiorativo per il condannato in materia di esecuzione penale, in particolare che comportino restrizioni all'accesso alle misure alternative alla detenzione. Un esempio paradigmatico è quello della l. 9/01/2019 n. 3 (c.d. Spazzacorrotti), la quale ha fatto rientrare alcuni delitti contro la pubblica amministrazione all'interno della

---

<sup>60</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 130.

<sup>61</sup> Corte EDU, 22/06/2000, Coeme e a. c. Belgio; Corte di Giustizia UE, 8/09/2015, Taricco, punto 57.

<sup>62</sup> Cass. Sez. VI, 16/05/2017, n. 31877.

<sup>63</sup> Corte Cost., 26/01/2017, n. 24; Corte Cost., 31/05/2018, n. 115.

disciplina prevista all'art. 4 bis co. 1 dell'ordinamento penitenziario, attinente al divieto di concessione dei benefici ai condannati per reati elencati nello stesso comma.

A tal proposito, l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, e prevalente in passato, ha adottato un approccio meramente formalistico, affermando che le norme che determinano una modifica in senso peggiorativo in materia di esecuzione penale abbiano natura processuale e, di conseguenza, sia loro applicabile il principio *tempus regit actum*<sup>64</sup>.

Parte della dottrina, invece, argomentando sulla base della funzione assegnata dalla Costituzione al principio di irretroattività, ossia garantire che le conseguenze penali delle proprie condotte siano conoscibili, afferma che qualsiasi riforma legislativa che impatti sulla qualità della pena ricada nell'ambito di applicazione del principio di irretroattività<sup>65</sup>. Anche la giurisprudenza più recente ha avvalorato tale orientamento, in senso opposto a quello prevalente sino ad allora, riguardo alla legge c.d. "Spazzacorrotti" sopracitata.

Sull'applicabilità retroattiva della legge spazzacorrotti si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 1. Co.6 lettera b) della l. 9/01/2019 n. 3, in quanto interpretato nel senso che le modifiche apportate all'art 4 bis co. 1 dell'ordinamento giudiziario si applichino anche ai condannati che abbiano compiuto il fatto anteriormente la riforma.

---

<sup>64</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 30/05/2006, n. 24561; Cass. Pen. Sez. I, 3/02/2016, n. 37578.

<sup>65</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 132.

In particolare, secondo la corte, per risolvere il problema dell'applicazione retroattiva di modifiche normative attinenti all'esecuzione penale, è necessario distinguere tra modifiche che comportano una trasformazione della natura della pena e quelle che attengono solo alle modalità esecutive, di modo da applicare il principio di irretroattività alle prime e il tempus regit actum al secondo.

Nel caso di specie, la legge c.d. "Spazzacorrotti", aggravando l'accesso alle misure alternative ai condannati per alcuni reati contro la pubblica amministrazione, in particolare subordinando la concessione della misura alla collaborazione con la giustizia da parte del condannato, ha implicato una trasformazione sostanziale della natura della pena rispetto a quella prevista al momento della commissione del reato. Di conseguenza a tale disciplina risulterà applicabile il principio di irretroattività<sup>66</sup>.

## **2. Il principio di retroattività della legge penale favorevole.**

il principio di retroattività della legge penale favorevole è un altro principio generale del diritto penale, che attiene al fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, al pari del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

In particolare, in base a tale principio viene applicata retroattivamente ogni legge che contenga disposizioni più favorevoli rispetto a quelle vigenti alla commissione del fatto di reato<sup>67</sup>, posto che per disposizione più favorevole si intende qualsiasi

---

<sup>66</sup> Corte cost., 26/02/2020, n. 32

<sup>67</sup> D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 539.

disposizione, sostanziale o processuale, che preveda per il soggetto un trattamento meno severo o con maggiori garanzie<sup>68</sup>.

Una manifestazione di questo principio lo ritroviamo, a livello positivo, ai commi 2, 3, 4 del codice penale, attinenti rispettivamente ai fenomeni dell'abolitio criminis e della successione di leggi penali modificative della disciplina del reato, sui quali avremo modo di soffermarci nei prossimi paragrafi.

In quanto tale, esso costituisce il contraltare e il limite del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole<sup>69</sup>: dalla combinazione di questi due principi cardine che regolano il fenomeno generale della successione di leggi penali del tempo, ricaviamo che il principio di irretroattività stabilito all'art. 25 co. 2 della Cost. deve essere interpretato in termini non assoluti, bensì relativi<sup>70</sup>.

## **2.1 Ratio e fondamento costituzionale.**

Mentre il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole trova espresso riconoscimento all'art. 25 co. 2 della Costituzione (e all'art. 2 co. 1 c.p.), il principio di retroattività favorevole trova riconoscimento solo a livello di legislazione ordinaria all'interno del codice penale, non trovando alcun espresso riconoscimento da parte della Costituzione. Come si è anticipato, tra i due principi non sussiste alcun contrasto<sup>71</sup>, in quanto la retroattività costituisce il limite

---

<sup>68</sup> M. Gallo, *La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 126.

<sup>69</sup> D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 539.

<sup>70</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 93.

<sup>71</sup> Fiandaca-Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 98.

dell'irretroattività<sup>72</sup>, di modo da ottenere una concezione relativa del principio di irretroattività<sup>73</sup>.

Per quanto riguarda il fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole, la questione, recentemente, è stata oggetto di una complessa evoluzione suscettibile di essere divisa in due fasi:

fino al 2009, in concomitanza con la sentenza Scoppola c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'orientamento maggioritario nella giurisprudenza costituzionale sosteneva che il principio di retroattività della legge penale favorevole trovasse appoggio costituzionale, non nell'art.25 co. 2 Cost., bensì sul principio di uguaglianza previsto all'art. 3 della Costituzione<sup>74</sup>. Difatti la ratio per cui un soggetto non verrà punito per un fatto originariamente previsto come reato, o comunque punito in modo più lieve (in questo caso entro i limiti dettati dall'art 2 co. 4), sta nell'esigenza di evitare una disparità di trattamento tra chi ha commesso il fatto prima della riforma e chi lo ha commesso post-riforma<sup>75</sup>. Anche la dottrina, in modo pressoché unanime, è concorde sul punto<sup>76</sup>. La principale conseguenza del fatto che il principio di retroattività abbia un appiglio costituzionale è che esso vincola non solo il giudice, ma anche il legislatore

---

<sup>72</sup> D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 539.

<sup>73</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 93

<sup>74</sup> Corte Cost., 23/11/2006, n. 394; in questo senso, anche successivamente al 2009: Corte Cost., 20/02/2019, n. 63, Corte Cost, 18/07/2013, n. 210; Corte Cost., 22/07/2011, n. 236.

<sup>75</sup> F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 140.; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 135

<sup>76</sup> F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*.

ordinario<sup>77</sup>. Inoltre, il fatto che il principio di retroattività poggia sull'art. 3 della Cost., ne costituisce anche il limite: la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di specificare che, mentre il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è inderogabile e, dunque, insuscettibile di bilanciamento con altri interessi costituzionali, in quanto preordinato alla tutela dell'esigenza di prevedibilità e calcolabilità del soggetto delle conseguenze penali della propria condotta, il principio di retroattività è suscettibile di deroghe in presenza di interessi di analogo rilievo, di modo che la scelta di derogare al suddetto principio superi un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente che la deroga non sia manifestamente irragionevole<sup>78</sup>.

Sulla base di ciò, come si vedrà nei prossimi paragrafi, la scelta del legislatore di derogare all'applicazione del principio di retroattività in riferimento alle leggi eccezionali e temporanee (art. 2 co. 5 c.p.), è da considerarsi ragionevole e, dunque, incontestabile<sup>79</sup>.

Parimenti, è stata ritenuta ragionevole la scelta del legislatore ordinario di derogare al principio di retroattività all'art. 2 co.4, nel quale si prevede che la retroattività della legge successiva modificativa in senso favorevole trovi il suo limite nella sentenza passata in giudicato<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 135

<sup>78</sup> Corte Cost., 23/11/2006, n. 394; in questo senso, si vedano anche le sentenze della Corte Cost. n. 74/1980 e n. 6/1978, nelle quali si parla di deroghe legittime sul piano costituzionale del principio di retroattività, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli.

<sup>79</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 136; F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit.

<sup>80</sup> Corte Cost., 20/05/1980, n. 74.

Una nuova fase si è aperta nel 2009, in occasione della sentenza Scoppola c. Italia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nella quale i giudici di Strasburgo hanno affermato che dall'art. 7 CEDU, il quale prevede espressamente il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, si ricavi altresì implicitamente quello della retroattività della legge penale favorevole<sup>81</sup>.

È da considerare inoltre che, in virtù delle sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007, le norme previste nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte EDU, sono qualificate quali norme interposte del parametro di costituzionalità ex art. 117 co. 1 Cost., a condizione che la norma convenzionale non contrasti con i principi fondamentali costituzionali dell'ordinamento italiano<sup>82</sup>.

In virtù della sentenza Scoppola, sulla scorta di quanto affermato nelle sentenze gemelle del 2007, la Corte Costituzionale nel 2011 ha attribuito al principio di retroattività rango costituzionale non solo sulla base dell'art 3 Cost, ma anche in base all'art. 117 co. 1 Cost.. Quest'ultimo, infatti, vincola il legislatore al rispetto degli obblighi internazionali e, tra questi, vi sono quelli previsti all'art 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU<sup>83</sup>.

Altra questione centrale analizzata dalla Corte Costituzionale nella medesima sentenza è quella relativa alle deroghe al principio di retroattività della lex mitior rispetto all'art 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost.; nella sentenza n. 394/2006 tali deroghe sono state

---

<sup>81</sup> Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

<sup>82</sup> Corte Cost., 24/10/2007, n. 348-349.

<sup>83</sup> Corte Cost., 22/07/2011, n. 236.

reputate ammissibili, purché siano sorrette da motivi ragionevoli, non bastando che la deroga sia non manifestamente irragionevole<sup>84</sup>. Tuttavia all'epoca la Corte si era pronunciata sulla legittimità delle deroghe rispetto al principio di uguaglianza previsto all'art. 3., non rispetto alla CEDU.

Sul punto la Corte ha sottolineato che la Corte EDU, nella sentenza Scoppola, non si è pronunciata circa la possibilità di deroghe al principio di retroattività. Inoltre, come ha sottolineato autorevole dottrina<sup>85</sup>, ha addotto un argomento decisivo di ordine testuale per concludere in ordine alla legittimità delle deroghe.

La sentenza Scoppola infatti afferma “infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in un'applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione di norme penali nel tempo”<sup>86</sup>: la Corte Costituzionale, dunque, facendo leva sul dato testuale, ha affermato che il fatto che “se la retroattività non può essere esclusa “solo” perché la pena più mite non era prevista al momento del fatto, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti”<sup>87</sup>. Sulla base dell'avverbio “solo” la Corte Costituzionale ha dunque dichiarato che sono ammissibili deroghe al principio di retroattività della legge penale favorevole, purché sorrette da motivazioni ragionevoli<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Corte Cost., 23/11/2006, n. 394.

<sup>85</sup> F. Viganò, Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole, cit.

<sup>86</sup> Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

<sup>87</sup> Corte Cost., 22/07/2011, n. 236.

<sup>88</sup> Corte Cost., 22/07/2011, n. 236.

La dottrina sul punto è critica, in quanto da un argomento prettamente testuale viene ricavata una conseguenza così decisiva per l'ordinamento interno<sup>89</sup>.

## **2.2 Riferimenti normativi.**

Come si è accennato nei paragrafi precedenti, sia il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole che il principio di retroattività della *lex mitior* attengono al fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, a sua volta contenuto nel diritto intertemporale. Con quest'ultima espressione si è soliti indicare quell'insieme di norme accomunate dallo scopo di identificare quale, tra più disposizioni coinvolte in una sequenza cronologica, sia applicabile rispetto alla fattispecie concrete di volta in volta considerate<sup>90</sup>.

Ora, analizzato il fondamento costituzionale del principio di retroattività, è necessario concentrare l'attenzione riguardo alle disposizioni del codice penale che costituiscono espressione di questo principio<sup>91</sup>:

l'art. 2 co. 2 c.p., in base al quale “Nessuno può 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”, si riferisce all'ipotesi dell'abolitio criminis, fenomeno che si configura qualora un fatto, previsto come reato al tempo

---

<sup>89</sup> F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, cit.

<sup>90</sup> O. Mazza, *La norma processuale nel tempo*, Giuffrè, 1999, p. 94.

<sup>91</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 134.

della commissione, divenga successivamente qualificato come penalmente irrilevante dal legislatore<sup>92</sup>.

In quest'ipotesi, l'art. 2 co. 2 stabilisce la retroattività piena ed incondizionata della legge abrogatrice del reato, dunque anche a fatti commessi anteriormente la sua entrata in vigore, senza il limite del giudicato<sup>93</sup>. Dunque se il soggetto non è ancora stato condannato, si dovrà disporre il suo proscioglimento. Se, invece, il soggetto è stato condannato con sentenza passata in giudicato, cessano l'esecuzione e gli effetti penali<sup>94</sup>

L'art. 2 co. 4 c.p., in base al quale “Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”, si riferisce alla diversa ipotesi della successione di leggi penali modificative della disciplina del reato, che si configura nel momento in cui un fatto continua ad essere qualificato dalla legge posteriore, tuttavia introducendo un trattamento più favorevole<sup>95</sup>. In questo, dunque, si farà applicazione retroattiva della *lex mitior*, tuttavia con il limite del giudicato<sup>96</sup>.

L'art. 2 co. 3 c.p., in base al quale “se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pecuniaria, ai sensi dell'art. 135.”, si riferisce ad un'ipotesi specifica di successione di leggi penali

---

<sup>92</sup> T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, ed. XI, 2018, p.42.

<sup>93</sup> T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p.42.

<sup>94</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 134.

<sup>95</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 95.

<sup>96</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 134.

modificative della disciplina del reato, in particolare quando sia intervenuta una condanna a pena detentiva per un determinato reato e la legge successiva prevede per quel reato solo la pena pecuniaria. In questo caso la pena detentiva viene immediatamente convertita in pena pecuniaria, derogando al limite del giudicato previsto al comma terzo del medesimo articolo<sup>97</sup>.

### **2.3 L'abolitio criminis.**

Dopo aver svolto un inquadramento teorico-sistematico del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e del principio di retroattività della legge penale favorevole, nel proseguo di questo lavoro si concentrerà l'attenzione su una manifestazione specifica della retroattività della lex mitior: l'abolitio criminis.

Con quest'ultima espressione, come si è anticipato, ci si riferisce all'ipotesi in cui un fatto, previsto dalla legge come reato al tempo della commissione, venga successivamente riqualificato da una legge successiva come penalmente irrilevante.

All'interno di questo capitolo dedicato al diritto penale sostanziale si analizzerà, dunque, l'art. 2 secondo comma c.p., il quale codifica a livello di legislazione ordinaria la disciplina applicabile all'abolitio criminis e il suo ambito di applicazione.

---

<sup>97</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 134.

Seguirà poi una breve trattazione sulla successione di norme modificative della legge penale in senso favorevole, altra espressione del principio di retroattività della *lex mitior*, al fine principale di determinare quali siano i confini tra detta ipotesi con l'*abolitio criminis*, vista la differenza importante di disciplina.

In seguito vi sarà una disamina sia delle leggi temporanee ed eccezionali, sia dei decreti-legge non convertiti o decaduti, viste le considerevoli implicazioni in materia di *abolitio criminis* e successione di norme modificative della legge penale.

Nel secondo e terzo capitolo, invece, l'analisi verterà sui profili processuali e, in particolare, relativi all'esecuzione penale, dell'*abolitio criminis*, i quali si impernano nella revoca del giudicato per intervenuta *abolitio criminis*, prevista all'art. 673 c.p.p.

Specificamente nel secondo capitolo si analizzerà l'ambito di applicazione di quest'ultimo articolo: l'*abolitio criminis* non rilevata dal giudice della cognizione o espressamente esclusa da quest'ultimo, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma che prevede una circostanza aggravante e l'*overruling* abolitivo da parte della giurisprudenza.

Nel terzo capitolo, invece, l'attenzione verrà concentrata ad un'ipotesi specifica di applicazione dell'art 673 c.p.p.: la disapplicazione di una norma interna, che prevede una figura di reato, per contrasto con il diritto dell'Unione Europea. Si analizzerà dunque, la sentenza *El Dridi* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e le sue conseguenze processuali relative alla revoca del giudicato.

### **2.3.1 l'art. 2 co. 2 c.p. e fonti legittime dell'abolitio criminis**

l'art. 2 co. 2 del codice penale, in base al quale “Nessuno può 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.”, fa riferimento, come si è detto, all'ipotesi dell'abrogazione di un reato (abolitio criminis), ossia qualora un fatto, originariamente previsto come reato al tempo della commissione, viene successivamente riqualificato dal legislatore come penalmente irrilevante. La norma stabilisce la cosiddetta iperretroattività della legge abolitiva di una figura criminosa<sup>98</sup>, in quanto stabilisce la sua retroattività piena e incondizionata, senza il limite del giudicato<sup>99</sup>. Dunque se il soggetto non è ancora stato condannato, si dovrà disporre il suo proscioglimento. Se, invece, il soggetto è stato condannato con sentenza passata in giudicato, cessano l'esecuzione e gli effetti penali<sup>100</sup>. L'abolitio criminis esprime una decisione di politica-criminale del legislatore che, in particolare, viene adottata quando ritiene che non sia più necessario punire un determinato fatto precedentemente rientrante nell'alveo del penalmente rilevante<sup>101</sup>. Ciò è stato riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale la quale, sulla base della riserva di legge prevista dall'art 25 co. 2 Cost., ha affermato che l'abrogazione, al pari della creazione di norme, è un fenomeno che dipende dalla volontà del legislatore<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, ed. 2013, p. 173.

<sup>99</sup> T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p.42.

<sup>100</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 134.

<sup>101</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 139.

<sup>102</sup> Corte Cost., 12/10/2012, n. 230; Corte Cost., 12/10/2017, n. 215.

Peraltro, all'applicazione dell'art. 2 co. 2 c.p. si procederà indipendentemente dalla circostanza che il fatto, penalmente irrilevante in base ad una legge successiva, sia stato contemporaneamente qualificato come illecito amministrativo (c.d. depenalizzazione) oppure come illecito civile<sup>103</sup>. Allo stesso modo, si applicherà l'art. 2 co. 2 c.p. anche nel caso in cui l'abolitio criminis sia prevista da una legge intermedia, ossia entrata in vigore dopo la commissione del fatto e non più in vigore al momento del giudizio. In questo senso la giurisprudenza della cassazione, in quanto l'art. 2 co. 2 c.p. risulta integrato quando vi è una legge posteriore che determina l'abolitio<sup>104</sup>.

Posto ciò, non sempre l'abolitio criminis è determinata da un atto legislativo. Sebbene, infatti, la decriminalizzazione esprime una scelta di politica criminale e dunque la sua fonte "naturale" è la legge, vi sono ipotesi in cui essa discende da fonti diverse<sup>105</sup>.

Una prima fonte legittima dell'abolitio criminis è il referendum popolare. L'art. 75 co.2 Cost., il quale elenca le materie insuscettibili di referendum, non contiene alcun riferimento alla legge penale. Di conseguenza sarebbe possibile l'abrogazione di una legge che criminalizza un determinato fatto attraverso lo strumento del referendum, purché allo stesso partecipino più della metà degli aventi diritto e, di questi, vi sia la maggioranza dei voti favorevoli all'abrogazione. Inoltre, affinché l'abrogazione della legge penale attraverso lo strumento referendario integri un'abolitio criminis, è necessario che il fatto previsto come

---

<sup>103</sup> G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, Giuffrè, 2008, p. 147; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 140.

<sup>104</sup> Cass. Pen. Sez. II, 7/07/2009, n. 35079, Sylla.

<sup>105</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 34-35.

reato dalla legge abrogata non rientri nell'area del penalmente rilevante di un'altra norma penale<sup>106</sup>. Un esempio è il referendum abrogativo di cui al d.p.r. 5.6.1993, il quale ha determinato la depenalizzazione della detenzione di sostanze stupefacenti per uso personale da parte del tossicodipendente in illecito amministrativo<sup>107</sup>.

Altra fonte legittima dell'abolitio criminis è la sentenza della Corte Costituzionale con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice in quanto, a norma del penultimo comma dell'art. 30 l. 87/1953, determina la caducazione retroattiva della norma<sup>108</sup>. Posto che la tematica verrà affrontata più approfonditamente nel capitolo successivo, basti qui accennare che questa tipologia di sentenza produce gli stessi effetti di un'abolitio criminis determinata da una legge successiva. Come è stato chiarito dalla giurisprudenza della Cassazione, la sentenza con cui si dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice produce un effetto sostanzialmente identico a quanto previsto per la successione di norme penali all'art. 2 co.2 c.p., in virtù del combinato disposto tra l'ultimo e il penultimo comma dell'art. 30 l. 87/1953<sup>109</sup>.

Per quanto riguarda il regolamento governativo, si esclude che possa determinare un'abolitio criminis, perché consiste in una fonte subordinata rispetto alla legge a norma dell'art. 87 co. 5 Cost. e perché la riserva di legge prevista all'art 25 co. 2 Cost viene unanimemente interpretata come assoluta<sup>110</sup>. Sul punto la

---

<sup>106</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 35.

<sup>107</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 35.

<sup>108</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 36.

<sup>109</sup> Cass. Pen. Sez. V, 26/6/1978, n. 285.

<sup>110</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 36-37.

giurisprudenza è concorde<sup>111</sup>. Parte della dottrina, invece, ha ipotizzato che la riserva di legge assoluta, sancita dall'art. 25 co. 2, svolga la sua funzione solo riguardo alle nuove incriminazioni, ma non nell'ipotesi contraria dell'abolitio criminis, con la conseguenza che anche le fonti secondarie sarebbero idonee a determinare un'abrogazione di una figura di reato<sup>112</sup>. Tale conclusione è inaccettabile se si considera quella che è la ratio della riserva di legge assoluta prevista dall'art. 25 co. 2 Cost., ossia riservare al legislatore la scelta di politica-criminale che culmina nella previsione di una nuova norma incriminatrice, la quale rappresenta l'esito di un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare la libertà individuale e quella di difesa sociale. Sebbene la Costituzione prevede espressamente la riserva di legge per quanto riguarda le nuove incriminazioni, tuttavia la medesima ratio sussiste anche nell'opposta ipotesi dell'abolitio criminis, in quanto la valutazione discrezionale del legislatore circa la scelta di punire o meno un determinato fatto non può venire meno sulla base di una fonte di rango inferiore<sup>113</sup>.

Per quanto attiene alla desuetudine, si deve negare l'idoneità a determinare l'abolitio criminis, in quanto è lo stessa riserva di legge ad obbligare ad una tale conclusione<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Cass. Sez. Un., 19/06/1996, n. 6816, Timpani.

<sup>112</sup> M. Petrone, L'abolitio criminis, Giuffrè, 1985, p. 6.

<sup>113</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 37.

<sup>114</sup> M. Petrone, L'abolitio criminis, cit., p. 41.

### ***2.3.2 Abolizione integrale e parziale di una figura di reato***

Come si esporrà più approfonditamente nei prossimi paragrafi, per verificare se con l'intervento di una nuova legge penale si sia configurata un'abolitio criminis oppure una successione di norme modificative in senso favorevole della legge penale, si dovrà procedere ad un confronto strutturale tra fattispecie astratte previste nella vecchia e nella nuova legge<sup>115</sup>. L'abolitio criminis, infatti, consiste in una scelta discrezionale di politica criminale del legislatore, con la quale ritiene non più meritevole di sanzione penale determinate forme di offesa a uno o più beni giuridici. Di conseguenza è alla struttura della fattispecie legale astratta che si dovrà guardare per stabilire se ci sia stata o meno un'abolitio criminis, in quanto è dalla fattispecie astratta che si ricava la forma di offesa al bene giuridico penalmente rilevante<sup>116</sup>.

Tenendo in considerazione quanto appena detto, si esamineranno ora le varie forme di manifestazione dell'abolitio criminis, partendo dall'abolizione integrale di una figura di reato.

Un'abolitio criminis totale si configura, in breve, quando una preesistente figura di reato viene totalmente eliminata, di modo che il fatto precedentemente qualificato come reato, risulti successivamente penalmente irrilevante<sup>117</sup>. Ciò è

---

<sup>115</sup> Cass. Pen. Sez. I, 10/05/2016, n. 36079; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 139.

<sup>116</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 139.

<sup>117</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 139.; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 94.

avvenuto, ad esempio, per effetto della l. 194/1978, con la quale l'istigazione all'aborto è stata resa penalmente irrilevante<sup>118</sup>.

Una seconda manifestazione dell'abolitio criminis è l'abolizione parziale del reato, che si configura nel momento in cui viene ristretta l'area applicativa di una norma incriminatrice, di modo che alcuni fatti rimangano penalmente rilevanti mentre altri divengano penalmente leciti. È un ipotesi che può ricorrere qualora la norma risultante dalla modifica legislativa si ponga in un rapporto di specialità rispetto a quella precedente, perché si riferisce solo ad una classe di fatti che erano ricompresi nella precedente norma più ampia<sup>119</sup>. Ai fatti commessi durante la vigenza della precedente normativa, che rimangono penalmente rilevanti anche a seguito della modifica legislativa, è applicabile l'art. 2 co. 4 c.p., ai sensi del quale si applica la disposizione penale più favorevole al reo entro i limiti del giudicato. Rispetto ai fatti che, per effetto della nuova normativa, perdono rilevanza penale, invece, risulta integrata una vera e propria abolitio criminis, dunque sarà loro applicabile l'art. 2 co. 2 c.p.<sup>120</sup>

L'abolitio criminis parziale può ricorrere in seguito a riforme su disposizioni di parte speciale, nel momento in cui, contestualmente all'abrogazione della norma penale, viene introdotta una nuova norma incriminatrice che sia in rapporto di specialità rispetto a quella abrogata<sup>121</sup>. Ciò è avvenuto, ad esempio, a seguito della riforma del falso in bilancio ad opera del d.lgs. 61/2002, con la quale si è sostituito il delitto di cui all'art. 2621 con due contravvenzioni dall'area applicativa più

---

<sup>118</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 139.

<sup>119</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 140-141.

<sup>120</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 26/03/2003, n. 25887, Giordano.

<sup>121</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 141

ristretta, ma mantenendo la rilevanza penale nel passaggio da un regime normativo all'altro. Sul punto le Sezioni Unite hanno specificato che l'abolitio criminis si è integrata solo per quelle false comunicazioni sociali che non integrano la nuova fattispecie contravvenzionale tipica speciale rispetto alla precedente ipotesi delittuosa<sup>122</sup>.

Un'abolitio criminis parziale potrebbe risultare anche in seguito a riforme su disposizioni di parte generale, ad esempio nel caso si modificasse il concetto di colpa in senso restrittivo, limitandola ai soli casi di colpa grave. In questo caso vi sarebbe un'abolitio criminis per tutti i reati commessi con colpa non grave<sup>123</sup>.

### ***2.3.3 Leggi di interpretazione autentica***

le leggi di interpretazione autentica, ossia quelle leggi con cui viene chiarita l'interpretazione da dare ad una precedente legge, non possono collocarsi nell'ambito delle successioni di leggi penali nel tempo e, di conseguenza, non può integrare il fenomeno dell'abolitio criminis<sup>124</sup>.

Questa tipologia di legge infatti, purché sia soltanto interpretativa e non innovativa, si limita ad imporre solo uno dei significati possibili che si possono ricavare da una disposizione di legge, anche in via estensiva, vincolando l'operatore giuridico ad applicare la disposizione nel solo significato attribuitogli

---

<sup>122</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 26/03/2003, n. 25887, Giordano, cit.

<sup>123</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 141-142.

<sup>124</sup> F. Mantovani, Diritto Penale, cit., p. 94.

dal legislatore. In questo senso, dunque, la legge di interpretazione autentica è solo apparentemente retroattiva essendo, in realtà, meramente ricognitiva della norma ricavabile dal dispositivo di legge già in vigore al momento della commissione del fatto<sup>125</sup>. La conseguenza di tutto ciò è che questa tipologia di legge, benché possa vincolare l'interprete ad un'interpretazione favorevole o sfavorevole, fuoriesce dall'ambito di applicabilità dell'art. 2 c.p., non potendo introdurre nuove incriminazioni, né determinare un'abolitio criminis. Nel caso in cui, dunque, è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato sulla base di una disposizione interpretata diversamente rispetto a quella imposta dal legislatore, non potendo applicare i principi relativi alla successione di leggi penali nel tempo, non sarà possibile procedere ad una revoca del giudicato<sup>126</sup>.

#### **2.3.4 Abrogatio sine abolitione**

Non sempre dall'abrogazione di una norma incriminatrice deriva un'abolitio criminis. Tale fenomeno, chiamato comunemente abrogatio sine abolitione, si configura qualora venga disposta l'abrogazione di una norma incriminatrice speciale rispetto ad un'altra generale già vigente nell'ordinamento oppure introdotta contestualmente all'abrogazione della norma speciale. In detta ipotesi, i fatti che prima erano ricompresi nell'ambito della disposizione speciale non hanno perso rilevanza penale, bensì rientrano nell'alveo della disposizione generale già vigente o introdotta contemporaneamente all'abrogazione di quella

---

<sup>125</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 94.; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 53.

<sup>126</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 37.; P. Siracusano, *Successione di leggi penali*, Messina, I, 1988, p. 79.

speciale<sup>127</sup>. Rispetto a tali fatti, dunque, non risulta integrata un'abolitio criminis ex art. 2 co. 2 c.p., bensì una successione di norme modificative della legge penale ex art. 2 co. 4 c.p.<sup>128</sup>.

Tale conclusione è condivisa anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo le quali l'art. 2 co. 4 c.p., quando parla di "legge posteriore", si riferirebbe non solo alla disposizione entrata in vigore dopo la commissione del fatto, ma anche all'ipotesi in cui la norma fosse già in vigore nell'ordinamento e sia divenuta applicabile al fatto a seguito dell'abrogazione della norma speciale<sup>129</sup>.

Un'ipotesi di questo tipo è accaduta a seguito dell'abrogazione dell'art. 587 c.p., ad opera della l. 442/1981, relativo all'omicidio per causa d'onore. La disposizione abrogata, infatti, era speciale rispetto alla fattispecie generale dell'omicidio, previsto all'art. 575 c.p.

Tenendo in considerazione che l'art. 15 c.p. stabilisce la prevalenza della norma speciale rispetto a quella generale, nonché quanto affermato dalle Sez. Un. Rizzoli, rispetto ai fatti commessi prima dell'abrogazione della norma speciale sarà applicabile l'art. 2 co. 4 c.p., il quale a sua volta dispone l'applicazione della disciplina più favorevole al reo (in questo caso l'omicidio per causa d'onore, ai sensi dell'art. 587 c.p.), l'art. 575 c.p., infatti, era norma preesistente al momento dell'abrogazione della norma speciale, benché inapplicabile per via dell'art. 15

---

<sup>127</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 142.; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 542; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 150-151.; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 96; G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 148.

<sup>128</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 142.

<sup>129</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 26/02/2009, Rizzoli.

c.p. Ne consegue che i fatti commessi antecedentemente l'abrogazione non hanno perso la loro rilevanza penale, in quanto abrogando l'art. 587 conseguentemente si espande l'ambito di applicazione dell'art 575.

Per i fatti commessi dopo l'abrogazione sarà invece applicabile l'art 575, in quanto norma entrata in vigore prima della commissione del fatto<sup>130</sup>.

### **2.3.5 Abolito criminis e successione di norme integratrici**

Posto che il verbo integrare significa rendere qualcosa compiuto, completo, aggiungendo ciò che manca e con "integrazione" ci si riferisce all'effetto dell'integrare<sup>131</sup>, con l'espressione "successione di norme integratrici" si fa riferimento all'ipotesi in cui la modifica legislativa riguardi non la stessa norma incriminatrice, bensì una norma, giuridica o extragiuridica, diversa e richiamata dalla norma incriminatrice<sup>132</sup>. Ora, Il problema consiste nello stabilire se l'integrazione sia reale o apparente, ossia verificare se attraverso una modifica che riguardi una norma richiamata dalla norma incriminatrice possa integrarsi un'abolito criminis ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p.

---

<sup>130</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 142; G.L. Gatta, *Abolito criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 148.

<sup>131</sup> Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 1971.

<sup>132</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 144-145; G.L. Gatta, *Abolito criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 236-237.

In particolare, le ipotesi che pongono un problema di reale o apparente successione di norme integratrici sono, tout court, tre<sup>133</sup>:

le norme richiamate da elementi normativi della fattispecie incriminatrice. Tali norme, come si vedrà in seguito, sono solo apparentemente integratrici e, come tali, inidonee ad integrare un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo e, in ultima analisi, un'abolitio criminis ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p.<sup>134</sup>

le norme che vanno a "riempire" di contenuto il precetto delle norme penali. Con quest'ultima espressione si fa riferimento a quelle norme incriminatrici il cui precetto viene posto da una fonte diversa dalla legge<sup>135</sup>. Le norme richiamate, in questo caso, sono realmente integratrici della norma penale in bianco, con conseguente applicazione della disciplina dell'abolitio criminis.<sup>136</sup>

le norme c.d. definitorie, ossia che contengono una definizione legale richiamata dalla norma incriminatrice. Anche in questo caso si tratta di reale integrazione, con conseguente applicazione della relativa disciplina prevista all'art. 2 c.p.<sup>137</sup>.

Ora, nel determinare quali ipotesi di quelle sopraindicate possono essere qualificate come vere e proprie norme integratrici, dunque idonee a determinare un'abolitio criminis ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p. nel caso di una loro modifica, risulta necessario fare riferimento al criterio del confronto strutturale tra le

---

<sup>133</sup> G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 237.

<sup>134</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 145; G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 237.

<sup>135</sup> T. Padovani, Diritto penale, cit., p. 28.

<sup>136</sup> G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 237.

<sup>137</sup> G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 237.

fattispecie legali astratte<sup>138</sup>, in base al quale si avrà abolitio criminis solo se dalla modifica della norma risulti un cambiamento della struttura della fattispecie legale astratta. Solo a seguito di una modifica strutturale della fattispecie astratta, infatti, può dirsi che il legislatore abbia effettuato una scelta di politica criminale, sfociando nel venir meno del giudizio di disvalore astratto espresso nella norma incriminatrice<sup>139</sup>. Tale orientamento è avvalorato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>140</sup>.

La conseguenza di questo ragionamento è che si è in presenza di una norma integratrice solo ed esclusivamente nel caso in cui dalla modifica legislativa della norma richiamata dalla norma incriminatrice derivi un mutamento strutturale della fattispecie legale astratta.

Premesso ciò, si passi ora ad analizzare le varie ipotesi sopraindicate, indicando le ragioni per cui solo riguardo alla seconda e la terza ipotesi si è di fronte a casi di vere e proprie norme integratrici<sup>141</sup>:

Nel caso di norma, giuridica o extragiuridica, richiamata da un elemento normativo della norma incriminatrice, non siamo di fronte ad una norma integratrice della norma incriminatrice. Questo perché la norma richiamata non è in grado di incidere nella fattispecie astratta delineata dalla norma incriminatrice,

---

<sup>138</sup> G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 245; Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 145.

<sup>139</sup> G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 245; Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 145.

<sup>140</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 27/09/2007, n. 2451, Magera; Cass. Pen. Sez. Un., 28/02/2008, n. 19601, Niccoli.

<sup>141</sup> G.L. Gatta, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi, cit., p. 245; Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 145.

a sua volta espressione di una scelta di politica criminale del legislatore<sup>142</sup>. Tali norme, invece, si limitano a fornire i presupposti o i criteri di applicazione delle norme incriminatrici<sup>143</sup>. Se dunque la norma richiamata da un elemento normativo della norma incriminatrice non integra la fattispecie legale astratta, di conseguenza la modifica della norma richiamata non può intrinsecamente incidere sulla struttura della fattispecie astratta stessa, con la conclusione che una tal modifica non integra un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 c.p.<sup>144</sup>. Il classico esempio di scuola è il concetto normativo di altruit  richiamato dalle norme incriminatrici a tutela del patrimonio: sono le norme del diritto civile che definiscono i modi di acquisto della propriet  e le relative facolt  del proprietario, a cui la norma incriminatrice del furto rinvia. Ora, se intervenisse una modifica delle norme civilistiche relative alla propriet , richiamate dall'elemento normativo "dell'altruit " contenuto nella norma incriminatrice, ci  non inciderebbe nella struttura della fattispecie legale astratta del furto<sup>145</sup>.

La seconda ipotesi, invece,   quella della modifica o abrogazione di norme che riempiono il precetto delle norme penali in bianco.   bene specificare, tuttavia, che nel nostro ordinamento le norme penali in bianco sono legittime nella misura in cui rispettano la riserva di legge in materia penale: l'integrazione dovr  essere

---

<sup>142</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 145.

<sup>143</sup> G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 247.

<sup>144</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 145; G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 247-248.

<sup>145</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 145; D. Pulitan , *Diritto Penale*, cit., p. 548.

di carattere meramente tecnico, attraverso atti generali e astratti da parte del governo.<sup>146</sup>

Le norme che riempiono di contenuto il precetto delle norme penali in bianco sono da considerare come norme integratrici, in quanto il precetto della norma incriminatrice in bianco è contenuto, totalmente o parzialmente, nella norma integratrice, contribuendo a delineare la struttura della fattispecie legale astratta. Di conseguenza un'eventuale modifica di tali norme inciderebbe sulla struttura della fattispecie astratta delineata dalla norma penale in bianco, integrando un caso di successione di leggi penali nel tempo e, eventualmente, un'abolitio criminis<sup>147</sup>.

Sul punto anche la giurisprudenza della Cassazione è conforme, la quale ha ritenuto che l'abolizione di alcune norme tecniche per costruzioni in zone sismiche, previste nel decreto interministeriale all'art 1 e 3 l. 2 febbraio 1974 n. 61, ha determinato un'abolitio criminis del reato previsto all'art. 20 della medesima legge, norma penale in bianco che puniva la trasgressione delle norme tecniche sopracitate<sup>148</sup>.

Terza e ultima ipotesi da analizzare è quella delle norme definitorie, ossia quelle norme che incidono sull'estensione di un elemento costitutivo del reato e, dunque, sullo stesso precetto della norma incriminatrice<sup>149</sup>. In quanto vanno a completare

---

<sup>146</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 148-149; G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 245

<sup>147</sup> G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 257.

<sup>148</sup> Cass. Pen. Sez. III, 27/05/1997, n. 9131, Marcelletti; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 148-149

<sup>149</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 149; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, ed. I, 1995, p. 56.

il precetto della norma penale, esse sono da considerare vere e proprie norme integratrici, con la conseguenza che un'eventuale modifica delle norme definitorie inciderebbe sulla struttura della fattispecie legale astratta, integrando dunque una possibile abolitio criminis ex art. 2 co. 2 c.p.<sup>150</sup>. Tale orientamento è avvalorato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>151</sup>. Esempio paradigmatico è quello della l. n. 39/1975, la quale ha abbassato il limite della maggiore età da 21 a 18 anni prevista all'art. 2 c.c. Vi sono infatti molte norme incriminatrici che fanno riferimento al "minore" quale elemento costitutivo del reato, ad es. l'art. 673 che punisce la circonvenzione di una persona minore o l'art. 570 che punisce chi malversa o dilapidi i beni del figlio minore. La riforma del diritto di famiglia del '75, incidendo sulla soglia di raggiungimento della maggiore età prevista all'art. 2 c.c., norma che a sua volta completa il precetto delle norme incriminatrici sopracitate, ha determinato un'abolitio criminis parziale di tutti quei fatti commessi a danno di persona minorenni in base alla legislazione vigente al momento del fatto, ma maggiorenne a seguito della citata riforma<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 149; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 547-548; G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 269;

<sup>151</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 27/09/2007, n. 2451, Magera.

<sup>152</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 149; G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, cit., p. 264-265; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 547-548;

## 2.4 La successione di norme modificative della legge penale.

Si passi ora ad analizzare un'ulteriore manifestazione del principio di retroattività della legge favorevole, ossia l'ipotesi della successione di norme modificative della legge penale, disciplinata dall'art. 2 co. 4 c.p.<sup>153</sup>, in base al quale "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile". Si fa riferimento al caso in cui la legge posteriore, pur lasciando inalterata l'illiceità del fatto, ne abbia mutato la relativa disciplina, sia in senso favorevole che sfavorevole<sup>154</sup>. In base, dunque, all'art. 2 co. 4 c.p. si procederà all'applicazione della legge che contiene le disposizioni più favorevoli al reo, sebbene entrata in vigore dopo la commissione del fatto<sup>155</sup>. In questo caso, tuttavia, il limite di applicazione della legge posteriore più favorevole è il fatto che sia intervenuta una sentenza irrevocabile<sup>156</sup>. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale nel 1980, secondo la quale il limite di operatività del principio di retroattività della *lex mitior* previsto all'art. 2 co. 4 c.p. risulta giustificato dall'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti esauriti, cui è preordinata l'intangibilità della cosa giudicata<sup>157</sup>.

Riassumendo: nel caso di *abolitio criminis* la legge posteriore alla commissione del fatto elimina la rilevanza penale del fatto stesso, con conseguente applicazione

---

<sup>153</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 134; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 139; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 61; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale*, cit., p. 105.

<sup>154</sup> F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 143.

<sup>155</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 149.

<sup>156</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 150.

<sup>157</sup> Corte Cost, 20/05/1980, n. 74; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 143.

retroattiva della legge abolitiva senza alcun limite temporale in base all'art. 2 co. 2, idonea dunque a travolgere il giudicato (c.d. iperretroattività della legge abolitiva<sup>158</sup>). Nel caso di successione di norme modificative, invece, il fatto continua ad essere previsto come reato, ancorché ne venga mutata la disciplina dalla legge successiva, sia in senso favorevole che sfavorevole. Se la legge posteriore è sfavorevole, entra in gioco il divieto di applicazione retroattiva previsto al primo comma dell'art. 2 c.p. Se la legge successiva al fatto è favorevole, si applicherà retroattivamente ai fatti antecedenti la sua entrata in vigore, tuttavia con il limite dell'intervenuta sentenza di condanna irrevocabile, secondo quanto previsto dall'art. 2 co. 4 c.p.<sup>159</sup>.

Inoltre, l'espressione "leggi posteriori" prevista dall'art. 2 co. 4 deve essere interpretato estensivamente, ricomprendendo non solo la legge più favorevole in vigore al momento del giudizio, bensì anche la legge intermedia, ossia quella intervenuta successivamente al fatto ma non più in vigore al momento del giudizio<sup>160</sup>. In senso conforme anche la Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che precludeva l'applicazione retroattiva di una legge intermedia più favorevole in materia di accessibilità al giudizio abbreviato<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 173; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 62.

<sup>159</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 149; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 62; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 97.

<sup>160</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 149

<sup>161</sup> Corte Costituzionale, 3/07/2013, n. 210.

Altro tema da affrontare è stabilire quale delle disposizioni sia più favorevole al reo: se ai fini dell'abolitio criminis si procede ad un confronto strutturale delle fattispecie astratte, dunque un giudizio di tipo astratto, nel caso di successione di norme modificative della legge penale si utilizza il criterio del giudizio in concreto. In particolare, il giudice dovrà simulare l'applicazione al caso concreto sottopostogli della legge del tempo in cui fu commesso il reato e delle leggi posteriori, comprese le eventuali leggi intermedie; poi dovrà compararne i risultati, per poi applicare la legge dalle cui disposizioni derivi il trattamento nel suo complesso più favorevole per quel caso concreto in base alla comparazione svolta<sup>162</sup>. Questo modo di procedere risulta obbligato perché, spesso, la legge posteriore modifica in meglio alcuni aspetti della disciplina, altri in peggio. Di conseguenza sarebbe impossibile stabilire in astratto quale legge contenga le disposizioni più favorevoli per il reo<sup>163</sup>. Anche la giurisprudenza della Cassazione avvalorata tale orientamento, così come la Corte EDU<sup>164</sup>.

È chiaro, inoltre, che il giudice, nell'utilizzare operativamente un tal criterio, dovrà applicare integralmente una delle leggi le cui disposizioni sono sottoposte a verifica. In altri termini, egli non potrà applicare parte della disciplina di una

---

<sup>162</sup> F. Palazzo, Corso di Diritto Penale parte generale, cit., p. 144; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale, cit., p. 108*; Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 150; F. Mantovani, Diritto Penale, cit., p. 97; D. Pulitanò, Diritto Penale, cit., p. 545.

<sup>163</sup> D. Pulitanò, Diritto Penale, cit., p. 545; F. Palazzo, Corso di Diritto Penale parte generale, cit., p. 144.

<sup>164</sup> Cass. Pen. Sez. II, 22/03/2019, n. 27816, Rovinelli; Cass. Pen. Sez. III, 25/05/2016, n. 14198, Di Giovanni, nella quale si specifica che il giudice, nel verificare se una legge sia più favorevole al reo, dovrà valutarne la disciplina non riguardo a singoli aspetti, bensì nel suo complesso; Corte EDU, Grande Camera, 29/05/2020, Parere consultivo richiesto dalla Corte costituzionale dell'Armenia; Corte EDU, 18/02/2020, Jidic c. Romania.

legge e parte dell'altra, altrimenti saremmo di fronte ad un'attività creativa in palese violazione del principio di separazione dei poteri<sup>165</sup>.

Un'ipotesi specifica di successione di norme modificative della legge penale è prevista al terzo comma dell'art. 2 c.p., in base al quale "Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art 135". L'ipotesi disciplinata dunque è quella in cui un soggetto sia stato condannato definitivamente per un fatto per il quale è prevista la pena detentiva e, successivamente, sia intervenuta una nuova legge che preveda per quel reato la sola pena pecuniaria. In questo caso si procederà alla conversione immediata della pena detentiva in pena pecuniaria, derogando al principio di intangibilità del giudicato. La ratio viene individuata nel principio di uguaglianza: Sebbene la nuova legge continua a configurare come reato quel determinato fatto, sarebbe del tutto irragionevole non procedere ad una conversione della pena, a fronte di una modifica così consistente e impattante sotto il profilo esecutivo della pena del reo, in nome dell'esigenze di certezza dei rapporti esauriti cui è rivolto il principio di intangibilità del giudicato<sup>166</sup>. Competente a convertire la pena detentiva in pena pecuniaria è il giudice dell'esecuzione, il quale procederà alla conversione utilizzando il criterio stabilito dall'art 135 c.p., ossia 250 euro per ogni giorno di pena detentiva non scontata<sup>167</sup> L'art. 2 co. 3 c.p., inoltre, non

---

<sup>165</sup> F. Palazzo, Corso di Diritto Penale parte generale, cit., p. 144.

<sup>166</sup> F. Palazzo, Corso di Diritto Penale parte generale, cit., p. 144; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale, cit., p. 108-109*; Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 151; F. Mantovani, Diritto Penale, cit., p. 97; T. Padovani, Diritto penale, cit., p.45; D. Pulitanò, Diritto Penale, cit., p. 543-544.

<sup>167</sup> Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 151-152.

specifica un limite quantitativo nella conversione della pena detentiva in pecuniaria, tuttavia in dottrina si ritiene che il limite al massimo edittale stabilito per la pena pecuniaria dalla nuova legge<sup>168</sup>.

### **2.5 Distinzione tra abolitio criminis e successione di norme modificative della legge penale.**

Dal punto di vista teorico, la differenza tra abolitio criminis e successione di norme meramente modificative della legge penale è netta: nel primo caso la legge posteriore fa venire meno la rilevanza penale del fatto configurato come reato nel momento in cui fu commesso, nel secondo la legge posteriore continua a qualificare il fatto come reato, pur disciplinandolo in modo diverso.

Nella prassi applicativa, invece, risulta problematico stabilire se, a fronte di una modifica legislativa, vi sia continuità normativa, espressione usata dalla giurisprudenza per indicare che il fatto continua ad essere qualificato come reato. La questione è centrale: dalla risoluzione di questo problema dipende infatti l'applicazione o dell'art. 2 co. 2, in caso di abolitio criminis, o dell'art. 2 co. 4, in caso di mera successione di norme modificative della legge penale<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 152; F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 97

<sup>169</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 152-153.

Di qui la necessità di individuare un criterio in base al quale verificare se il fatto, previsto come reato nel momento in cui è stato commesso, abbia mantenuto o meno la sua rilevanza penale a seguito della legge posteriore<sup>170</sup>.

In dottrina e in giurisprudenza si sono elaborati, nel tempo, 3 criteri:

Secondo un primo orientamento, minoritario sia in dottrina che nella giurisprudenza, il discrimine tra abolitio criminis e successione di norme modificative della legge penale viene effettuato utilizzando il criterio del c.d. fatto concreto, in base al quale vi è mera successione di norme modificative se il fatto concreto sia punibile anche in base alla nuova norma incriminatrice<sup>171</sup>.

Si tratta sicuramente di un criterio di facile e intuitiva applicazione e che assicura maggior certezza nelle soluzioni interpretative. Di contro, tuttavia, vi è il serio dubbio che possa violare il principio di irretroattività. Concentrando l'attenzione solo sul fatto concreto, e non sulle fattispecie legali astratte, la riconducibilità del fatto alla nuova norma incriminatrice può dipendere da fattori del tutto casuali, come ad esempio la compresenza nel fatto concreto degli elementi costitutivi della vecchia e nuova fattispecie, ancorché eterogenee fra loro<sup>172</sup>. Ora, se la fattispecie prevista nella vecchia formulazione e quella adottata con la nuova legge presentano elementi costitutivi diversi e, dunque, sono eterogenee, ciò è indice di

---

<sup>170</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 65.

<sup>171</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 153; S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 71; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 151; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale*, cit., p. 102; *Cass. Pen. Sez. V, 15/05/1992, Trossarello*

<sup>172</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 72; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 151-152; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale*, cit., p. 102.

una nuova valutazione legislativa di politica criminale, alla base di un'abolitio criminis, in rapporto ad una determinata categoria di fatti. Di conseguenza il criterio del fatto concreto rischia di non cogliere casi di abolitio criminis, con rischio di applicazione retroattiva della nuova incriminazione al fatto concreto che presenti, per pura casualità, gli elementi costitutivi di entrambe le fattispecie<sup>173</sup>.

Un secondo orientamento, anch'esso minoritario sia in dottrina che in giurisprudenza, utilizza il criterio della "continuità del tipo di illecito", in base al quale si avrà mera successione di norme modificative della legge penale nel caso in cui le fattispecie legali astratte vadano a tutelare il medesimo bene giuridico e dalle modalità della sua aggressione<sup>174</sup>. Questo criterio risulta inaccettabile innanzitutto perché pecca di indeterminatezza, dando luogo a valutazioni contraddittorie circa la sussistenza del medesimo bene giuridico tutelato in entrambe le fattispecie e riguardo anche le modalità di aggressione del fatto nei confronti del bene giuridico tutelato. In secondo luogo, una perfetta coincidenza del bene giuridico tutelato e delle modalità aggressive del fatto è rinvenibile solo

---

<sup>173</sup> F. Palazzo, Corso di Diritto Penale parte generale, cit., p. 152; S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 72; T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2. 2 e 3 comma, c.p.*, in RIDPP, 1982, 1360.

<sup>174</sup> S. Camaioni, Successione di leggi penali, cit., p. 66; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale, cit.*, p. 102; F. Palazzo, Corso di Diritto Penale parte generale, cit., p. 152; Marinucci-Dolcini, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit., p. 153; Pulitanò, Diritto Penale, Giappichelli, IX ed., 2021, p. 546; F. Mantovani, Diritto Penale, cit., p. 95; T. Padovani, Diritto penale, cit., p. 44; Cass. Pen Sez. Un., 20/06/1990,

nel caso di perfetta identità del fatto di reato, compromettendo la stessa utilità pratica del criterio<sup>175</sup>.

Un terzo e ultimo orientamento, maggioritario sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>176</sup>, sostiene di utilizzare il criterio del rapporto strutturale tra le due fattispecie legali astratte oggetto della successione di norme penali nel tempo. In questo modo vi sarà un'abolitio criminis nel caso in cui le due fattispecie abbiano elementi del tutto eterogenei; quando le fattispecie abbiano anche solo un elemento diverso, senza che intercorra un rapporto di specialità; quando la fattispecie di nuova introduzione sia speciale rispetto alla precedente generale, esclusivamente riguardo a quei fatti che non rientrano nella nuova fattispecie speciale.

---

<sup>175</sup> *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale, cit., p. 101*; T. Padovani, *Diritto penale, cit.*, p. 44; F. Mantovani, *Diritto Penale, cit.*, p. 95; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale, cit.*, p. 152.

<sup>176</sup> *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale, cit., p. 104*; Padovani, *Diritto penale, Giuffrè, XI ed., 2018*, p. 44-45; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale, cit.*, p. 152-153; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale, cit.*, p. 153; F. Mantovani, *Diritto Penale, cit.*, p. 95-96; Pulitanò, *Diritto Penale, Giappichelli, IX ed., 2021*, p. 546-547; Cass. Pen. Sez. I, 10/05/2016, n. 36079.

## **2.6. Ultrattività delle leggi temporanee ed eccezionali (art. 2 co. 5 c.p.).**

L'art. 2 co. 5 c.p. stabilisce che “Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti”. La disposizione sancisce la c.d. ultrattività delle leggi temporanee ed eccezionali, dunque la loro applicabilità anche oltre la loro abrogazione ai fatti commessi durante il periodo in cui erano in vigore<sup>177</sup>.

Per legge eccezionale, ai sensi dell'art. 2 co. 5 c.p., si intende quella legge che ha lo scopo di affrontare una situazione oggettiva di carattere straordinario, mentre per legge temporanea quella che predetermina al suo interno il suo stesso periodo di vigenza<sup>178</sup>.

La prima questione interpretativa da affrontare riguarda il significato dell'espressione “capoversi precedenti”. In base ad un'interpretazione strettamente letterale, dovremmo concludere che alle leggi temporanee ed eccezionali non si applicano solamente i commi 2-3-4 dell'art. 2 c.p., per il semplice fatto che il primo comma non è un capoverso<sup>179</sup>. Senonché vi sono anche, e soprattutto, ragioni sostanziali alla base di un tale disposto: il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, previsto al primo comma, è inderogabile, in quanto assume rango costituzionale all'art. 25 co. 2 Cost. Di conseguenza la deroga all'art. 2 riguarda solamente le norme che sono espressione del principio di retroattività della legge penale favorevole, dunque i commi 2-3-

---

<sup>177</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 154; Pulitanò, *Diritto Penale*, Giappichelli, IX ed., 2021, p. 550-551.

<sup>178</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 154.

<sup>179</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 93.

4<sup>180</sup>. Il principio di retroattività infatti, come abbiamo già visto, poggia sull'art. 3 della Cost., con la conseguenza che è suscettibile di deroghe in presenza di motivi ragionevoli di tutela di interessi di analogo rilievo<sup>181</sup>.

Altra questione da analizzare riguarda la ratio della disposizione contenuta all'art. 2 co. 5 c.p. Secondo parte della dottrina la ratio della deroga al principio di retroattività consisterebbe nella tutela dell'efficacia deterrente della legge penale: le leggi temporanee ed eccezionali hanno un periodo di vigenza limitato nel tempo, con la conseguenza che se la legge successiva, che determina un'abolitio criminis o una successione di norme modificative in senso favorevole della legge penale, avesse efficacia retroattiva, verrebbe frustata la stessa efficacia dissuasiva della legge eccezionale o temporanea, soprattutto in prossimità del momento della loro cessazione<sup>182</sup>. La conseguenza di una tale impostazione è la riduzione dell'ambito di applicazione della norma alle sole ipotesi in cui alla legge eccezionale o temporanea succeda una ordinaria più favorevole<sup>183</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che il quinto comma dell'art. 2 sarebbe applicabile anche nell'ipotesi in cui sia la stessa legge temporanea od eccezionale a prevedere un trattamento più mite rispetto alla precedente legge ordinaria. Di conseguenza la ratio della deroga al principio di retroattività non può essere identificata nella tutela dell'efficacia deterrente della legge penale, bensì nel fatto che è la stessa situazione straordinaria a giustificare l'applicazione della legge

---

<sup>180</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 93.

<sup>181</sup> Corte Cost., 23/11/2006, n. 394.

<sup>182</sup> C. Podo, *Successione di leggi penali*, cit., 1971, 678; Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., p. 550-551.

<sup>183</sup> Vassalli, *Successione di più leggi eccezionali*, in RIDP, 1943, 229.

temporanea od eccezionale, non essendo applicabile dunque ad una situazione ordinaria antecedente<sup>184</sup>.

### **2.7. Decreti legge decaduti o non convertiti (art. 2 co. 6 c.p.).**

Nonostante parte della dottrina qualifichi la riserva di legge stabilita dall'art. 25 co. 2 Cost. come riserva di legge formale, con la conseguenza che il decreto-legge non potrebbe contenere norme penali<sup>185</sup>, la prassi normativa dimostra l'opposto. Risulta dunque opportuno analizzare il problema dell'efficacia nel tempo dei decreti-legge che contengano norme penali, alla luce di quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale.

Innanzitutto, è necessario circoscrivere i termini della questione: il problema non riguarda il caso in cui il decreto-legge preveda nuovi reati o un trattamento penale più sfavorevole, bensì quello in cui stabilisca un'abolitio criminis o un trattamento penale più mite. Nel primo caso, infatti, interviene il principio di irretroattività, stabilito all'art. 25 co. 2 Cost. e all'art. 2 co. 1 c.p., che ne impedisce l'applicazione ai fatti commessi prima della sua emanazione<sup>186</sup>.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 2 co. 6 c.p. stabiliva che "Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con

---

<sup>184</sup> M. Gallo, *La legge penale*, Giappichelli, 1965, 53-54; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 154.

<sup>185</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 155.

<sup>186</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 155.

emendamenti”. Il legislatore del 1930, dunque, qualificava tali casi come ipotesi di successione di leggi penali nel tempo. Si trattava di una scelta coerente, se si considera che il decreto-legge non convertito o decaduto, prima dell’entrata in vigore della Costituzione, perdeva efficacia solamente ex nunc, con conseguente salvataggio degli effetti prodotti durante il suo periodo di applicazione<sup>187</sup>.

Un radicale cambiamento è avvenuto con l’entrata in vigore della Costituzione la quale, all’art. 77 co. 3, stabilisce che, in caso di mancata conversione, il decreto-legge perda efficacia ex tunc, ossia sin dall’inizio, come se non fosse mai esistito<sup>188</sup>.

Inizialmente la tendenza era quella di sottovalutare il problema della legittimità costituzionale dell’art. 2 co. 6 c.p., anche a causa dell’errata convinzione secondo cui, con l’entrata in vigore della costituzione, il decreto-legge fosse stato sostituito dai “provvedimenti provvisori con forza di legge”<sup>189</sup>.

Successivamente è prevalso l’orientamento dottrinale secondo cui l’art. 2 co. 6 c.p. è assolutamente incostituzionale per contrasto con l’art. 77 co. 3 Cost.: la disposizione codicistica infatti parificava la mancata conversione del decreto legge contenente una norma penale favorevole all’abrogazione di una legge, in quanto ne stabiliva la perdita di efficacia solo ex nunc, dunque inquadrando la

---

<sup>187</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 97-98; *Fiandaca-Musco, Diritto Penale parte generale*, cit., p. 113; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 155; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 50.

<sup>188</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, CEDAM, 2003, p. 98; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 155; F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 145.

<sup>189</sup> M. Gallo, *la legge penale*, Giappichelli, 1965, p. 63.

questione all'interno della successione di norme penali nel tempo. Tuttavia l'art. 77 co. 3 Cost. stabilisce la perdita di efficacia ex tunc del decreto legge non convertito. Conseguentemente la sua mancata conversione non può essere parificata all'abrogazione di una legge, bensì ad un annullamento<sup>190</sup>.

Il punto fondamentale della questione, da cui è partita la Corte Costituzionale nella sentenza del 1985, è che vi è un contrasto tra l'art. 77 co. 3 e l'art. 25 co. 2 Cost., nell'ipotesi del decreto-legge non convertito che contenesse norme penali più favorevoli per il reo. L'art. 77 co. 3 Cost., infatti, prevede la perdita assoluta d'efficacia del decreto legge non convertito, determinando il recupero della legge anteriore più sfavorevole: tale ripristino si risolve in un'applicazione di fatto retroattiva di una norma penale sfavorevole, in palese contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole stabilito all'art. 25 co. 2 Cost.<sup>191</sup>.

È in questo contesto che si inserisce la sentenza della Corte Costituzionale n. 51 del 1985, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. 6, per violazione dell'art. 77 co. 3 Cost, nella parte in cui prevedeva l'applicazione dei commi 2 e 3 (ora 4) all'ipotesi dei decreti legge decaduti, non convertiti o convertiti con emendamenti, nei soli riguardi dei fatti pregressi (fatti commessi anteriormente l'entrata in vigore del decreto-legge, nel vigore dunque della legge anteriore)<sup>192</sup>. La conseguenza è che, riguardo ai fatti pregressi, sarà applicabile la legge in vigore al momento della commissione del fatto, ove fosse già previsto come reato. Soluzione rispettosa del principio di irretroattività in quanto al

---

<sup>190</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 98.

<sup>191</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 100.

<sup>192</sup> Corte Cost, 22/2/1985, n. 51.

momento della commissione dei fatti pregressi era in vigore la legge anteriore al decreto-legge. Di conseguenza le ripercussioni penali della propria condotta, pur se sfavorevoli rapportate al successivo decreto-legge, erano prevedibili<sup>193</sup>.

Il problema, a quel punto, erano solamente i fatti concomitanti, ossia quei fatti commessi durante il periodo di vigenza del decreto-legge decaduto, non convertito o convertito con emendamenti. Riguardo ad essi, infatti, la Corte Costituzionale non ha stabilito alcunché.

Nella sentenza sopracitata, tuttavia, la corte ha specificato che il principio di irretroattività ex art. 25 co. 2 Cost. “attesa la sua particolare rilevanza, quale rivelata dalla sua posizione e dal suo contenuto, non può dunque escludersi senz’altro che il principio, oltre che rispetto a fenomeni normativi successivi, trovi applicazione all’interno di vicende del tipo di alternatività sincronica fra situazioni normative”<sup>194</sup>. La Corte, dunque lascia intendere che il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole si applica non solo ai casi di successione normativa, ma anche al caso in cui una legge riprende vigore per effetto del venire meno di una legge intermedia<sup>195</sup>. Da un tale appiglio, dunque, la dottrina ha ricostruito la disciplina relativa ai fatti concomitanti: nel caso in cui il decreto-legge prevedesse una disciplina sfavorevole, è sicura l’applicazione della legge anteriore; nel caso di disciplina favorevole (o di abolitio criminis), invece, la si dovrà applicare al soggetto agente. Tale soluzione è l’unica rispettosa del principio di irretroattività in quanto la legge anteriore, sebbene recuperata per effetto della mancata

---

<sup>193</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 156.

<sup>194</sup> Corte Cost, 22/2/1985, n. 51.

<sup>195</sup> S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, cit., p. 103.

conversione del decreto-legge, non poteva essere conosciuta dal soggetto agente, non potendo svolgere la funzione di orientamento delle condotte <sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 156. F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, cit., p. 145-146







## *Capitolo II*

### *La revoca del giudicato ex art. 673 c.p.p.*

Sommario: 1. La relatività del giudicato. – 2. Analisi dell'art. 673 c.p.p. – 3. Abolito criminis anteriore alla sentenza di condanna. – 4. Abolito criminis e sentenze di condanna oggettivamente cumulative. – 5. Abolito criminis parziale e ruolo del giudice dell'esecuzione. 6. La dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante. – 6.1. La differenza ontologica tra abrogazione e dichiarazione di incostituzionalità di una norma e ripercussioni in ambito penale: comunanza di effetti. – 6.2. Illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p. – 6.3 Le sentenze di condanna non ancora passate in giudicato. – 6.4. Ordine di carcerazione non sospeso per il disposto dell'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p. – 6.5. le sentenze di condanna passate in giudicato. – 6.5.1. i vari orientamenti circa l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 30 L. 87/1953. – 6.5.2. La sentenza delle Sezioni Unite Gatto. – 7. Overuling abolitivo della giurisprudenza. – 7.1. L'art. 6 co. 3 d.lgs. n. 286/1998 nella sua originaria formulazione. – 7.2. Contrasti interpretativi circa l'individuazione del soggetto attivo. – 7.3. La nuova formulazione dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998. – 7.4. Nuovi contrasti interpretativi. – 7.5. La sentenza delle Sezioni Unite Alacev. – 7.6. I vari orientamenti circa l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. – 7.7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2012. – 7.8. La sentenza delle Sezioni Unite Mraidi.

## 1. La relatività del giudicato.

In generale, il processo penale può essere distinto in due fasi: la fase della cognizione e quella dell'esecuzione. La prima ha come scopo quello di accertare la responsabilità penale di un soggetto e, nel caso di accertamento positivo, di applicare le sanzioni penali previste dalla legge. La seconda, invece, è preordinata all'attuazione dei provvedimenti del giudice con i quali si è disposta l'applicazione di una pena e/o una misura di sicurezza<sup>197</sup>. Ad oggi, tuttavia, quest'ultima fase ospita altresì tutta una serie di attività e provvedimenti con cui viene modificato il contenuto del comando, a sua volta incorporato nella sentenza<sup>198</sup>.

Ciò costituisce un gran cambiamento al passato: quando era in vigore il precedente codice Rocco, la regola generale era quella della tendenziale stabilità e immodificabilità della sanzione comminata con sentenza durante la fase della cognizione del processo penale, di modo che le uniche modifiche legittime al comando, successive al passaggio in giudicato, erano quelle che derivavano da provvedimenti di amnistia e indulto<sup>199</sup>. Alla base di questa regola vi erano, fondamentalmente, due premesse<sup>200</sup>: una concezione piuttosto rigida del principio di intangibilità del giudicato, il cui scopo è quello di tutelare l'esigenza di certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici; una concezione della funzione della

---

<sup>197</sup>F. Caprioli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, ed. II, 2011, p. 3; A. Gaito, *Esecuzione penale*, Giuffrè, ed. III, 2016, p. 48-49.

<sup>198</sup> F. Caprioli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 3.

<sup>199</sup> F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 19 e ss.

<sup>200</sup> F. Caprioli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 3.

pena in chiave esclusivamente retributiva e di prevenzione generale. Obiettivo della pena, dunque, era esclusivamente infliggere al reo una sofferenza pari al danno causato con la sua condotta e dissuadere gli altri consociati dal commettere lo stesso reato<sup>201</sup>.

Col tempo, tuttavia, tali premesse sono venute meno, con conseguente mutamento di approccio in tema di intangibilità del giudicato<sup>202</sup>. Come è stato fatto notare da parte della dottrina, infatti, l'approccio in tema di giudicato e la funzione della pena determinano la stessa fisionomia dell'esecuzione penale<sup>203</sup>.

Da un lato, è mutata la concezione stessa della funzione della pena: decisivo, sotto questo punto di vista, è stato l'entrata in vigore della Costituzione la quale, all'art. 27 co. 3, stabilisce la funzione rieducativa della pena<sup>204</sup>. Al fine di individuare i precisi confini della finalità rieducativa, sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale nel 1974, , affermando l'esistenza di un diritto per i detenuti ad un riesame periodico della pena, per verificare se il fine rieducativo sia stato raggiunto attraverso la parte di pena già espiata<sup>205</sup>.

Concentrandosi l'attenzione sulla finalità rieducativa della pena, di conseguenza la fase dell'esecuzione penale diventa cruciale per la sua attuazione e il suo

---

<sup>201</sup> F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 19 e ss.

<sup>202</sup> G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004, p. 2.; F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 23.

<sup>203</sup> G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 2.

<sup>204</sup> F. Caprioli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 5.

<sup>205</sup> Corte Cost., 4/07/1974, n. 204.

raggiungimento. Decisiva, dunque, è stata l’emanazione della legge sull’ordinamento penitenziario n. 354/1975 e successive modifiche<sup>206</sup>.

Dall’altro lato è progressivamente aumentata la sensibilità riguardo alle esigenze di giustizia sostanziale, le quali suggerivano un’attenuazione della regola di tendenziale stabilità del giudicato<sup>207</sup>. Di tali istanze si è preso carico il legislatore del 1988 il quale, recependo le indicazioni provenienti dalla legge delega, ha qualificato la fase dell’esecuzione penale “quale strumento per l’attuazione del principio costituzionale dell’umanizzazione della pena da cui deriva poi quello dell’adeguatezza della medesima con riferimento al fine della possibile rieducazione del condannato”<sup>208</sup> e introducendo deroghe significative alla regola di tendenziale immutabilità del giudicato penale<sup>209</sup>: innanzitutto, all’art. 671 c.p.p. ha riconosciuto al giudice dell’esecuzione il potere di applicare la disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione, modificando così il trattamento sanzionatorio successivamente al passaggio in giudicato della sentenza penale; all’art. 625 bis c.p.p., prevedendo il ricorso straordinario per errore di fatto; all’art. 669 c.p.p., prevedendo la disciplina del conflitto pratico di giudicati; all’art. 673 c.p.p., prevedendo la revoca della sentenza per abolitio criminis.

---

<sup>206</sup> F. Caprioli, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 5.

<sup>207</sup> G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Giuffrè, ed III, 2016, p. 23-24-25.

<sup>208</sup> In tal senso, v. *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico di imputati minorenni*.

<sup>209</sup> F. Caprioli, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 3-4; G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 27-28-29.

Del resto è la stessa Corte Costituzionale che, nel 2013, ha affermato che il valore del giudicato, pur esprimendo ragioni di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici, ha carattere recessivo rispetto ad alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato<sup>210</sup>.

È da dirsi superato, dunque, il tradizionale ruolo marginale riconosciuto alla fase dell'esecuzione penale, essendo oramai un momento di verifica giurisdizionale<sup>211</sup> complementare rispetto al giudizio di cognizione e, più in generale, a completamento del sistema processuale penale<sup>212</sup>.

In questo quadro, bisogna constatare che il giudicato ha assunto un carattere recessivo e flessibile, suscettibile di modifica in favore di esigenze di giustizia sostanziale. Ciononostante, dimostra ancora la sua solidità di fronte ad ipotesi di mera successione di norme modificative della legge penale, stante il limite del giudicato stabilito dall'art 2 co. 4 c.p. (eccezione fatta per il terzo comma dell'art. 2 c.p.)<sup>213</sup>.

Un giudicato aperto, pur nei limiti sopra enunciati, risulta necessario per evitare disparità di trattamento. Ciò non vuol dire non riconoscere valore al giudicato, quale presidio costituzionale di certezza del diritto e stabilità dei rapporti giuridici, bensì affermare che esso deve cedere il passo di fronte ad esigenze prevalenti, quale la libertà personale<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> Corte Cost., 18/07/2013, n. 210.

<sup>211</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 24/10/2013, n. 18821, Ercolano.

<sup>212</sup> Cass. Pen. Sez. V, 24/06/1998, Ottaviano, in Mass. Uff. 211566.

<sup>213</sup> G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 38-39-40-41-42.

<sup>214</sup> G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 42.

Ora, delineate le linee essenziali del quadro normativo attuale, concentreremo l'attenzione su una delle ipotesi in virtù delle quali è possibile, per il giudice dell'esecuzione, incidere sulla sentenza passata in giudicato: la revoca del giudicato ex art. 673 c.p.p.

## **2. Analisi dell'art. 673 c.p.p.**

L'art. 673 c.p.p. dispone che “Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. Allo stesso modo provvede quando è stata emessa sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità”.

La disposizione si riferisce all'ipotesi in cui, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, intervenga una legge che disponga l'abrogazione della norma incriminatrice o una dichiarazione di illegittimità costituzionale della medesima da parte della Corte Costituzionale<sup>215</sup>. In questi casi l'art. 673 prevede un rimedio del tutto nuovo nel nostro ordinamento<sup>216</sup>: il potere del giudice dell'esecuzione di disporre la revoca della sentenza o del decreto penale di

---

<sup>215</sup> Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, 2003, p. 275; P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, CEDAM, ed. V, 2003, p. 207.

<sup>216</sup> G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 261.

condanna, dichiarando che il fatto non è più qualificato dalla legge come reato, venendo meno così ogni conseguenza negativa derivante dalla sentenza<sup>217</sup>.

Con l'espressione "adotta i provvedimenti conseguenti", la dottrina ritiene che il legislatore abbia voluto attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di eliminare qualunque effetto pregiudizievole derivato dalla sentenza<sup>218</sup>, come, ad esempio, l'eliminazione della scheda del casellario giudiziario e di tutte le altre annotazioni negative conseguenti alla condanna revocata<sup>219</sup>, o la scarcerazione immediata del condannato detenuto<sup>220</sup>.

Allo stesso modo, in base al secondo comma dell'art. 673 c.p.p., il giudice dovrà procedere alla revoca anche nel caso di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità: la ratio consiste nel garantire che vengano rimossi gli effetti pregiudizievoli derivanti da queste sentenze, data la sussistenza, anche in questi casi, di un interesse ad ottenere la formula la formula di proscioglimento più favorevole prevista al primo comma<sup>221</sup>. Parte della dottrina ritiene di differenziare la ratio della norma contenuta al secondo comma, a seconda che vi sia un'ipotesi di estinzione o di mancanza di imputabilità: nella prima ipotesi l'interesse è di natura morale ad ottenere una formula assolutoria più conveniente, quale è "il fatto non è previsto dalla legge come reato"; nella seconda ipotesi, invece, dall'ottenimento della

---

<sup>217</sup> G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, ed. V, 2002, p. 215.

<sup>218</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, ed. II, 2011, p. 283.

<sup>219</sup> P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle relative problematiche*, CEDAM, ed. IV, 2000, p. 778-779.

<sup>220</sup> Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 275

<sup>221</sup> S. Giambruno, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, Giuffrè, 2001, p. 99; D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 282.

formula assolutoria più piena può dipendere la stessa revoca di eventuali misure di sicurezza<sup>222</sup>.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 673 c.p.p., la dottrina ritiene che vi rientri anche la sentenza di patteggiamento<sup>223</sup>. In senso conforme anche la giurisprudenza<sup>224</sup>.

Passando ora alla ratio, l'art. 673 c.p.p. codifica a livello processuale l'art. 2 co. 2 c.p. e l'art. 30 co. 4 l. 11/03/1953 n. 87, in base ai quali se per un fatto, previsto dalla legge come reato al momento della commissione, è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato e, successivamente, interviene una legge che abroga la norma incriminatrice (in base alla quale è stata pronunciata la sentenza di condanna) o ne viene dichiarata l'illegittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali<sup>225</sup>. Come vedremo nei prossimi paragrafi, sia l'abrogazione che la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma, pur essendo due fenomeni da tenere distinti, in ambito penale producono i medesimi effetti retroattivi<sup>226</sup>. Appare dunque coerente e giustificata la scelta effettuata dal legislatore del 1988, all'art

---

<sup>222</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 282-283; A. Scalfati, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1996.

<sup>223</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 282; G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., p. 261.

<sup>224</sup> Cass. Pen. Sez. III, 15/01/2002, CED 221692; Cass. Pen., 19/10/2007, Melandri, CED 237969; Cass. Pen., 11/07/2000, Battistella, CED 217089

<sup>225</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 280; G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 215; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 276; S. Giambruno, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, cit., p. 99; P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle relative problematiche*, cit., p. 777-778.

<sup>226</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 173.

673 c.p.p., di accomunare le ipotesi di abrogazione e di dichiarazione di illegittimità costituzionale per quanto riguarda la disciplina processuale dei loro effetti<sup>227</sup>. Peraltro, la Corte Costituzionale sostiene che l'art. 673 c.p.p. abbia dato vita ad un istituto del tutto nuovo nel nostro ordinamento, che segna un deciso mutamento di tendenza rispetto a quanto previsto dall' art. 2 co. 2 c.p. e dall'art. 30 co. 4 l. n. 87/53: secondo quest'ultimi, infatti, l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice inciderebbero, con valenza demolitoria, solo sull'esecuzione della sentenza, non sul giudicato. Il nuovo art. 673 c.p.p., invece, coerentemente con il riconoscimento dell'esecuzione penale quale fase "giurisdizionale" e dei nuovi poteri del giudice dell'esecuzione, spiegherebbe i suoi effetti, cancellandola, anche sulla sentenza emessa dal giudice della cognizione<sup>228</sup>.

Alle ipotesi espressamente previste dall'art 673 c.p.p. di abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, si deve equiparare anche il caso di decadenza di un decreto-legge che contenga una norma incriminatrice<sup>229</sup>.

L'art. 673 non specifica quale rito debba seguire il giudice dell'esecuzione nel revocare la sentenza di condanna, tuttavia in dottrina si ritiene al proposito

---

<sup>227</sup> A. Scafati, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, cit., p. 180 e ss.; D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, 2009, p. 190 e ss.

<sup>228</sup> Corte Cost., 8/04/1996, n. 96.

<sup>229</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 280; Cass. Pen. Sez. I, 16/12/1997, Karomi, n. 7058.

applicabile l'art. 666 c.p.p.<sup>230</sup>. non vi è uniformità di vedute sul se il giudice dell'esecuzione possa disporre la revoca ex 673 c.p.p. d'ufficio, oppure su impulso di parte (p.m., l'interessato o il difensore)<sup>231</sup>. Nel silenzio della legge, inoltre, in dottrina si ritiene che il provvedimento con il quale si dispone la revoca della sentenza debba assumere la forma dell'ordinanza, il cui estratto verrà poi trasmesso alla cancelleria del giudice che ha emanato la sentenza affinché lo annoti sulla stessa<sup>232</sup>.

Per quanto riguarda i limiti del giudice dell'esecuzione nel rilevare uno dei presupposti rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 673 c.p.p., premesso che la richiesta di revoca non è da qualificarsi come un mezzo di impugnazione che consenta la rinnovazione del giudizio di merito<sup>233</sup>, si è consolidato l'orientamento secondo cui il giudice dell'esecuzione non può integrare, né modificare, il contenuto del giudicato: in particolare “non potrà modificare l'originaria qualificazione o accertare il fatto in modo difforme da quello ritenuto in sentenza, né sussumere la condotta del condannato sotto una diversa fattispecie, se la

---

<sup>230</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 280; P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle relative problematiche*, cit., p. 778; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 276-277.

<sup>231</sup> A favore della prima tesi, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 280-281, secondo il quale il potere del giudice dell'esecuzione di disporre la revoca d'ufficio sarebbe in linea con le esigenze di giustizia sostanziale che hanno portato il legislatore del 1988 ad introdurre l'art. 673 c.p.p.; a favore della seconda tesi P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle relative problematiche*, cit., p. 778 e Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 276-277.

<sup>232</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281.

<sup>233</sup> Cass. Pen. Sez. IV, 26/02/1997, Lanotte, in *Giust. pen.* 1997, III, c. 175.

riconducibilità della condotta a detta fattispecie non ha mai formato oggetto di accertamento e di formale contestazione nel giudizio di cognizione”<sup>234</sup>.

Per quanto riguarda gli effetti della sentenza revocata dal giudice dell’esecuzione, è necessario distinguere.

Alcuni effetti rimangono intatti, come le statuizioni relative alla confisca e al risarcimento del danno in favore della parte civile. Nel primo caso, infatti, le Sezioni Unite hanno stabilito che la misura di sicurezza patrimoniale della confisca, a seguito dell’intervenuta irrevocabilità della sentenza che la dispone, comporti il trasferimento a titolo originario allo Stato dei beni confiscati, con la conseguenza che l’applicazione dell’art. 673 c.p.p. non potrà incidere su tale effetto, trattandosi di situazione giuridica esaurita<sup>235</sup>. Nel secondo caso, la revoca della condanna non spiega effetti perché il fatto, pur non essendo più qualificato come reato, rimane un illecito civile, con conseguente persistenza dell’obbligazione risarcitoria<sup>236</sup>.

Altri effetti vengono meno, uno di questi in tema di rapporti tra sospensione condizionale della pena e revoca della condanna ex art. 673 c.p.p. Il problema riguarda il caso in cui la revoca ex art. 673 riguardi una condanna che ha ostacolato la concessione della sospensione condizionale perché superiori ai limiti stabiliti per legge. Sarebbe possibile per il giudice dell’esecuzione, contestualmente alla revoca della condanna, concedere il beneficio per l’altra condanna, nel frattempo divenuta irrevocabile, visto che la nuova pena è al di sotto dei limiti stabiliti per

---

<sup>234</sup> Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2015, n. 4461.

<sup>235</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 28/01/1998, n. 2, Maiolo.

<sup>236</sup> Cass. Pen., 30/09/2002, Marolla.

la sospensione? Al quesito le Sezioni Unite della Cassazione hanno risposto positivamente, interpretando l'espressione "adotta i provvedimenti conseguenti" in modo che il giudice dell'esecuzione possa eliminare tutti gli effetti negativi derivanti dalla sentenza, compresa l'incidenza della condanna come ostacolo alla concessione della sospensione condizionale<sup>237</sup>.

### **3. Abolito criminis anteriore alla sentenza di condanna**

Altra questione da analizzare riguarda la possibilità del giudice dell'esecuzione di disporre la revoca ex art. 673 nel caso in cui l'abolito criminis, pur intervenuta prima della sentenza di condanna, non sia stata rilevata dal giudice della cognizione. È opportuno premettere che il tema tocca due opposti principi, per i quali sarà necessario un equo temperamento: da un lato il principio di intangibilità del giudicato, in base al quale si dovrebbe escludere la possibilità per il giudice dell'esecuzione di disporre la revoca ex art. 673 c.p.p. in caso di abolito criminis non rilevata nella fase della cognizione<sup>238</sup>; dall'altro lato vi è il fatto che, nel caso di abolito criminis non rilevata, la sentenza di condanna sarebbe viziata in quanto assente il fondamento stesso del potere punitivo, ossia la norma incriminatrice<sup>239</sup>.

Nell'individuare una possibile soluzione, tenendo conto di questi principi antitetici, si dovrà distinguere: nel caso in cui il giudice della cognizione non si

---

<sup>237</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 20/12/2005, n. 4687, Catanzaro

<sup>238</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281.

<sup>239</sup> F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., p. 333.

sia espresso riguardo la sussistenza o meno dell'abolitio criminis, dunque in presenza di un suo errore percettivo, si deve riconoscere il potere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza ex art. 673 c.p.p.<sup>240</sup>. In questo caso, infatti, la questione sulla sussistenza o meno di un'abolitio criminis non è nemmeno stata analizzata dal giudice della cognizione, risolvendosi in un errore di diritto idoneo ad incidere sul giudicato<sup>241</sup>. In senso conforme anche le Sezioni Unite della Cassazione<sup>242</sup>.

Nel caso in cui, invece, l'abolitio criminis sia intervenuta prima della sentenza di condanna e il giudice della cognizione l'abbia espressamente esclusa, è precluso al giudice dell'esecuzione di disporre la revoca ex art. 673 c.p.p.<sup>243</sup>. In questo caso il rimedio predisposto dall'ordinamento consiste nell'esperimento dei mezzi d'impugnazione<sup>244</sup>.

#### **4. Abolitio criminis e sentenze di condanna oggettivamente cumulative.**

Cosa accade qualora un soggetto sia condannato per più reati, uno dei quali abbia perso rilevanza penale a seguito di abolitio criminis? Sul punto è intervenuta

---

<sup>240</sup> Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 278; D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281;

<sup>241</sup> E. Anselmi, *Abolitio criminis non rilevata dal giudice della cognizione: giudicato e pena illegale*, in *Dir. Pen. e processo*, 2017, (nota a sentenza Sez. Un. 29/10/2015 n. 26259 Mraidi).

<sup>242</sup> Cass. Pen. Sez Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi.

<sup>243</sup> Cass. Pen. Sez Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi; A. Scalfati, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, cit.

<sup>244</sup> E. Anselmi, *Abolitio criminis non rilevata dal giudice della cognizione: giudicato e pena illegale*, cit.

la Corte Costituzionale nel 1996: il gip del tribunale di Ascoli Piceno aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., in riferimento agli art. 3 e 25 della Costituzione, nella parte in cui esclude che il giudice dell'esecuzione possa disporre la revoca del giudicato nel caso di sentenza di condanna per plurimi fatti costituenti reato, uno (o alcuni) soltanto dei quali rientranti nella previsione dell'art. 673<sup>245</sup>. Secondo il giudice rimettente, in sostanza, l'art. 673 contemplerebbe solo l'ipotesi di revoca totale, non anche quella "parziale", potendo trovare applicazione solo nei casi di "sentenza o decreto penale di condanna riguardante una o più norme abrogate o dichiarate costituzionalmente illegittime"<sup>246</sup>.

La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione non fondata, sostenendo che il giudice rimettente muove da una premessa interpretativa assolutamente erronea: se è vero che l'art. 673 non contempla espressamente l'ipotesi della revoca parziale, ciò è perché una tale specificazione sarebbe risultata del tutto superflua. Anche nel caso in cui la norma avesse previsto una tale ipotesi, specifica la Corte, il giudice dell'esecuzione comunque dovrebbe revocare l'intera sentenza di condanna, salvo poi il potere dello stesso di procedere alla rideterminazione della pena residua. Così, una volta revocata la sentenza nella sua interezza, sarà necessario pervenire ad una nuova statuizione, in sede esecutiva, che sostituisca quella del giudice della cognizione<sup>247</sup>.

---

<sup>245</sup> Ordinanza del Gip del tribunale di Ascoli Piceno, 1/03/1995.

<sup>246</sup> Ordinanza del Gip del tribunale di Ascoli Piceno, 1/03/1995.

<sup>247</sup> Corte Cost., 25/03/1996, n. 96.

L'art. 673. c.p.p., dunque, contempla l'ipotesi della "revoca parziale", con la specificazione che si tratta di un'espressione impropria, in quanto la sentenza dovrà essere revocata nella sua interezza<sup>248</sup>. il giudice dell'esecuzione, dunque, una volta accertato che uno dei reati sia venuto meno, dovrà revocare l'intera sentenza e procedere a determinare la pena residua da scontare, conformemente alla lettera dell'art. 673 "adotta i provvedimenti conseguenti"<sup>249</sup>.

Il potere del giudice dell'esecuzione di determinare la pena residua, come provvedimento conseguente alla revoca ex art. 673 c.p.p., è particolarmente penetrante nel caso di reati uniti dal vincolo di continuazione, soprattutto qualora il reato colpito dall'abolitio criminis sia quello più grave. In detta ipotesi, se a seguito della revoca ex 673 c.p.p. vi è un solo reato, il giudice dell'esecuzione dovrà rideterminare la pena entro la cornice edittale stabilita dalla legge per quel reato residuo. Se invece residuano più reati, il giudice dell'esecuzione dovrà individuare quale sia il reato più grave, determinare la pena base, per poi aumentarla in base all'art. 81 c.p. riguardo ai reati satellite<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Corte Cost., 25/03/1996, n. 96.

<sup>249</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 284.

<sup>250</sup> Cass. Pen. Sez. III, 16/02/2002, n. 7667, Congedo.

## 5. Abolitio criminis parziale e ruolo del giudice dell'esecuzione.

Riprendendo quanto detto nel primo capitolo, l'abolitio criminis parziale si verifica nel momento cui viene ristretto l'ambito di applicazione della norma incriminatrice, di modo che alcuni fatti diventino penalmente leciti mentre altri mantengano la loro rilevanza penale. Si tratta di un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo che si verifica qualora, contestualmente all'abrogazione di una norma incriminatrice, ne venga introdotta un'altra che si pone in un rapporto di specialità rispetto alla precedente<sup>251</sup>. In questi casi, come specificato dalle sezioni Unite della Cassazione, ai fatti che mantengono la loro rilevanza penale verrà applicato l'art. 2 co. 4, mentre ai fatti che hanno perso rilevanza penale, in quanto non più rientranti nella nuova fattispecie legale astratta di tipo speciale rispetto alla precedente, verrà applicato l'art. 2 co. 2. Solo rispetto a quest'ultima categoria di fatti si configura una vera e propria abolitio criminis<sup>252</sup>.

Ora, analizzati i profili sostanziali dell'abolitio criminis parziale, si dovrà esaminare quale sia il ruolo del giudice dell'esecuzione qualora una tale ipotesi di successione di leggi penale nel tempo si configuri dopo che sia intervenuta la sentenza di condanna. La giurisprudenza di legittimità sostiene che in sede esecutiva il giudice debba verificare se il fatto oggetto della condanna integri gli estremi della nuova fattispecie legale astratta<sup>253</sup>: in caso di continuità normativa, il giudicato rimarrà fermo (art. 2 co. 4 c.p.), altrimenti si avrà un caso di abolitio criminis con conseguente revoca del giudicato (art. 2 co.2 c.p.).

---

<sup>251</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, X ed., Giuffrè, 2020, p. 140-141.

<sup>252</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 26/03/2003, n. 25887, Giordano.

<sup>253</sup> Cass. Pen. Sez. V, 5/04/2004, n. 26859, Mazzoleni; Cass. Pen. Sez. I, 17/02/2005, n. 13404, Spadola.

Se questo è il quadro, risulta decisivo individuare i poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione, affinché possa stabilire se ci si trovi di fronte o meno ad un'abolitio criminis. Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, il giudice avrebbe solo la possibilità di consultare il contenuto della sentenza di condanna, non potendo accedere agli atti del processo di cognizione<sup>254</sup>. Una simile concessione, infatti, porterebbe ad una nuova valutazione di merito, con conseguente illegittimità del provvedimento di revoca<sup>255</sup>. Parte della dottrina, tuttavia, sostiene che questo vincolo sia di fatto poco rispettato in quanto la giurisprudenza sottolinea il ruolo del giudice dell'esecuzione di interprete del giudicato<sup>256</sup>: pur essendo vincolato al contenuto della sentenza di condanna, il giudice dell'esecuzione avrebbe la possibilità di interpretarla andando oltre la lettera della stessa, al fine di specificare quanto già detto nella sentenza di condanna<sup>257</sup>. Il rischio, dunque, è quello per cui il divieto di formulare una nuova valutazione di merito venga sostanzialmente eluso attraverso la concessione di ampi poteri discrezionali<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> Cass. Pen. Sez. V, 5/04/2004, n. 26859, Mazzoleni.

<sup>255</sup> Cass. Pen. Sez. I, 17/02/2005, n. 13404, Spadola.

<sup>256</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 285.

<sup>257</sup> Cass. Pen, 15/06/2006, Terzoli, CED 235322

<sup>258</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 285-286.

## **6. La dichiarazione di incostituzionalità di una circostanza aggravante.**

Nei paragrafi precedenti, si è visto che l'art. 673 c.p.p. attribuisce al giudice dell'esecuzione, nei casi di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il potere di disporre la revoca della sentenza di condanna o del decreto penale oppure della sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità. In detti casi il giudice dell'esecuzione, secondo quanto dispone l'art. 673, dovrà dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adottare i provvedimenti conseguenti.

Ora, l'art. 673 c.p.p. può essere esteso anche all'ipotesi in cui la declaratoria di illegittimità costituzionale riguardi non la norma che prevede la fattispecie legale astratta di reato, bensì quella che incide sul trattamento sanzionatorio? Ci si riferisce, concretamente, ai casi di sentenza di condanna (o di decreto penale) la cui sanzione sia stata aumentata in virtù di una circostanza aggravante successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale.

Il problema, piuttosto complesso, è emerso in occasione della declaratoria di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della clandestinità, prevista all'art. 61 n. 11-bis c.p.<sup>259</sup>. In occasione di ciò, sorse il quesito sul se fosse possibile per il giudice dell'esecuzione rideterminare il trattamento sanzionatorio in favore di colui che è stato condannato, con sentenza passata in giudicato, ad una sanzione aumentata in base a detta circostanza aggravante.

---

<sup>259</sup> Corte Cost., 8/07/2010, n. 249.

Le medesime considerazioni che si faranno nel corso di questo paragrafo sono estensibili anche alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4, nella parte in cui vieta, per il recidivo reiterato, la prevalenza dell'attenuante del fatto di lieve entità in materia di stupefacenti<sup>260</sup>.

Il quesito sopraindicato si colloca all'interno di un tema più ampio: i rapporti tra legalità della pena e principio di intangibilità del giudicato<sup>261</sup>.

Come si è visto all'inizio di questo capitolo, prima dell'avvento della Costituzione, nel vigore del precedente codice di procedura penale Rocco del 1930, la decisione dell'organo giurisdizionale era considerata intoccabile. Ritenere modificabile la decisione del giudice significava implicitamente ammettere l'errore giudiziario e, di conseguenza, riconoscere che l'ideologia del regime fascista non era perfetta<sup>262</sup>.

In quel sistema, dunque, era perfettamente logico ritenere il giudicato insuscettibile di modifiche, anche qualora fossero stati danneggiati diritti fondamentali<sup>263</sup>. La fase dell'esecuzione penale, conseguentemente, veniva concepita come fase meramente amministrativa: una pura esecuzione della sentenza del giudice, insuscettibile di modifica dopo il suo passaggio in giudicato (tranne nei casi dei provvedimenti clemenziali)<sup>264</sup>.

---

<sup>260</sup> Corte Cost., 15/11/2012, n. 251.

<sup>261</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, CEDAM, 2017, p. 86.

<sup>262</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 87.

<sup>263</sup> G. Leone, *Il mito del giudicato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, p. 197.

<sup>264</sup> G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, 1971, p. 646.

Con l'avvento della Costituzione, inevitabilmente venne meno la concezione rigida del principio di intangibilità del giudicato: vi era la (nuova) necessità di proteggere i diritti fondamentali dell'individuo, anche nella fase esecutiva<sup>265</sup>.

Così il legislatore dell'88 introdusse, agli art. 671-672-673-674 c.p.p. (successivamente gli art. 625 bis e ter c.p.p.), delle ipotesi di correzione del giudicato, per soddisfare esigenze di giustizia sostanziale, classificando la fase dell'esecuzione penale come fase giurisdizionale e, conseguentemente, aumentando i poteri del giudice dell'esecuzione<sup>266</sup>.

Il problema riguarda la tassatività delle ipotesi sopraelencate. Aldilà di queste ipotesi, il giudice dell'esecuzione non può modificare il giudicato né può applicarle analogicamente<sup>267</sup>.

Ecco il problema: siccome l'art. 673 c.p.p. non contempla espressamente l'ipotesi della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante, ed essendo le ipotesi previste dal codice di modifica del giudicato tassative, il giudice dell'esecuzione può disporre la revoca del giudicato?

Per rispondere a questa domanda, ripercorreremo le varie tappe dell'evoluzione giurisprudenziale, partendo dalla sentenza della Corte Costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p.

Detta pronuncia in particolare ha originato tre ordini di problemi<sup>268</sup>: la sorte delle sentenze non ancora passate in giudicato; la sorte delle sentenze già passate in

---

<sup>265</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 88.

<sup>266</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 88.

<sup>267</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 88.

<sup>268</sup> S. Tovani, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 387 e ss.

giudicato, su cui concentreremo l'attenzione; la sorte di quei soggetti il cui ordine di carcerazione non sia stato sospeso a causa dell'art. 656 co. 9 lettera a) c.p.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo come conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p.

### **6.1 La differenza ontologica tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma e ripercussioni in ambito penale: comunanza di effetti.**

Prima di esaminare il percorso storico, giurisprudenziale e dottrinale, che ha portato alla risoluzione del problema dell'illegittimità costituzionale di una norma che incide sul trattamento sanzionatorio, è necessaria una premessa di ordine concettuale: separare il fenomeno dell'abrogazione da quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma.

Tale premessa, infatti, risulta pregiudiziale per la corretta risoluzione della questione e, non a caso, è stata ripresa anche dalle Sezioni Unite per dirimere definitivamente i contrasti interpretativi formati circa gli art. 673 c.p.p. e 30 co. 3-4 l. 87/1953<sup>269</sup>.

Sebbene l'art. 673 c.p.p. sottoponga l'abolitio criminis e la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice alle medesime conseguenze processuali (la revoca del giudicato), i due fenomeni (non solo in ambito penale, ma in generale) vanno tenuti distinti: la dichiarazione di

---

<sup>269</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/05/2014, n. 42858, Gatto.

illegittimità costituzionale di una norma produce, come effetto, non l'abrogazione, bensì il suo annullamento<sup>270</sup>. Conseguentemente la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice, essendo una specie particolare all'interno del genere dell'illegittimità costituzionale di una norma, non è riconducibile alla disciplina della successione di leggi penali nel tempo<sup>271</sup>. In questo caso, infatti, "non essendovi due leggi in successione tra di loro, mancano i presupposti per l'applicazione dell'art. 2 c.p."<sup>272</sup>. L'art. 30 co. 4, dunque, non costituirebbe una superflua ripetizione dell'art. 2 c.p., ma avrebbe valenza autonoma, disciplinando specificamente gli effetti della declaratoria di incostituzionalità in ambito penale<sup>273</sup>.

Sulla differenza tra l'effetto di abrogazione, derivante dalla successione di norme, e l'effetto di annullamento, derivante dalla dichiarazione di illegittimità di una norma, in passato si era espressa chiaramente la Corte Costituzionale: l'abrogazione delimita la sfera di efficacia e, dunque, di applicazione di una norma a fatti che sono avvenuti sino ad un preciso momento nel tempo, di regola coincidente con l'entrata in vigore della nuova norma (salvo che quest'ultima non stabilisca diversamente); l'annullamento, derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, determina, invece, la cessazione di efficacia della norma che ne è oggetto, impedendo la sua applicazione a fatti ai quali sarebbe applicata in base ai normali criteri di successione di norme nel tempo. Ciò è

---

<sup>270</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 167.

<sup>271</sup> M. Gallo, *La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 150 e ss; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 156; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, p. 76 e ss.

<sup>272</sup> M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 76 e ss.

<sup>273</sup> M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 76 e ss.

perfettamente logico se si considera che la successione di norme consiste in un mutamento di disciplina determinato da motivi di opportunità politica, diversamente per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma<sup>274</sup>.

Da questa pronuncia, la dottrina ha enucleato le differenze essenziali tra i due fenomeni esaminati: l'abrogazione è un effetto collegabile ad una scelta politica presa dal legislatore, mentre l'annullamento deriva da una decisione della Corte Costituzionale con cui viene accertata l'invalidità della norma che ne è oggetto<sup>275</sup>.

Considerando tali caratteristiche, l'abrogazione si fonda sul criterio cronologico, in base al quale, nel contrasto tra più norme derivanti da fonti omogenee, prevale la legge successiva; l'annullamento, invece, si fonda sul criterio gerarchico, in base al quale, nel contrasto tra più norme provenienti da fonti eterogenee, deve considerarsi invalida quella che nella scala gerarchica occupa la posizione inferiore<sup>276</sup>.

Da queste considerazioni consegue che l'annullamento, derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma, ha efficacia retroattiva (ex tunc), salvo il limite dei rapporti esauriti, mentre l'abrogazione non ha efficacia retroattiva (opera ex nunc)<sup>277</sup>.

Ora, se per le norme diverse da quelle penali l'abrogazione opera ex nunc, limitandone la sfera di efficacia fino al momento dell'entrata in vigore della legge

---

<sup>274</sup> Corte Cost., 2/04/1970, n. 49.

<sup>275</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010, p. 306 e ss.

<sup>276</sup> R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998, p. 200 e 233 e ss.

<sup>277</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 167; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, CEDAM, 1984, p. 384 e ss

successiva (salvo diversa previsione), e la dichiarazione di illegittimità costituzionale opera ex tunc, accertando l'invalidità originaria della norma che ne forma oggetto, discorso diverso vale per le norme penali.

L'abrogazione di una norma incriminatrice ha, di regola, efficacia retroattiva oltre il limite del giudicato, in base a quanto disposto dagli art. 2 co. 2 c.p e 673 c.p.p.<sup>278</sup>.

Ciononostante, anche in ambito penale l'abrogazione non determina l'espulsione della norma incriminatrice dall'ordinamento: basti pensare all'ipotesi in cui la norma abrogatrice venga dichiarata costituzionalmente illegittima. In questo caso la norma incriminatrice abrogata torna in vigore<sup>279</sup>, dimostrando come l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale siano fenomeni da tenere distinti. In questo senso anche la Corte Costituzionale la quale, pur pronunciandosi in un ambito diverso da quello penale, sostenne che la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma abrogatrice determina il ripristino della norma abrogata<sup>280</sup>.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice, a differenza di quella riguardante norme non penali, ha efficacia retroattiva anche oltre il limite del giudicato, in virtù dell'art. 30 co. 4 l. 87/1953, derogando espressamente e tassativamente rispetto alla regola generale per cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma trova il limite nel giudicato<sup>281</sup>. Altra differenza riguarda le norme penali di favore, rispetto alle quali

---

<sup>278</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 172.

<sup>279</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., p. 311 e ss.

<sup>280</sup> Corte Cost., 5/04/1974, n. 107.

<sup>281</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 386.

la dichiarazione di illegittimità costituzionale incontra un limite: tali norme continueranno ad essere applicate ai fatti commessi antecedentemente la declaratoria di illegittimità, conformemente al principio di irretroattività stabilito all'art. 2 co. 1 c.p.<sup>282</sup>.

Tirando le fila del discorso, limitatamente alle norme incriminatrici, l'ambito di efficacia dell'abolizione e della dichiarazione di illegittimità costituzionale è sostanzialmente identico, avendo entrambe le ipotesi un'efficacia iperretroattiva oltre la sentenza passata in giudicato<sup>283</sup>. Coerente, dunque, è stata la scelta del legislatore di prevedere, all'art 673, la revoca del giudicato sia nel caso di abolitio criminis sia in quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice<sup>284</sup>.

L'avvertenza, tuttavia, è quella di tenere distinti i due fenomeni da un punto vista logico-concettuale, nonostante la loro comunanza di effetti in ambito penale: da un lato la successione di leggi penali di favore nel tempo, al quale attiene l'abrogazione della norma incriminatrice; dall'altro lato la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, la quale determina l'invalidità originaria della norma incriminatrice<sup>285</sup>. Si tratta, dunque, di fenomeni che producono effetti diversi, ma entrambi caratterizzati, in ambito penale, dal medesimo ambito di efficacia: l'iperretroattività oltre il giudicato<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> M. Gallo, *La legge penale*, cit., p. 153 e ss.; Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 156 e ss.

<sup>283</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 173.

<sup>284</sup> A. Scalfati, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, cit.

<sup>285</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 173-174.

<sup>286</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 173.

## 6.2 Illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p.

L'art. 1 lett. f) del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con alcune modifiche nella l. 24 luglio 2008 n. 125, aveva introdotto nel codice penale la c.d. circostanza aggravante della clandestinità. L'art. 61 n. 11 bis disponeva un aggravamento del reato qualora il reo avesse commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale<sup>287</sup>. Come sottolineato da parte della dottrina, la disposizione, insieme al reato di immigrazione clandestina introdotto con il d.lgs. n. 94/2009, è stata emanata in un periodo storico in cui si avvertiva la necessità, discutibile, di punire in qualunque modo l'immigrato irregolare<sup>288</sup>.

La circostanza aggravante in questione ha avuto vita breve: è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nel 2010<sup>289</sup>. Essenzialmente sono due i motivi per cui è stata estromessa dall'ordinamento<sup>290</sup>: da un lato l'art. 61 n. 11 bis, aggravando il trattamento sanzionatorio qualora il colpevole abbia commesso il fatto mentre si trovava illegalmente nel territorio nazionale, violava l'art. 3 della Costituzione. Tale circostanza determinava un'ingiustificata presunzione di maggiore pericolosità del reo rispetto ad un soggetto sprovvisto di un titolo per soggiornare nel territorio nazionale. Così si parificano situazioni che, invece,

---

<sup>287</sup> L'art. 1 co. 1, l. 15/07/2009, n. 94, aveva successivamente precisato che l'aggravante "si intende riferire ai soli cittadini di paesi non appartenenti all'Unione Europea".

<sup>288</sup> Degl'Innocenti-Tovani, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante della clandestinità*, nota a sentenza, in dir. pen e proc., 2010.

<sup>289</sup> Corte Cost., 5/07/2010, n. 249.

<sup>290</sup> Corte Cost., 5/07/2010, n. 249.

dovevano rimanere ben distinte, come il soggetto al quale sia scaduto il termine del permesso da quello inottemperante ad un decreto di espulsione. Si trattava, inoltre, di un aumento della pena ingiustificato, da un lato perché non vi è alcuna correlazione tra la “clandestinità” e la gravità del fatto commesso, dall’altro perché non vi è motivo giustificabile per distinguere tra cittadino comunitario, extracomunitario o apolide.

Dall’altro lato tale circostanza aggravante contrastava con l’art. 25 co. 2 Cost., il quale stabilisce che alla base della responsabilità penale vi debba essere esclusivamente il fatto commesso. Di conseguenza assumono rilevanza le sole condotte tenute, non gli status o le qualità personali del reo. L’art 61 n. 11 bis, invece, determinando un aumento di pena solo sulla base della clandestinità, attribuiva rilevanza allo status del colpevole, sfociando in un diritto penale “d’autore” anziché “del fatto”.

La Corte, inoltre, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo in via consequenziale l’art. 656 co. 9 lett. a), limitatamente alle parole “e per i delitti in cui ricorre l’aggravante di cui all’art. 61, primo comma, numero 11-bis”. Tale articolo, nella parte dichiarata illegittima dalla Corte, prevedeva il divieto di sospensione dell’ordine di carcerazione riguardo ai soggetti condannati per delitti in cui era stata applicata l’aggravante della clandestinità<sup>291</sup>.

---

<sup>291</sup> Corte Cost., 5/07/2010, n. 249.

La sentenza è stata accolta positivamente in dottrina<sup>292</sup>, pur criticando la successiva pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha salvato il reato di clandestinità dalle accuse di illegittimità costituzionale<sup>293</sup>.

Ora, dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante sono sorti tre problemi: le sentenze di condanna non ancora passate in giudicato, nelle quali l'aggravante della clandestinità ha determinato un aumento della pena; la situazione di quei condannati il cui ordine di carcerazione non sia stato sospeso per via del divieto previsto per quei reati in cui si è fatta applicazione dell'aggravante della clandestinità; le sentenze di condanna passate in giudicato in cui l'aggravante della clandestinità è stata applicata.

### **6.3. Le sentenze di condanna non ancora passate in giudicato.**

Primo ordine di problemi attiene alla sorte delle sentenze non ancora passate in giudicato, nelle quali è stata applicata la circostanza aggravante della clandestinità.

Apparentemente la soluzione potrebbe essere banale: esperire gli ordinari mezzi di impugnazione<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> F. Bailo, *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte Costituzionale: illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giur. It.*, 2010.

<sup>293</sup> Corte Cost., 5/07/2010, n. 250.

<sup>294</sup> S. Tovani, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 388.

Vi sono, tuttavia, almeno due ipotesi che hanno sollevato un dibattito giurisprudenziale e dottrinale: la prima riguarda il caso in cui nelle sentenze di condanna la circostanza aggravante sia stata giudicata come equivalente rispetto alle attenuanti generiche. Secondo un primo orientamento seguito da parte della giurisprudenza e della dottrina, pur con alcune differenze, riguardo a tali sentenze non sarebbe possibile esperire i mezzi di impugnazione ordinari<sup>295</sup>. Altri, invece, sostengono che tali sentenze possano essere impugnati tramite i mezzi ordinari<sup>296</sup>.

La seconda questione riguarda le sentenze impugnate con rimedi giudicati inammissibili. Parte della giurisprudenza della cassazione è favorevole all'annullamento<sup>297</sup>, altra parte contraria<sup>298</sup>.

#### **6.4. Ordine di carcerazione non sospeso per il disposto dell'art. 656 co. 9 lett.**

##### **a) c.p.p.**

Seconda questione da risolvere riguarda la situazione di quei condannati il cui ordine di carcerazione non è stato sospeso per il disposto dell'art. 656 co. 9 lett.

---

<sup>295</sup> Cass. Pen. Sez. VI, 17/11/2010, n. 40836, secondo la quale la sentenza che ha ratificato il patteggiamento sarebbe nulla, in forza dell'art. 2 co. 4 c.p., con conseguente trasmissione degli atti al giudice di primo grado; S. Zirulia, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in DPC, 2010, e M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 166-167, e secondo i quali la sentenza sarebbe nulla a causa della retroattività degli effetti delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, in forza degli art. 136 Cost., 30 co. 3-4 l. 87/1953.

<sup>296</sup> Cass. Pen. Sez. IV, 20/04/2011, n. 22174.; Degl'Innocenti-Tovani, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la cd. Aggravante di clandestinità*, in DPP, 2010.

<sup>297</sup> Cass. Pen. Sez. IV, 21/02/2010, n. 7322.

<sup>298</sup> Cass. Pen. Sez. V, 29/03/2011, n. 27222.

a) c.p.p. Quest'ultimo vietava al p.m. di sospendere l'ordine di carcerazione nei confronti di un soggetto condannato "per delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-bis", anche se il soggetto in questione fosse rientrato nei limiti edittali stabiliti dall'art. 656 co. 5 c.p.p. La sospensione dell'ordine di carcerazione è un istituto che ha lo scopo di permettere ai condannati di richiedere una misura alternativa alla detenzione, senza previo ingresso in carcere. In questo modo i condannati, entro determinati limiti edittali, evitano gli effetti negativi del carcere, tra cui quello criminogeno<sup>299</sup>.

Ora, l'art. 656 co. 9 lett. a) c.p.p., limitatamente alle parole indicate, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo in via consequenziale rispetto all'illegittimità dell'aggravante della clandestinità. Di conseguenza ci si domanda quale sia la sorte dei condannati sopracitati i quali, a seguito dell'intervento della Corte, avrebbero potuto usufruire della sospensione dell'ordine di carcerazione.

Una prima soluzione consisterebbe nel negare la sospensione dell'ordine di carcerazione. Il condannato, ormai, è già in carcere e non ci sarebbe alcuno strumento per interrompere l'esecuzione. Il detenuto, dunque, potrà solamente richiedere una misura alternativa alla detenzione dal carcere e aspettare la decisione del tribunale di sorveglianza in stato di detenzione<sup>300</sup>.

Secondo un altro orientamento<sup>301</sup> la detenzione del condannato in questione sarebbe senza titolo, a causa dell'illegittimità costituzionale della norma che imponeva il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione in caso di

---

<sup>299</sup> S. Tovani, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 391.

<sup>300</sup> S. Tovani, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 391.

<sup>301</sup> S. Tovani, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 391.

applicazione dell'aggravante della clandestinità. il giudice dell'esecuzione dovrebbe rimettere in libertà il condannato, utilizzando l'art. 673 c.p.p., per permettergli di presentare la richiesta di una misura alternativa alla detenzione in stato di libertà. Questa soluzione è preferibile perché evita inopportuni periodi in carcere in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza, oltre che avere solide basi normative. Nonostante gli istituti processuali siano di regola sottoposti al principio del tempus regit actum, l'art. 673 c.p.p. trova la sua ratio nella corrispondente disciplina sostanziale prevista agli art. 2 co. 2 c.p. e 30 co. 3-4 l. 87/1953. Quest'ultimi, a loro volta, prevedono la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali conseguenti all'applicazione di una norma dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale.

#### **6.5. Le sentenze di condanna passate in giudicato.**

Veniamo ora al cuore dei problemi sollevati dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11 bis c.p.: la sorte delle sentenze divenute irrevocabili nelle quali è stata applicata la circostanza aggravante della clandestinità.

La questione rileva solo riguardo a quelle sentenze in cui la circostanza aggravante abbia influito negativamente nella determinazione della pena. Ciò può avvenire qualora la pena base sia stata aumentata, oppure quando il giudice abbia valutato, ex art. 69 c.p., le aggravanti come equivalenti alle attenuanti, applicando

la pena per il reato base come se il reato non fosse circostanziato<sup>302</sup>. Non sussistono problemi, invece, riguardo a quelle sentenze di condanna irrevocabili nelle quali l'aggravante, pur sussistendo, non ha inciso nel trattamento sanzionatorio, perché le attenuanti sono state giudicate prevalenti<sup>303</sup>.

Le considerazioni che si faranno nel corso di questo paragrafo sono estensibili anche alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art 69 co. 4, nella parte in cui vieta, per il recidivo reiterato, la prevalenza dell'attenuante del fatto di lieve entità in materia di stupefacenti<sup>304</sup>.

#### **6.5.1. I vari orientamenti circa l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 30**

##### **L. 87/1953.**

Esaminiamo ora i vari orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, per attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di rimuovere la pena illegale e riportarla ad equità, a seguito dell'illegittimità costituzionale della circostanza aggravante. Sul punto si era formato un acceso dibattito, dimostrato dalla quantità e diversità delle soluzioni offerte, risolto solo con dell'intervento delle Sezioni Unite Gatto nel 2014.

---

<sup>302</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 163.

<sup>303</sup> Cass. Pen. Sez III, 13/10/2010, n. 40923.; Degl'Innocenti-Tovani, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la cd. Aggravante di clandestinità*, cit.

<sup>304</sup> Corte Cost., 15/11/2012, n. 251.

Non si tratta di una mera questione teorica: l'obiettivo è quello di individuare i poteri del giudice dell'esecuzione e le conseguenze sulla fattispecie concreta sopra esposta<sup>305</sup>.

Prima di esaminare le varie tesi, è bene riportare il testo dei vari articoli utilizzati per risolvere la questione. L'art. 673 c.p.p. afferma che “Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. Allo stesso modo provvede quando è stata emessa sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità”. L'art. 30 co. 3-4 L. 87/1953 dispone che “Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali.” L'art 136 co. 1 Cost. dispone che “Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.”.

Secondo un primo orientamento, seguito da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito<sup>306</sup>, al problema si darebbe soluzione attraverso una applicazione estensiva dell'art. 673 c.p.p. Il giudice dell'esecuzione non dovrebbe

---

<sup>305</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 153.

<sup>306</sup> Degl'Innocenti-Tovani, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante della clandestinità*, cit.; Tribunale di Milano, undicesima sez. penale, Ord., 26/01/2011, giud. Corbetta, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

revocare l'intera sentenza, bensì eliminare la parte di pena inflitta in relazione all'aggravante dichiarata incostituzionale. Particolarmente interessante è il ragionamento seguito dal Tribunale di Milano per giustificare l'applicazione dell'art. 673<sup>307</sup>: il nuovo comma terzo dell'art. 2 c.p. prevede l'immediata conversione della pena detentiva in pecuniaria, nel caso in cui ci sia stata una condanna irrevocabile a pena detentiva e una legge posteriore preveda, per lo stesso reato, la sola pena pecuniaria. Si tratta di una deroga rispetto alla disciplina della successione di leggi modificative della legge penale, prevista all'art. 2 co. 4, che erode ancora di più il principio di intangibilità del giudicato. Ora, se il giudicato può essere modificato in questa ipotesi, a maggior ragione ciò è ammissibile per l'ipotesi di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante, riconducibile all'art. 30 co. 4 L. 87/1953. In particolare è rinvenibile, in quest'ultima ipotesi, la medesima ratio che sta alla base dell'art. 2 co. 3. Se, in ragione del principio di uguaglianza, il giudicato può essere modificato nel caso in cui cambi il tipo di pena, perché altrimenti si creerebbero delle disparità di trattamento tra chi è condannato prima e dopo l'intervento del legislatore; allo stesso modo dovrebbe essere consentito qualora una norma, che abbia inciso nella determinazione della pena, sia stata dichiarata incostituzionale, quale è l'ipotesi esaminata. Il rischio, altrimenti, è quello di trattare diversamente situazioni uguali, ossia stranieri a seconda che abbiano commesso reati (e condannati con sentenza irrevocabile) prima o dopo l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità. Inoltre, la parte di pena che corrisponde alla circostanza aggravante, proprio perché incostituzionale, non conseguirebbe alcun effetto rieducativo ex

---

<sup>307</sup> Tribunale di Milano, undicesima sez. penale, Ord., 26/01/2011, giud. Corbetta, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

art. 27 co. 3 Cost. Per questi motivi, si ritiene ammissibile l'applicazione estensiva dell'art. 673, allo scopo di eliminare la parte di pena corrispondente alla circostanza aggravante della clandestinità.<sup>308</sup>

Un secondo orientamento invece, seguito da parte della giurisprudenza della Cassazione, sostiene che l'art. 673 c.p.p. si riferisca solo alle ipotesi di abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice. L'ipotesi da noi considerata rientrerebbe, piuttosto, nell'ambito di applicazione dell'art. 30 co. 2 e 3 L. 87/1953, con conseguente potere del giudice dell'esecuzione di individuare la porzione di pena non più eseguibile<sup>309</sup>. In particolare, secondo la Cassazione<sup>310</sup> l'art. 673 è norma processuale che integra la disciplina sostanziale prevista agli art. 2 co. 2 c.p., 136 Cost., 30 L. 87/1953, prevedendo la rimozione formale del giudicato. La disciplina sostanziale, sotto questo punto di vista, si limiterebbe a disporre la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali. l'art. 673 c.p.p., tuttavia, con "norma incriminatrice" si riferisce alle sole norme che configurano una fattispecie autonoma di reato. La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante rientrerebbe, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 30 co. 4 L. 87/1953. Quest'ultimo, riferendosi più in generale alla "norma dichiarata incostituzionale", avrebbe dunque una portata più ampia, comprendendo anche le norme che incidono solamente sul trattamento sanzionatorio. Inoltre il comma citato

---

<sup>308</sup> Tribunale di Milano, undicesima sez. penale, Ord., 26/01/2011, giud. Corbetta, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

<sup>309</sup> Cass. Pen. Sez. I, 27/10/2011, n. 977, Hauoho; Cass. Pen. Sez. I, 24/02/2012, n. 19361, Teteh Assic; Cass. Pen. Sez. I, 25/05/2012, n. 26889, Harizi.

<sup>310</sup> Cass. Pen. Sez. I, 27/10/2011, n. 977, Hauoho.

attribuirebbe alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale di una norma penale (nel senso appena specificato) un'efficacia retroattiva che va oltre il giudicato<sup>311</sup>. A differenza dunque del 673 c.p.p., l'art. 30 co. 4 L. 87/1953 pone un divieto di dare esecuzione alla sentenza di condanna in applicazione di una norma penale dichiarata incostituzionale nel quale, nell'interpretazione della Cassazione, rientra anche quella parte di pena inflitta su applicazione della norma poi dichiarata incostituzionale. Il giudice dell'esecuzione, dunque, avrebbe il potere di rideterminare la pena, eseguendo una nuova valutazione che non tenga conto della circostanza aggravante. In conclusione la Cassazione ha sottolineato che questa è l'unica interpretazione conforme ai principi costituzionali di personalità, proporzionalità e rimproverabilità ricavabili dall'art. 25 Cost, dal principio di uguaglianza dell'art. 3, nonché al principio secondo cui un soggetto è rimproverabile in base alle sue condotte, non alle qualità personali, stabilito all'art. 25 co. 2 Cost.

Parte della dottrina sostiene che dagli art. 136 Cost. e 30 co. 3 L. 87/1953 si ricavi un divieto assoluto di applicare una norma dichiarata incostituzionale, a prescindere dalla natura della norma stessa e dalle situazioni giuridiche consolidate. A sostegno di questa tesi vi è il fatto che l'art. 136 non specifica la natura della norma che cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Inoltre, né l'art. 136 Cost. né l'art. 30 co. 3 L.87/1953 contengono riferimenti alle situazioni giuridiche consolidate. Si sostiene dunque che la dichiarazione di illegittimità

---

<sup>311</sup> Corte Cost., 2/04/1970, n. 49.

costituzionale di una circostanza aggravante debba avere la stessa efficacia retroattiva illimitata della incostituzionalità delle norme incriminatrici<sup>312</sup>.

Secondo un terzo orientamento, seguito da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>313</sup>, il giudice dell'esecuzione non avrebbe il potere di eliminare la pena corrispondente all'applicazione della circostanza aggravante dichiarata incostituzionale. In particolare il tribunale di Verona sostiene che l'ipotesi da noi esaminata dev'essere qualificata come successione meramente modificativa della legge penale, disciplinata all'art. 2 co. 4 c.p. Di conseguenza la retroattività della legge penale più favorevole trova il limite del giudicato<sup>314</sup>. Secondo parte della giurisprudenza della Cassazione l'art. 673 avrebbe abrogato implicitamente il co. 4 dell'art. 30 l. 87/1953, in quanto disciplinano le medesime ipotesi<sup>315</sup>. La giurisprudenza della Cassazione si è così allineata al tradizionale orientamento risalente agli anni '80<sup>316</sup>.

Anche parte della dottrina nega che l'art. 673 e l'art. 30 co. 3-4 cit. possano legittimare il giudice dell'esecuzione ad eliminare la parte di pena illegale, definendo come "interpretazione creativa" gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza per individuare la fonte del potere del giudice dell'esecuzione negli art. 673 e 30 co. 3-4 cit.<sup>317</sup>. In mancanza di strumenti utili, la dottrina ha proposto di sollevare una questione di legittimità costituzionale riguardo l'art. 673

---

<sup>312</sup> S. Zirulia, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, cit.

<sup>313</sup> Tribunale di Verona, ord., 27/07/2010, giud. Ferraro; Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2012, n. 27640, Hamrouni.

<sup>314</sup> Tribunale di Verona, ord., 27/07/2010, giud. Ferraro.

<sup>315</sup> Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2012, n. 27640, Hamrouni.

<sup>316</sup> Cass. Pen. Sez. V, 25/01/1968, n. 296, Manenti; Cass. Pen. Sez. V, 21/06/1985, n. 6676, Bossa.

<sup>317</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 178 e ss.

c.p.p., nella parte in cui non permette l'intervento del giudice dell'esecuzione in caso di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante. Si sostiene che tale mancanza nell'art. 673 c.p.p. sia frutto di una scelta consapevole, ma irragionevole del legislatore, motivo per cui non sarebbe ammissibile l'analogia. Il vuoto normativo esprime un bilanciamento tra libertà personale e certezza dei rapporti esauriti che non rispecchia la gerarchia dei valori della Costituzione. La Corte Costituzionale, mediante una sentenza additiva, avrebbe dunque il potere di aggiungere l'ipotesi di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante all'interno dell'art. 673 c.p.p.<sup>318</sup>.

in questo contesto di comprensibile disorientamento si inserisce la sentenza delle Sezioni Unite Ercolano<sup>319</sup>, nella quale si stabilisce che la libertà personale è un valore prioritario che ha la prevalenza rispetto all'intangibilità del giudicato, nel caso in cui una legge non conforme a Costituzione ne abbia previsto l'ingiustificata restrizione. In questo modo viene attribuito al giudice dell'esecuzione il potere di modificare il giudicato ogni volta in cui la pena non rispecchi più la fattispecie astratta, altrimenti la pena non assolverebbe la sua funzione rieducativa ex art. 27 co. 3 Cost. Conseguentemente non sarebbe necessario predeterminare le fattispecie astratte modificabili, né i poteri di intervento del giudice dell'esecuzione<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 192 e ss.

<sup>319</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 19/04/2012, n. 18821, Ercolano

<sup>320</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 163.

### 6.5.2. La sentenza delle Sezioni Unite Gatto

Con la sentenza Ercolano, le Sezioni Unite hanno adottato una posizione netta riguardo il rapporto tra intangibilità del giudicato ed illegalità della pena: il potere del giudice dell'esecuzione di modificare la pena, e dunque il giudicato, illegale perché non conforme a Costituzione, a prescindere dalla causa dell'illegalità. Il rischio dunque era quello di permettere un incidente di esecuzione ogni volta in cui la pena non rientrasse più nei limiti edittali stabiliti dalla fattispecie incriminatrice. Questa consapevolezza, probabilmente, ha spinto le Sezioni Unite<sup>321</sup> ad intervenire nuovamente per limitare il potere del giudice dell'esecuzione di modificare il giudicato, qualora la pena diventi illegale<sup>322</sup>.

Analizzeremo il ragionamento compiuto dalle Sezioni Unite Gatto per individuare, nell'art. 30 co. 4 L. 87/1953, la fonte del potere del giudice dell'esecuzione di modificare la pena nel caso di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante, la quale abbia inciso negativamente nel trattamento sanzionatorio.

La motivazione della Cassazione può essere divisa in tre punti: la differenza tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice; l'evoluzione del principio di intangibilità del giudicato; l'individuazione della fonte che legittima l'intervento del giudice dell'esecuzione.

Nella prima parte le Sezioni Unite, citando la giurisprudenza costituzionale<sup>323</sup>, rimarca la differenza tra successione di leggi penale nel tempo, alla quale attiene

---

<sup>321</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/05/2014, n. 42858, Gatto.

<sup>322</sup> B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit., p. 164.

<sup>323</sup> Corte Cost., 5/06/1956, n. 1; Corte Cost., 27/04/1967, n. 58; Corte Cost., 2/04/1970, n. 49.

l'abolitio criminis, e la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice. Mentre la prima consiste in un fenomeno fisiologico dell'ordinamento, derivante da una nuova valutazione riguardo al disvalore penale di un fatto, la seconda consiste in un fenomeno patologico dell'ordinamento, in base al quale la norma non avrebbe mai dovuto essere introdotta. Da ciò consegue che l'abrogazione di una norma opera ex nunc, con efficacia retroattiva limitatamente al settore penale in base alla disciplina dell'art. 2. La declaratoria di illegittimità costituzionale, invece, opera ex tunc entro il limite del giudicato. Solo nel caso in cui la declaratoria riguardi una norma incriminatrice, si riconosce efficacia retroattiva oltre il giudicato in base a quanto stabilito dall'art. 30 co. 4 L. 87/1953<sup>324</sup>.

La Corte poi ha compiuto una ricognizione sull'evoluzione storica del giudicato nel nostro ordinamento, sottolineando come il principio di intangibilità del giudicato si sia progressivamente eroso per mano del legislatore e della giurisprudenza. Il nuovo codice di procedura penale, infatti, prevede espressamente delle ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione può riformare il giudicato. In questo modo la Cassazione sottolinea che non può invocarsi il giudicato come limite di efficacia di una declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale. L'art. 30 L. 87/1953 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli che siano ancora reversibili, ossia non ancora consumati, come nel caso di una pena non ancora in corso di esecuzione<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/05/2014, n. 42858, Gatto.

<sup>325</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/05/2014, n. 42858, Gatto.

Come ultimo passaggio logico, la Cassazione sostiene che nel caso in esame è corretto individuare nell'art. 30 co. 4 L. 87/1953 la fonte del potere del giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena al netto della circostanza aggravante. L'art. 673 riguarderebbe le sole ipotesi di abolizione o dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice, non di una norma che incide semplicemente sul trattamento sanzionatorio. Tale articolo inoltre attribuisce il potere di revocare il giudicato, strumento che nel caso in esame appare inopportuno, visto che la declaratoria di illegittimità costituzionale ha riguardato una circostanza aggravante e, dunque, l'illiceità penale del fatto rimane inalterata. La lettera dell'art. 30 co. 4 L. 87/1953 può, invece, essere interpretata in modo da ricomprendere anche la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale che incida solamente nel trattamento sanzionatorio, come nel nostro caso.

## **7. Overuling abolitivo della giurisprudenza.**

È possibile applicare l'istituto della revoca del giudicato ex art 673 c.p.p. anche all'ipotesi in cui l'abolitio criminis sia determinata da un mutamento di orientamento circa l'interpretazione della norma incriminatrice da parte della giurisprudenza? Si può qualificare come un'abolitio criminis?

La questione è sorta a seguito della modifica, con l'art. 1 co. 22 lett. g) l. 15/07/2009 n. 94, della fattispecie incriminatrice prevista all'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998. Nella sua originaria formulazione, la norma puniva lo straniero che non esibiva, a seguito della richiesta di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione ovvero il permesso o la carta di soggiorno. Nel testo vigente la congiunzione "ovvero" è stata sostituita con una "e". Sorse, dunque, un dibattito sul se il soggetto attivo dell'incriminazione potesse essere anche lo straniero irregolare: inizialmente la giurisprudenza diede risposta positiva, poi le Sezioni Unite Alacev adottarono l'orientamento contrario, per cui la fattispecie non può essere integrata da stranieri irregolari. Ecco la questione: qual è la sorte delle sentenze di condanna ormai irrevocabili emesse dopo la modifica della fattispecie ma prima del radicale overruling della giurisprudenza?

Si tratta, dunque, di stabilire se il mutamento favorevole al condannato da parte della giurisprudenza, in particolare delle Sezioni Unite, possa rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 673 c.p.p.

Prenderemo le mosse da un'analisi del reato di omessa esibizione dei documenti, prima e dopo la modifica intervenuta nel 2009.

### **7.1. L'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998 nella sua originaria formulazione.**

L'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998, nella sua originaria formulazione, stabiliva che "è punito lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisce, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno". Si tratta del reato di

inottemperanza all'ordine di esibizione del documento di identità o del permesso di soggiorno<sup>326</sup>.

Oltre a questa fattispecie, l'ordinamento italiano prevedeva già altri reati connessi al rifiuto di esibire il documento di identità o di fornire indicazioni delle proprie generalità: l'art. 651 c.p. che incrimina il rifiuto di dare indicazioni sulla propria identità personale; l'art. 144 r.d. 773/1931 (abrogato e sostituito dall'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998); gli art. 4 e 17 r.d. 773/1931 che incriminano il rifiuto delle persone sospette o pericolose di esibire la carta d'identità su richiesta delle autorità di pubblica sicurezza; gli art. 294 r.d. 6/05/1940 n. 635 e 221 r.d. 773/1931 che incriminano il generale rifiuto di esibire la carta d'identità o altro documento equipollente su richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza<sup>327</sup>

La disposizione ha sostituito, abrogandolo, l'art. 144 r.d. 773/1931, il quale stabiliva che “L'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di invitare in ogni tempo lo straniero ad esibire i documenti di identificazione di cui è provvisto e dare contezza di sé”. La ratio della disposizione era quella di consentire l'identificazione dello straniero, al pari di ogni altro cittadino<sup>328</sup>. Conseguentemente si può sostenere che la medesima ratio si rinvenga pure nell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998, nella sua originaria formulazione<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 17.

<sup>327</sup> Cellaioli-Cerese, *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in LP 1999, p. 261 e ss.

<sup>328</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 19.

<sup>329</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 19.

## **7.2 Contrasti interpretativi circa l'individuazione del soggetto attivo.**

In base alla lettera dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998, originaria formulazione, il reato di omessa esibizione del documento di identità o del permesso di soggiorno può essere integrato solo dallo straniero. Esso dunque è un reato proprio<sup>330</sup>, ossia quelle fattispecie incriminatrici che possono essere integrate solo da soggetti che presentino determinate qualità<sup>331</sup>.

Ora, il termine "straniero" è generico. È necessario, dunque, delimitare precisamente il suo contenuto, al fine di definire anche il reale ambito applicativo della stessa norma incriminatrice.

Innanzitutto il reato non può essere integrato dai cittadini dell'Unione Europea, per via dell'art. 1 co. 2 d.lgs. 286/1998: ai cittadini UE si applicano le norme previste dal Testo Unico sull'immigrazione solo quando siano più favorevoli. Conseguentemente agli stranieri, che siano anche cittadini di uno degli stati appartenenti all'Unione Europea, verrà applicata la disciplina speciale prevista agli art. 4 e 17 r.d. 773/1931 e art. 294 r.d. 6/05/1940 n. 635, perché più favorevole<sup>332</sup>.

Premesso questo, successivamente all'entrata in vigore dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998 era sorto un contrasto interpretativo circa l'individuazione del soggetto

---

<sup>330</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 20.

<sup>331</sup> Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, cit., p. 264.

<sup>332</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 20.

attivo. Secondo un primo orientamento, prevalente in giurisprudenza, il reato di cui all'art. 6 co. 3 poteva essere integrato non solo dallo straniero regolare, ma anche da quello irregolare, a prescindere da quale documento non venisse esibito su richiesta degli agenti di pubblica sicurezza<sup>333</sup>. Il fatto che all'interno del Testo Unico sull'immigrazione non vi fosse una disposizione che punisca l'irregolarità in sé dello straniero, non significa che il soggetto attivo della fattispecie di mancata esibizione dei documenti debba essere necessariamente lo straniero regolare. Nella sentenza Fathi, la prima sezione della Cassazione ha sottolineato che lo scopo della norma è di identificare con certezza tutti i cittadini extracomunitari, a prescindere dalla regolarità<sup>334</sup>.

Un secondo orientamento, invece, sosteneva che il reato di cui all'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998 non si applicasse agli stranieri irregolari che non fossero in possesso di nessuno dei documenti indicati dall'articolo<sup>335</sup>. Nel TU sull'immigrazione, all'epoca, non era previsto come reato l'ingresso clandestino nel territorio nazionale, bensì la sanzione amministrativa dell'espulsione nei confronti dello straniero clandestino. Conseguentemente punire il clandestino perché non esibisce il documento d'identità equivarrebbe a punire la clandestinità stessa, perché impone allo straniero irregolare di richiedere il documento di riconoscimento e, dunque, di "autodenunciarsi". Un altro argomento addotto a sostegno di questa

---

<sup>333</sup> Cass. Pen. Sez. I, 4/11/1999, n. 13562, Lecheheb; Cass. Pen. Sez. I, 16/02/2001, n. 14084, El Rhalmi; Cass. Pen. Sez. I, 9/11/1999, n. 14002, Fathi; Cass. Pen. Sez. I, 16/06/2000, n. 8095, Osagie Blessing; Cass. Pen. Sez. VI, 19/04/2001, n. 33859, Lenoir; Cass. Pen. Sez. I, 26/09/2001, n. 38377, Chalgom; Cass. Pen. Sez. IV, 28/02/2003, n. 14863, Margean.

<sup>334</sup> Cass. Pen. Sez. I, 9/11/1999, n. 14002, Fathi.

<sup>335</sup> Cass. Pen. Sez. I, 11/11/1999, n. 14008, Karim; Cass. Pen. Sez. VI, 27/06/2001, n. 29142, Jalal Mohamed; Cass. Pen. Sez. I, 14/02/2003, n. 10220, Ben Giuti Ramzi.

tesi è la collocazione dell'art. 6 co. 3 nel capo I titolo II del d.lgs 286/1998, intitolato "Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato". Il medesimo capo contiene inoltre disposizioni che disciplinano le modalità di ingresso regolare degli stranieri (art. 4), il rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno (art. 5) e il contratto di soggiorno per lavoro subordinato (art. 5-bis). Le disposizioni di questo capo, dunque, disciplinano la condizione dei soli stranieri regolari. Conseguentemente il reato di mancata esibizione dei documenti sarebbe riferibili ai soli stranieri regolari<sup>336</sup>.

Secondo un terzo orientamento era necessario distinguere a seconda del documento di cui si era omessa l'esibizione. Lo straniero clandestino avrebbe commesso reato solo quando avesse omesso l'esibizione della carta d'identità o del passaporto, ma non nel caso del permesso di soggiorno. Solo gli stranieri regolari possiedono quest'ultimo documento, con la conseguenza che solo nei loro confronti si può esigerne l'esibizione<sup>337</sup>.

Nel 2003 intervengono le Sezioni unite Mesky a comporre il contrasto interpretativo, affermando che il reato di omessa esibizione del passaporto o di altro documento identificativo potesse essere integrato da qualunque straniero, a prescindere dalla sua regolarità o meno; mentre l'omessa esibizione del permesso o della carta di soggiorno fosse fattispecie integrabile dal solo straniero regolare<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Cass. Pen. Sez. I, 11/11/1999, n. 14008, Karim; Cass. Pen. Sez. VI, 27/06/2001, n. 29142, Jalal Mohamed; Cass. Pen. Sez. I, 14/02/2003, n. 10220, Ben Giuti Ramzi.

<sup>337</sup> Cass. Pen. Sez. I, 14/02/2003, n. 10220, Ben Giuti Ramzi.

<sup>338</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2003, n. 45801, Mesky.

L'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998 distingue tra 4 tipologie di documenti: il passaporto, qualsiasi altro documento identificativo, il permesso di soggiorno e la carta di soggiorno. Posto che l'esibizione di uno solo dei documenti esclude l'integrazione del reato, secondo le Sezioni Unite l'esibizione dei primi due documenti ha come scopo quello di identificare il soggetto, a prescindere dalla sua regolarità o meno. Allo stesso modo anche l'esibizione del permesso di soggiorno o della carta di soggiorno è prevista per permettere una sicura identificazione, oltre che attestare la regolare presenza nel territorio nazionale. La ratio dell'art. 6 co. 3, dunque, non è verificare la regolare presenza nello Stato, bensì di permettere una sicura identificazione degli stranieri nel territorio nazionale. Posto ciò, si può esigere l'esibizione da parte dello straniero clandestino del passaporto o altro documento identificativo, ma non del permesso o della carta di soggiorno. I primi due documenti, infatti, rientrano nella disponibilità del soggetto antecedentemente l'ingresso nel territorio nazionale e nulla hanno a che vedere con la condizione di clandestinità. per quanto riguarda il permesso o la carta di soggiorno, invece, non si può esigere la loro esibizione da parte dello straniero irregolare, perché sono documenti inconciliabili con la sua condizione di clandestino<sup>339</sup>.

### **7.3. La nuova formulazione dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998.**

La legge 15 luglio 2009 n. 94, tuttavia, ha introdotto alcune modifiche all'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998, il quale oggi risulta così formulato: “Lo straniero che, a

---

<sup>339</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2003, n. 45801, Mesky.

richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2000".

Attraverso la modifica, sostanzialmente, viene sostituito "ovvero" con la locuzione "e", oltre che la carta di soggiorno con qualsiasi altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato. Inoltre si è determinato un inasprimento sanzionatorio.

Ed è proprio la sostituzione di "e" con "ovvero" a generare nuovi contrasti interpretativi circa l'individuazione del soggetto attivo. La norma infatti parla di "straniero" in modo generico, senza specificare se si riferisca ai regolari o ai clandestini<sup>340</sup>.

#### **7.4. Nuovi contrasti interpretativi.**

La modifica dell'art. 6 co. 3 generò un nuovo, e acceso, dibattito circa l'applicabilità o meno del reato di omessa esibizione dei documenti allo straniero

---

<sup>340</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 27.

irregolare. La questione di fondo era determinare se si fosse configurata una vera e propria abolitio criminis nei confronti dello straniero clandestino<sup>341</sup>.

Secondo un primo orientamento, la sostituzione di “ovvero” con “e” comporta che lo straniero, regolare o clandestino, debba esibire sia i documenti identificativi sia quelli che attestano la regolare presenza sul territorio dello Stato. Va da sé che il clandestino non possa esibire la seconda tipologia di documenti, in quanto incompatibili con il suo status<sup>342</sup>. Ora, la L. 94/2009 ha introdotto il nuovo reato di immigrazione clandestina all’art 10-bis d.lgs. 286/1998, il quale prevede la clausola di salvaguardia “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”. Conseguentemente, se l’art. 6 co. 3 fosse così interpretato, l’art. 10-bis sarebbe già obsoleto, perché destinato a non essere applicato. Il vero reato di immigrazione clandestina diventerebbe l’art. 6 co. 3, perché prevede sanzioni più severe<sup>343</sup>.

Un secondo orientamento, seguito principalmente dalla giurisprudenza di merito<sup>344</sup> invece, sosteneva che attraverso la modifica allo straniero sarebbe imposta l’esibizione di entrambe le tipologie di documenti ora previsti dall’art. 6 co. 3. L’unico soggetto attivo sarebbe lo straniero regolare, con conseguente abolitio criminis per gli stranieri irregolari riguardo al reato di omessa esibizione dei documenti identificativi (tenendo in considerazione le Sezioni Unite Mesky, in cui si è affermato che ai sensi dell’art. 6 co. 3 è penalmente rilevante l’omessa

---

<sup>341</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 27 e ss.

<sup>342</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 27.

<sup>343</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 27.

<sup>344</sup> Sentenza Gup del Tribunale di Pordenone, 24/03/2010; Tribunale di Trieste, 23/12/2009, Niang; Tribunale di Bologna, 16/10/2009.

esibizione dei soli documenti identificativi<sup>345</sup>). Un primo argomento a sostegno di questa tesi sarebbe l'introduzione del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10-bis d.lgs. 286/1999, il quale punisce la clandestinità in sé considerata, a prescindere dal fatto che si ometta l'esibizione dei documenti. Per contro l'art. 6 co. 3 rafforzerebbe gli obblighi in capo allo straniero regolare, il quale dovrebbe presentare, su richiesta degli agenti, sia i documenti identificativi che quelli attestanti la regolare presenza sul territorio statale. La ratio sottesa sarebbe quella di facilitare il riscontro della regolare posizione amministrativa<sup>346</sup>.

Secondo un terzo ed ultimo orientamento, seguito dalla giurisprudenza della Cassazione, la modifica dell'art. 6 co. 3 non ha comportato alcuna sostanziale modifica al reato di omessa esibizione dei documenti, con la conseguenza che può continuarsi ad applicare il principio enunciato dalla sentenza Mesky: gli stranieri clandestini dovranno esibire solamente i documenti di tipo identificativo, non quelli che attestano la regolare presenza nel territorio dello Stato<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2003, n. 45801, Mesky.

<sup>346</sup> Tribunale di Trieste, 23/12/2009, Niang.

<sup>347</sup> Cass. Pen. Sez. I, 23/09/2009, n. 44157, Calmus; Cass. Pen. Sez. III, 3/12/2010, n. 1857, Ben Ali; Cass. Pen. Sez. I, 11/03/2010, n. 12511, Lucky; Cass. Pen. Sez. I, 16/04/2009, n. 16973, Kabir.

## 7.5. La sentenza delle Sezioni Unite Alacev.

In una situazione di evidente contrasto interpretativo, la sezione prima della Cassazione decise di rimettere la questione alle Sezioni Unite<sup>348</sup>.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza del 2011, affermarono che la modifica dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998, ad opera della legge 94/2009, ha comportato un'abolitio criminis rispetto al reato di omessa esibizione dei documenti, nei soli riguardi dello straniero clandestino<sup>349</sup>.

In motivazione la Corte ha sottolineato che, a seguito della modifica legislativa, la condotta tipica non consiste più nell'esibire uno qualsiasi dei documenti previsti dall'art. 6 co. 3, bensì di esibire congiuntamente il documento di identificazione e quello che attesta la regolarità del soggiorno. Se è vero che la congiunzione "e" può assumere la funzione di collegamento copulativo (nel senso di "e anche") o disgiuntivo (e/o), dall'analisi del dispositivo si ricava la necessaria compresenza del documento d'identità (passaporto o altro documento identificativo) e del documento di regolarità (permesso di soggiorno o altro documento che attesta la regolare presenza nel territorio dello Stato). Se questa è la condotta tipizzata, di conseguenza la fattispecie non può applicarsi allo straniero irregolare, perché intrinsecamente sprovvisto di un documento di regolarità. Solo lo straniero regolare può integrare detta fattispecie<sup>350</sup>.

Aggiunge la Corte che la modifica legislativa del 2009 ha introdotto anche gli art. 5 co. 8-bis e 10-bis nel Testo Unico, i quali incriminano, rispettivamente, il mero

---

<sup>348</sup> Ordinanza di rimessione Cass. Pen. Sez. I, 11/11/2010.

<sup>349</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 24/02/2011, n. 16453, Alacev.

<sup>350</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 24/02/2011, n. 16453, Alacev.

uso di documenti di soggiorno contraffatti o alterati e l'immigrazione clandestina, quest'ultima punita solo con sanzione pecuniaria. Si è creato un “doppio binario punitivo”, differenziando la posizione dello straniero regolare da quello irregolare. Lo straniero regolare è punito con la pena inasprita di cui all'art. 6 co. 3, l'irregolare con una serie di norme, in un crescendo sanzionatorio-repressivo, finalizzate ad una sua rapida espulsione<sup>351</sup>.

Parte della dottrina sostiene che il mutamento giurisprudenziale determinato dalle Sezioni Unite Alacev abbia determinato una abrogatio sine abolitione, la quale si verificherebbe qualora la fattispecie abrogata sia speciale rispetto ad una previgente fattispecie generale. Secondo questa tesi l'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998 sarebbe norma speciale rispetto a quella ricavabile dal combinato disposto degli art. 294 e 221 r.d. 6 maggio 1940 n. 635. Da tali disposizioni si ricava l'obbligo generale di esibire la carta d'identità o altro documento equiparabile. Di conseguenza non si è verificata abolitio criminis, bensì abrogatio sine abolitione, rientrante nella disciplina di cui all'art. 2 co. 4 c.p: se è intervenuta sentenza di condanna, non può trovare applicazione la disciplina più favorevole<sup>352</sup>. Altra parte della dottrina, invece, ritiene corretto l'orientamento delle Sezioni Unite Alacev. La clandestinità infatti è divenuta reato con l'introduzione dell'art. 10.bis. Conseguentemente la tesi dell'abrogatio sine abolitione, si sostiene, contrasterebbe con il principio nemo tenetur se detegere, in base al quale nessuno può essere obbligato ad autoincriminarsi<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 24/02/2011, n. 16453, Alacev.

<sup>352</sup> G. Gatta, *Inottemperanza del “clandestino” all'ordine di esibire i “documenti” davvero abolitio criminis?*, in DPP.

<sup>353</sup> M. Calderari, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 32.

## **7.6. i vari orientamenti circa l'applicazione dell'art. 673 c.p.p.**

Con la sentenza Alacev, le Sezioni Unite hanno affermato che la modifica dell'art 6 co. 3, da parte del legislatore del 2009, ha determinato un'abolitio criminis parziale del reato di omessa esibizione dei documenti, nei soli riguardi degli stranieri clandestini.

Ora, qual è la sorte delle sentenze di condanna irrevocabili emesse nei confronti di stranieri irregolari per fatti commessi dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998? La questione è stata analizzata in modo diverso dagli addetti ai lavori: la dottrina si è concentrata sul potere del giudice dell'esecuzione di revocare il giudicato qualora l'abolitio criminis intervenga prima della sentenza di condanna; la giurisprudenza, invece, sull'applicabilità o meno dell'art. 673 c.p.p. in caso di overruling giurisprudenziale.

Il tema evoca, come per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante, il rapporto tra giustizia sostanziale ed intangibilità del giudicato. Da un lato evitare, attraverso l'art. 673 c.p.p., l'esecuzione di una pena per un reato non più previsto come tale. Dall'altro evitare che gli errori di diritto commessi dal giudice della cognizione possano essere rimediati dal giudice dell'esecuzione, revocando il giudicato<sup>354</sup>.

La questione sottesa consiste nello stabilire se il mutamento giurisprudenziale favorevole possa determinare un'ipotesi di abolitio criminis ai sensi dell'art. 673

---

<sup>354</sup> V. Paziienza, *La cedevolezza del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 6.

c.p.p. Per rispondere al quesito, preliminarmente si dovrà appurare se l'overuling della giurisprudenza sia o meno fonte del diritto<sup>355</sup>.

In giurisprudenza si sono sviluppati tre orientamenti.

Secondo un primo orientamento, l'art. 673 c.p.p. sarebbe inapplicabile al caso di mutamento favorevole della giurisprudenza, perché non costituisce un'ipotesi di successione di leggi nel tempo (*ius superveniens*). Tale articolo troverebbe applicazione solo nel caso in cui l'abrogazione della norma, implicita o esplicita, derivi da un'innovazione legislativa o da una declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>356</sup>. Nella sentenza Torpano, in particolare, la Sezione I della Cassazione ha richiamato altre pronunce<sup>357</sup> in cui si stabiliva che il mutamento giurisprudenziale non può costituire *ius superveniens* anche a seguito di una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione. Secondo la Sezione I Torpano, inoltre, l'art. 673 c.p.p. sarebbe inapplicabile anche nel caso di innovazione legislativa, qualora sia intervenuta prima della sentenza di condanna e il giudice della cognizione dia un'interpretazione errata della norma. In detti casi si può rimediare all'errore solo attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione<sup>358</sup>.

Un secondo orientamento, seguito da parte della giurisprudenza di merito<sup>359</sup>, sostiene che nell'art. 673 c.p.p. rientri anche il caso di overuling favorevole giurisprudenziale. In base ad un'interpretazione estensiva, dunque, il giudice

---

<sup>355</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 234-235.

<sup>356</sup> Cass. Pen. Sez. I, 4/07/2014, n. 34154, Torpano; Cass. Pen. Sez. I, 4/07/2014, n. 34153, Angelo Gomes.

<sup>357</sup> Cass. Pen. Sez. I, 11/07/2006, n. 27121, Aliseo; Cass. Pen. Sez. I, 21/01/2013, n. 13411, Arpaia.

<sup>358</sup> Cass. Pen. Sez. I, 4/07/2014, n. 34154, Torpano.

<sup>359</sup> Ordinanza Trib. Torino, 30/01/2012, Amechi.

dell'esecuzione dovrebbe revocare il giudicato riguardo a quelle sentenze irrevocabili emesse prima del mutamento della giurisprudenza. Ciò perché detti mutamenti, con effetti sostanzialmente abolitivi, incidono sui parametri di legalità in base ai quali si sono formate le pregresse sentenze di condanna<sup>360</sup>. A sostegno della sua tesi, il Tribunale di Torino ha richiamato la sentenza Beschi, nella quale le Sezioni Unite hanno sostenuto che l'overuling delle Sezioni Unite consente di superare la preclusione ex art. 666 co. 2 c.p.p. e riproporre un'istanza di applicazione dell'indulto. Le Sezioni Unite Beschi motivarono questa conclusione richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU comprende anche il diritto vivente<sup>361</sup>. Attraverso questo richiamo il tribunale di Torino sottolineava è proprio dalla giurisprudenza delle Corti nazionale ed europee che è emerge una concezione relativa del giudicato<sup>362</sup>.

All'interno di questo filone giurisprudenziale si colloca un'altra ordinanza del Tribunale di Torino il quale, in diversa composizione, aveva sostenuto che l'art. 673 c.p.p. non prevede l'ipotesi dell'overuling giurisprudenziale, né sarebbe possibile applicarlo analogicamente, data l'eccezionalità dei poteri del giudice dell'esecuzione<sup>363</sup>. Per questo motivo il Tribunale di Torino decise di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art 673, per contrasto con gli art. 3-13-25-27-117 Cost., nella parte in cui non comprende l'overuling giurisprudenziali nelle ipotesi di revoca del giudicato.

---

<sup>360</sup> Ordinanza Trib. Torino, 30/01/2012, Amechi.

<sup>361</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 21/01/2010, n. 18288, Beschi.

<sup>362</sup> Ordinanza Trib. Torino, 30/01/2012, Amechi.

<sup>363</sup> Ordinanza Trib. Torino, 27/06/2011, Diop.

Un terzo orientamento, prevalente nella giurisprudenza di legittimità, sostiene che l'abolitio criminis parziale dell'art. 6 co. 3 derivi non da un mutamento interpretativo delle Sezioni Unite, bensì direttamente dalla legge 94/2009. In questo modo si è di fronte ad una vera e propria abolitio criminis per via legislativa, con conseguente applicazione dell'art. 673 c.p.p. Secondo questa tesi, inoltre, l'art. 673 c.p.p. si applicherebbe a prescindere dal tempo in cui è intervenuta la sentenza di condanna, se prima o dopo l'abolitio criminis per via legislativa<sup>364</sup>.

Anche in dottrina si era formato un dibattito circa la sorte delle sentenze di condanna passate in giudicato.

Secondo una prima tesi il presupposto per l'applicazione dell'art. 673 c.p.p. consiste nel fatto che l'abolitio criminis intervenga dopo la sentenza di condanna. Conseguentemente la revoca del giudicato sarà preclusa in tutti i casi in cui l'abolitio criminis sia intervenuta prima della sentenza di condanna. Ciò può avvenire nel caso in cui il giudice della cognizione abbia espressamente o implicitamente escluso l'abolitio, oppure quando non si è proprio pronunciato a riguardo<sup>365</sup>.

Un secondo orientamento sostiene che l'art. 673 possa applicarsi anche quando l'abolitio criminis sia intervenuta prima della sentenza di condanna, perché detto articolo non pone alcun limite circa i poteri valutativi e di accertamento del

---

<sup>364</sup> Cass. Pen. Sez. I, 11/01/2012, n. 25040, Eddamir; Cass. Pen. Sez. I, 21/12/2011, n. 545, Bahoujabour; Cass. Pen. Sez. I, 2/02/2012, n. 6539, Jabir; Cass. Pen. Sez. I, 6/12/2011, n. 1000, Bolla Diope; Cass. Pen. Sez. I, 9/02/2012, n. 35851, El Hajjaj; Cass. Pen. Sez. I, 3/04/2012, n. 15168, Thiam; Cass. Pen. Sez. I, 13/03/2012, n. 12237, Soigahi; Cass. Pen. Sez. I, 9/03/2012, n. 11505, Eze Ike.

<sup>365</sup> D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., p. 197.

giudice dell'esecuzione, diversamente di quanto accade con la disciplina della continuazione e del concorso formale (art. 671) e di falsità di documenti (art. 675)<sup>366</sup>.

In questo filone interpretativo si colloca altra parte della dottrina, la quale ritiene di distinguere tra overuling giurisprudenziale senza che alla base vi sia una modifica legislativa, da quelli che invece sorgono a seguito di un intervento del legislatore. Nel primo caso non ci si trova di fronte ad un'abolitio criminis, bensì ad un precedente autorevole e persuasivo. Il 673 c.p.p. verrà applicato solo nel secondo caso, perché l'abolitio criminis è imputabile alla modifica legislativa, non al mutamento interpretativo della giurisprudenza<sup>367</sup>.

Secondo una terza tesi, intermedia rispetto alle altre, è necessario distinguere a seconda del motivo per cui l'abolitio criminis non sia stata rilevata dal giudice della cognizione. qualora quest'ultimo abbia escluso l'abolitio, sarà preclusa l'applicazione dell'art. 673. Ciò perché altrimenti si consentirebbe al giudice dell'esecuzione di sindacare il merito di una questione coperta già dal giudicato. Negli altri casi, invece, la revoca della sentenza sarà ammissibile<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> 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 straniere* (a cura di L. KALB), Torino 2009, pag. 232.

<sup>367</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 245 e ss.

<sup>368</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 281; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 278.

### **7.7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 230/2012.**

Come si è esaminato nel precedente paragrafo, secondo il Tribunale di Torino l'overuling giurisprudenziale non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 673 c.p.p. Né sarebbe possibile ricorrere all'analogia, visto il carattere eccezionale dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione<sup>369</sup>. Il medesimo, tuttavia, sollevò una questione di legittimità costituzionale dell'art. 673, nella parte in cui non comprende il mutamento giurisprudenziale favorevole che deriva da una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione. Una tale esclusione, secondo il giudice torinese<sup>370</sup>, determinerebbe un contrasto con l'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quale norma interposta di costituzionalità per il tramite dell'art. 117 Cost. La disposizione convenzionale, nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte EDU, da un lato comprenderebbe implicitamente il principio di retroattività della legge favorevole; dall'altro il principio di legalità, espresso nell'articolo, comprenderebbe non solo il diritto prodotto dal legislatore, ma anche quello di derivazione giurisprudenziale<sup>371</sup>. Con conseguente lesione degli art. 5 e 6 CEDU, i quali riguardano il diritto alla libertà e sicurezza e il diritto all'equo processo.

Vi sarebbe poi un contrasto con il principio di uguaglianza, previsto all'art. 3 Cost. Secondo il giudice rimettente continuare a punire soggetti, per fatti che non costituiscono più reato in base all'interpretazione sopravvenuta delle Sezioni Unite, provocherebbe un'irragionevole disparità di trattamento con quei soggetti

---

<sup>369</sup> Ordinanza Trib. Torino, 27/06/2011, Diop.

<sup>370</sup> Ordinanza Trib. Torino, 21/07/2011.

<sup>371</sup> Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

che, sebbene abbiano commessi gli stessi fatti, vengono giudicati dopo l'overuling delle Sezioni Unite.

Verrebbe leso, inoltre, il principio di tendenziale retroattività della legge penale più favorevole, desumibile dagli art. 3 e 25 co. 2 Cost.

Vi sarebbe poi una violazione dell'art. 13 Cost., nel momento in cui si considerano prevalenti esigenze di certezza dell'ordinamento rispetto alla libertà personale.

Il giudice torinese poi sostiene che vi sia un contrasto anche con l'art. 27 co. 3, perché la pena non svolgerebbe nessuna delle sue funzioni (general-preventiva, special-preventiva, rieducativa) se si continuasse a punire un soggetto per un fatto che non costituisce più reato in base ad una nuova interpretazione giurisprudenziale.

La consulta ha ritenuto il ricorso ammissibile, in quanto è corretto l'assunto da cui parte il giudice a quo: l'overuling delle Sezioni Unite è intervenuto successivamente alla modifica legislativa dell'art. 6 co. 3. Conseguentemente il fenomeno non configura una successione di leggi nel tempo, bensì una successione di diverse interpretazioni giurisprudenziali sullo stesso dispositivo di legge<sup>372</sup>. Parte della dottrina ritiene che non si possa tecnicamente parlare di "mutamento giurisprudenziale", in quanto si configurerebbe solo quando un orientamento dominante viene abbandonato in favore di un altro. Nel caso dell'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998, un orientamento dominante si creò solo con le Sezioni Unite Alacev<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Corte Cost., 23/05/2012, n. 230.

<sup>373</sup> 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 DPC, 2012.

La Corte, tuttavia, ha dichiarato il ricorso infondato sotto tutti i profili sollevati dal giudice rimettente<sup>374</sup>.

per quanto riguarda l'art. 7 Cedu, la Consulta ha sottolineato che il principio di legalità interno, previsto all'art. 25 co. 2, differentemente da quello convenzionale, comprende il corollario della riserva di legge. Nel nostro ordinamento è solo il Parlamento a poter legiferare in materia penale.

Specifica la Corte, inoltre, che la giurisprudenza di Strasburgo non ha mai affermato che dall'art. 7 CEDU derivi il corollario in base al quale si debba procedere alla revoca del giudicato in caso di mutamento giurisprudenziale favorevole. L'overuling giurisprudenziale è stato esaminato dalla Corte EDU solo in rapporto al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, per vietare l'applicazione retroattiva di un nuovo orientamento che ampli l'ambito di applicazione di una norma incriminatrice. Né sarebbe possibile ricavare dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole il corollario della revoca del giudicato in caso di overuling giurisprudenziale in bonam partem. Il fondamento del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole consiste nella garanzia del cittadino rispetto a persecuzioni arbitrarie, in modo da poter calcolare le conseguenze delle proprie azioni. Il principio di retroattività della lex mitior, invece, trova fondamento nel principio di uguaglianza, in modo da evitare disparità di trattamento. Quest'ultimo, tuttavia, non ha carattere assoluto. È la stessa Corte EDU ad ammettere possibili deroghe, in presenza di particolari

---

<sup>374</sup> Corte Cost., 23/05/2012, n. 230.

situazioni, oltre che sancire il limite del giudicato (differentemente dal nostro ordinamento con l'art. 2 co. 2-3)<sup>375</sup>.

Conseguentemente detti limiti valgono anche nel caso di overuling abolitivo favorevole.

Per quanto riguarda il presunto contrasto con l'art. 3 Cost, secondo la Corte non è manifestamente irragionevole il fatto il legislatore abbia escluso l'overuling giurisprudenziale tra le ipotesi di revoca del giudicato. Nel nostro ordinamento infatti non è previsto il vincolo del precedente. Di conseguenza il mutamento giurisprudenziale, ancorché determinato dalle Sezioni Unite, non può avere carattere cogente, bensì persuasivo.

Secondo la Corte, anzi, sarebbe proprio l'aggiunta dell'overuling giurisprudenziale, tra le ipotesi di revoca ex art. 673 c.p.p., a creare un vincolo del precedente nei rapporti tra Sezioni Unite e giudice dell'esecuzione. Quest'ultimo, infatti, ha l'obbligo di revocare il giudicato in presenza di un'abolitio criminis. Di conseguenza esso sarebbe obbligato anche qualora l'abolitio sia determinata da un overuling delle Sezioni Unite. Un vincolo del precedente illogico e irrazionale, perchè riguarderebbe solo il giudice dell'esecuzione e non anche quello della cognizione.

Per quanto riguarda gli art. 3 e 25 co. 2 Cost., la Corte specifica che il principio di retroattività della legge penale favorevole trova fondamento nel principio di uguaglianza, di cui all'art. 3. Conseguentemente sono legittime eventuali deroghe allo stesso.

---

<sup>375</sup> Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

Inoltre, detto principio attiene esclusivamente alla successione di leggi nel tempo, non anche alla successione di meri mutamenti giurisprudenziali. Il giudice rimettente afferma la necessità di estendere le ipotesi di revoca del giudicato anche all'overuling delle Sezioni Unite. Con ciò presuppone che quest'ultima ipotesi rientri nel fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, quale fenomeno normativo dotato di stabilità. Questa conclusione è inammissibile, sia per la riserva di legge prevista all'art. 25 co 2 Cost., sia per il principio di separazione di poteri, il quale trova espressione all'art. 101 Cost. (il giudice è soggetto solo alla legge)<sup>376</sup>.

Per quanto riguarda gli art. 13 e 27 Cost., secondo la Corte le questioni risulterebbero assorbite dalle precedenti affermazioni. Si è visto infatti che secondo il giudice a quo l'ipotesi di overuling favorevole delle Sezioni Unite dovrebbe essere inquadrata all'interno del fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, al fine di ricomprenderla nell'ambito applicativo dell'art. 673. Una tale operazione, si è visto, contrasta con il principio di separazione di poteri, perché il giudice diverrebbe titolare anche del potere legislativo. Ora, le questioni circa gli art. 13 e 27 Cost. poggiano sul medesimo inquadramento sistematico. Confutando tale ricostruzione, la Corte ha posto nel nulla anche i dubbi di contrasto dell'art. 673 c.p.p. con gli art. 13 e 27 co. 2 Cost<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Corte Cost., 23/05/2012, n. 230.

<sup>377</sup> Corte Cost., 23/05/2012, n. 230.

## **7.8. La sentenza delle Sezioni Unite Mraidi.**

In questo tormentato panorama giurisprudenziale e dottrinale, si inseriscono le Sezioni Unite Mraidi<sup>378</sup>. La questione di diritto sottoposta di diritto sottoposta all'attenzione della Corte può essere riassunta in questi termini "Se è consentito al giudice dell'esecuzione revocare, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., una sentenza di condanna pronunciata dopo l'entrata in vigore di una legge che abbia abrogato la fattispecie incriminatrice, allorché l'evenienza di abolitio criminis non è stata presa in esame dal giudice della cognizione". Tale pronuncia è rilevante, ai nostri fini, perché affronta incidentalmente il tema dei rapporti tra abolitio criminis e overuling delle Sezioni Unite. In questo modo si coglie l'occasione per analizzare il ragionamento della Corte per ammettere, con dei limiti, la revoca ex art. 673 qualora l'abolitio non sia stata rilevata dal giudice della cognizione, tema affrontato nel paragrafo 3 di questo capitolo.

Il percorso argomentativo della Corte può essere suddiviso in tre punti: il rapporto tra abrogazione di una norma e overuling delle Sezioni Unite; la revoca del giudicato ex art. 673 anche nell'ipotesi in cui l'abolitio criminis si sia verificata prima della sentenza di condanna; i limiti di intervento del giudice dell'esecuzione.

Innanzitutto la Corte condivide l'affermazione della Consulta<sup>379</sup> secondo cui il mutamento giurisprudenziale non rientrerebbe nel fenomeno della successione di

---

<sup>378</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi.

<sup>379</sup> Corte Cost., 23/05/2012, n. 230.

leggi nel tempo e, conseguentemente, non può determinare un'abolitio criminis: nel nostro ordinamento manca il vincolo del precedente, con la conseguenza che un mutamento giurisprudenziale, ancorché determinato dalle Sezioni Unite, ha un'efficacia meramente persuasiva e non vincolante. Ma non è questo il caso in esame: secondo la Cassazione la pronuncia delle Sezioni Unite Alacev ha avuto un effetto meramente ricognitivo di un'abolitio criminis parziale determinata dalla legge 94/2009 riguardo di cui all'art. 6 co. 3 d.lgs. 286/1998. È la legge ad aver abrogato parzialmente il reato di omessa esibizione dei documenti, non un sopravvenuto orientamento dominante delle Sezioni Unite. Questo nel caso in cui sia intervenuta una modifica legislativa. Qualora si susseguano diverse interpretazioni giurisprudenziali del medesimo dispositivo, in assenza dunque di una modifica legislativa, non si può riconoscere un'abolitio criminis. L'overruling giurisprudenziale non è fonte del diritto<sup>380</sup>.

In questo modo le Sezioni Unite hanno confermato l'orientamento già da prima prevalente in Cassazione<sup>381</sup> e di condividere l'opinione di parte della dottrina<sup>382</sup>.

A questo punto la Corte afferma la necessaria applicazione dell'art. 673 c.p.p. anche nel caso in cui l'abolitio criminis per via legislativa sia intervenuta prima della condotta e non sia stata presa in considerazione dal giudice della cognizione. questo principio non trova limiti cronologici: se l'art. 2 co. 2 c.p. tutela il soggetto

---

<sup>380</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi.

<sup>381</sup> Cass. Pen. Sez. I, 11/01/2012, n. 25040, Eddamir; Cass. Pen. Sez. I, 21/12/2011, n. 545, Bahoujabour; Cass. Pen. Sez. I, 2/02/2012, n. 6539, Jabir; Cass. Pen. Sez. I, 6/12/2011, n. 1000, Bolla Diope; Cass. Pen. Sez. I, 9/02/2012, n. 35851, El Hajjaj; Cass. Pen. Sez. I, 3/04/2012, n. 15168, Thiam; Cass. Pen. Sez. I, 13/03/2012, n. 12237, Soigahi; Cass. Pen. Sez. I, 9/03/2012, n. 11505, Eze Ike

<sup>382</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 245 e ss.

che abbia commesso un fatto configurato come reato e non più previsto come tale in base ad una legge posteriore, a maggior ragione deve essere tutelato colui che già al momento del fatto non ha commesso alcun reato. Conseguente si estende la portata applicativa dell'art. 673 non solo ai casi previsti dall'art. 2 co. 2, ma anche a quelli previsti dal co. 1. Conclusione obbligata per via del principio di irretroattività sancito dall'art. 25 co. 2 Cost e dall'art. 7 CEDU. Non rileva dunque il tempo in cui è avvenuta l'abrogazione<sup>383</sup>. La condanna per un reato già abrogato al tempo della commissione costituisce una violazione del principio di legalità, legittimando così la revoca del giudicato ex art. 673 c.p.p.<sup>384</sup>.

A questo punto la Corte circoscrive i margini di intervento del giudice dell'esecuzione, nell'esigenza di bilanciare il principio di legalità della pena con il contrapposto principio di intangibilità del giudicato. Si distingue così tra errore percettivo ed errore valutativo: il primo viene integrato qualora il giudice della cognizione non abbia espresso in motivazione alcuna valutazione circa la sussistenza dell'abolitio criminis; il secondo, invece, quando abbia motivato circa l'insussistenza dell'abolitio, seppur non condivisibili le sue valutazioni. Ora, solo il primo errore legittima l'intervento del giudice dell'esecuzione con il rimedio previsto all'art. 673 c.p.p.<sup>385</sup>.

La dottrina è divisa circa le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite Mraidi. Alcuni sottolineano, positivamente, che una tale pronuncia costituisce un'ulteriore

---

<sup>383</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi.

<sup>384</sup> V. Pazienza, *La cedevolezza del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 26-27.

<sup>385</sup> Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi.

tappa del percorso di progressiva cedevolezza del giudicato<sup>386</sup>. Altra parte della dottrina sostiene che il giudicato assorbirebbe sia il dedotto che il deducibile, negando dunque l'applicazione dell'art. 673 c.p.p.<sup>387</sup> Altra parte ancora sostiene che la differenza tra errore percettivo e valutativo sia nella pratica difficile da individuare: spesso le sentenze sono eccessivamente sintetiche, di modo che non risulta semplice stabilire se il giudice della cognizione non abbia valutato la presenza o meno di un'abolitio, oppure se l'abbia implicitamente esclusa<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> V. Pazienza, *La cedevolezza del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 33.; lo stesso autore, nel medesimo scritto, ritiene necessario estendere l'art. 673 c.p.p. anche alle ipotesi di errore valutativo, in quanto la pena non svolgerebbe la sua funzione rieducativa ex art. 27 co. 2 Cost.

<sup>387</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 244.

<sup>388</sup> 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 DPC, 2015.





## ***Capitolo III***

### ***Revoca del giudicato e disapplicazione del diritto interno per contrasto con il diritto dell'Unione europea***

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'efficacia diretta del diritto UE. – 3. Il principio del primato dell'Unione Europea e disapplicazione della norma interna. – 4. L'efficacia indiretta: l'obbligo preliminare di interpretazione conforme e il risarcimento del danno. – 5. Diritto interno contrastante con la CEDU. – 6. Il caso El Dridi. – 6.1. I reati di inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento dal territorio nazionale (art. 14 co. 5-ter e quater d.lgs. 286/1998). – 6.2. La direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri). – 6.3. Il contrasto dell'art. 14 con la direttiva rimpatri e il rinvio pregiudiziale della Corte d'Appello di Trento. – 6.4. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea El Dridi 28/04/2011 (C-61/11 PPU). – 6.5. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per il delitto di cui all'art. 14 co. 5-ter. – 6.6. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per reati diversi da quelli di cui all'art. 14 co. 5-ter. – 6.7. Gli effetti della sentenza El Dridi sulle sentenze di condanna definitive per i delitti di cui all'art. 14 co. 5-ter. – 6.8. la nuova formulazione dell'art. 14 co. 5-ter. – 7. Altri casi simili. – 7.1. La sentenza della Corte di Giustizia Achughbabian. – 7.2. La sentenza della corte di Giustizia Sagor. – 7.3. La compatibilità con la direttiva rimpatri dell'art. 13 co. 3 TU immigrazione: la sentenza della Corte di Giustizia Celaj. – 7.4 La sentenza della Corte di Giustizia Affum.

## 1. Premessa.

In questo capitolo si esaminerà l'ultima macro-questione riguardante l'art. 673 c.p.p.: la revoca del giudicato come conseguenza del contrasto della norma incriminatrice interna con il diritto dell'Unione Europea.

L'ipotesi si è verificata in occasione della sentenza della Corte di Giustizia El Dridi<sup>389</sup>, con la quale si è dichiarato che l'art. 14 co. 5-ter contrasta con la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri). Conseguentemente è sorto il potere-dovere del giudice penale interno di disapplicare l'art. sopracitato. Si analizzeranno, dunque, le conseguenze sui procedimenti all'epoca pendenti e, soprattutto per i nostri fini, sulle sentenze di condanna irrevocabili. Si esamineranno, poi, alcuni casi simili che hanno interessato altri paesi europei, in particolare la Francia.

Preliminarmente, è necessario concentrare l'attenzione sui rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto interno: efficacia diretta del diritto UE, il principio del primato e il conseguente l'obbligo del giudice di disapplicare la norma interna, nonché quello di interpretazione conforme. Si tratta di una premessa fondamentale per comprendere l'effettiva portata della sentenza El Dridi.

Per completezza, verranno esaminate anche le differenze con il sistema CEDU, vista la sua radicale incidenza nell'ordinamento giuridico italiano.

---

<sup>389</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El dridi.

## 2. L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea.

L'ordinamento dell'Unione Europea considera come soggetti giuridici non solo gli Stati membri, ma anche coloro ai quali è riconosciuta tale soggettività all'interno dei singoli ordinamenti<sup>390</sup>. A seconda del contenuto delle norme UE, possiamo distinguere due tipologie di rapporti<sup>391</sup>: di tipo internazionalistico, qualora veda contrapposti UE e Stati membri. In questi casi, gli Stati membri si presentano unitariamente, comprensivi di tutta la loro organizzazione interna; se, invece, la norma UE coinvolge i singoli soggetti degli Stati membri, avremo un rapporto che attiene ad una dimensione interna. In particolare, si crea un rapporto di tipo orizzontale nel caso in cui il rapporto giuridico vede contrapposti un soggetto privato con un altro. Sarà di tipo verticale se si contrappongono un soggetto privato con uno pubblico, in quanto riconducibile ad un'autorità statale o pubblica.

Ora, solo riguardo alle norme UE che coinvolgono i soggetti privati può parlarsi di efficacia diretta, ossia la capacità della norma comunitaria di creare diritti od obblighi direttamente in capo a persone fisiche o giuridiche, senza la necessità di intervento dello Stato membro con un atto di ricezione<sup>392</sup>. Sostanzialmente il soggetto privato, persona fisica o giuridica, può far valere la posizione giuridica soggettiva attribuita dalla norma comunitaria di fronte ad un giudice; oppure può

---

<sup>390</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, ed. V, 2014, p. 245; Corte di Giustizia, 5/02/1963, C-26/62, Van Gend en Loos; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, ed. IV, 2019, p. 39.

<sup>391</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 245-246; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 39.

<sup>392</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, ed. VII, 2012, p. 165.

essere costretto dall'amministrazione ad adempiere ad un obbligo creato dalla norma UE<sup>393</sup>.

Parte della dottrina ritiene di dover distinguere l'efficacia diretta dall'applicabilità diretta: con la prima si farebbe riferimento alla capacità della norma UE di attribuire diritti direttamente invocabili dinanzi al giudice nazionale; con la seconda ci si riferirebbe ad una caratteristica propria dei soli regolamenti, ossia la capacità di produrre effetti negli ordinamenti nazionali a prescindere, e nemmeno consentito, da un provvedimento interno di attuazione<sup>394</sup>. Secondo altri autori la differenza sarebbe meramente descrittiva, perché sottolinea due aspetti intrinsecamente legati dell'efficacia diretta: nell'applicabilità diretta l'assenza di provvedimenti di recepimento, nell'efficacia diretta l'incidenza nella situazione giuridica soggettiva del privato<sup>395</sup>. Peraltro la giurisprudenza utilizza le due espressioni come sinonimi, per indicare quelle norme UE in grado di creare diritti in capo ai singoli soggetti direttamente tutelabili in giudizio<sup>396</sup>.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia elaborò la teoria dell'effetto diretto nella sentenza *Van Gend en Loos*<sup>397</sup>, la quale aveva ad oggetto l'applicabilità diretta dell'attuale art. 30 TFUE (allora l'art. 12, poi 25 TCE). In quell'occasione la Corte sostenne che, per stabilire se una norma UE abbia "efficacia immediata", è necessario fare riferimento alla struttura, allo spirito, oltre che al suo tenore

---

<sup>393</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 165; L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 248.

<sup>394</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 223-224 e 249; U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, ed. VI, 2020, p. 275.

<sup>395</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 166.

<sup>396</sup> Corte di Giustizia, 31/01/1991, C-18/90, *Kziber*.

<sup>397</sup> Corte di Giustizia, 5/02/1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

letterale<sup>398</sup>. Secondo la Corte il Trattato istitutivo della Comunità Europea non si limita a creare obblighi in capo agli Stati membri, bensì attribuisce ai privati diritti soggettivi come “contropartita” degli stessi obblighi. È il caso dell’art. 12 (attuale art. 30 TFUE): la norma, pur non riferendosi espressamente ai singoli soggetti, prevede un divieto chiaro e incondizionato in capo allo Stato, cui corrisponde un diritto soggettivo dei singoli direttamente azionabile dinanzi al giudice interno<sup>399</sup>.

Affinché abbia effetto diretto, dunque, la norma UE deve essere sufficientemente precisa e incondizionata<sup>400</sup>.

la norma è sufficientemente precisa nel momento in cui il precetto è formulato in maniera tale che i soggetti destinatari possano comprenderne la portata e il giudice possa applicarla<sup>401</sup>. Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia con la sentenza *Francovich*<sup>402</sup>, affermando che tale requisito è integrato nel momento in cui dalla norma UE si ricavi il titolare dell’obbligo, il titolare del diritto e il contenuto del diritto/obbligo attribuito dalla norma.

La norma UE, invece, è incondizionata qualora non preveda per la sua applicazione altri atti normativi degli Stati membri o delle istituzioni UE e gli stessi Stati membri non abbiano un certo margine di discrezionalità

---

<sup>398</sup> Corte di Giustizia, 5/02/1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

<sup>399</sup> Corte di Giustizia, 5/02/1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

<sup>400</sup> L. Daniele, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 250; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 39; Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell’Unione Europea*, Giappichelli, ed. VII, 2016, p. 213.

<sup>401</sup> L. Daniele, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 250-251.

<sup>402</sup> Corte di Giustizia, 19/11/1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

nell'applicarla<sup>403</sup>. Nella sentenza Becker, infatti, la Corte di Giustizia sostenne la diretta applicazione di quelle norme che possono essere isolate dal contesto di riferimento, sebbene la direttiva (in quel caso in materia di IVA) attribuisca una certa discrezionalità allo Stato membro riguardo l'applicazione di altre<sup>404</sup>.

I presupposti dell'efficacia diretta sono i medesimi quale che sia il tipo di norma comunitaria. Tuttavia, ci sono delle differenze di approccio a seconda della fonte del diritto UE e delle sue caratteristiche. Le norme dei trattati possono produrre effetti diretti tanto nei rapporti che vedono contrapposti un privato e un'autorità pubblica<sup>405</sup>, quanto in quelli tra soggetti privati<sup>406</sup>. Si parla nel primo caso di efficacia diretta verticale, nel secondo orizzontale. Di conseguenza il privato può vantare il diritto attribuitogli non solo nei confronti dell'autorità pubblica, ma anche riguardo ad altri privati<sup>407</sup>.

Ai regolamenti può riconoscersi sia efficacia diretta verticale che orizzontale, perché non necessitano di alcuna attività normativa interna di attuazione<sup>408</sup>.

Per quanto riguarda le direttive, ci sono delle differenze circa il momento temporale in cui possono produrre effetti diretti e i rapporti sui quali incidere. La direttiva infatti non è concepita in sé come fonte di effetti diretti. Impone allo Stato membro un obbligo di risultato, lasciandolo libero di adottare, entro il termine di

---

<sup>403</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 253; Corte di Giustizia, 19/01/1982, C-8/81, Becker.

<sup>404</sup> Corte di Giustizia, 19/01/1982, C-8/81, Becker, cit.

<sup>405</sup> Corte di Giustizia, 5/02/1963, C-26/62, Van Gend en Loos, cit.

<sup>406</sup> Corte di Giustizia, 6/06/2000, C-281/98, Angonese.

<sup>407</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 257.

<sup>408</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 262.

attuazione, i mezzi che ritiene più consoni per il suo conseguimento<sup>409</sup>. Spesso, tuttavia, gli Stati membri attuano le direttive in ritardo o con strumenti non corretti o insufficienti. Solo in questi casi patologici si può parlare di effetti diretti della direttiva, attraverso i quali si supera lo stallo circa il raggiungimento del risultato imposto. Ergo solo alla scadenza del termine della direttiva si può attribuire alle norme, in essa contenute, effetti diretti, purché sufficientemente precise ed incondizionate<sup>410</sup>. La seconda differenza riguarda i rapporti su cui la direttiva inattuata (o attuata scorrettamente) può produrre effetti diretti. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è ferma nel limitarne l'incidenza ai soli rapporti verticali in cui è il privato a chiedere l'applicazione della direttiva inattuata contro un'autorità pubblica, pur con motivazioni distinte<sup>411</sup>. Nella sentenza Ratti<sup>412</sup> si giustifica la limitazione nel fatto che è solo lo Stato ad essere obbligato ad attuare la direttiva, per cui l'efficacia diretta costituirebbe una sanzione contro qualsiasi autorità pubblica dello Stato membro inadempiente. Per contro i privati non hanno un simile obbligo, con la conseguenza che i diritti riconosciuti dalla direttiva non possono essere invocati da privati nei confronti di altri privati, i quali non possono per definizione considerarsi inadempienti. Nella sentenza Wells il limite dell'efficacia diretta delle direttive inattuate ai soli rapporti verticali "non invertiti" viene motivato facendo leva sul principio generale di certezza del diritto. Quest'ultimo sarebbe violato se si imponesse ai privati gli obblighi previsti da una

---

<sup>409</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit, p. 171

<sup>410</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 263; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit, p. 172.

<sup>411</sup> Corte di Giustizia, 5/04/1979, C-148/78, Ratti; Corte di Giustizia, 7/01/2004, C-201/02, Wells.

<sup>412</sup> Corte di Giustizia, 5/04/1979, C-148/78, Ratti.

direttiva, non essendo in grado di conoscere la portata di una direttiva<sup>413</sup>. Alle direttive, dunque, può riconoscersi efficacia diretta solo alla scadenza del termine di attuazione, limitatamente ai rapporti verticali in cui è il privato ad invocare un diritto riconosciuto dalla direttiva stessa nei confronti di una qualsiasi autorità pubblica dello Stato membro inadempiente<sup>414</sup>.

In base all'art. 267 TFUE le sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia, per quanto riguarda l'interpretazione data al diritto dell'Unione, sono vincolanti per tutti i giudici nazionali, nonché per la pubblica amministrazione. Non solo il giudice a quo, ma tutti i giudici interni dovranno adeguarsi alla sentenza, salva la facoltà di effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE<sup>415</sup>.

### **3. Il principio del primato del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione della norma interna.**

Si è detto che l'efficacia diretta consiste nella capacità di alcune norme UE di creare diritti od obblighi direttamente in capo ai privati, senza che sia necessario alcun atto di ricezione da parte dello Stato membro<sup>416</sup>. Questa caratteristica può essere riconosciuta solo alle norme comunitarie che siano sufficientemente precise

---

<sup>413</sup> Corte di Giustizia, 7/01/2004, C-201/02, Wells, cit.

<sup>414</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 266-267.

<sup>415</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 391; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 203.

<sup>416</sup> G. Tesaro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 165.

ed incondizionate<sup>417</sup>. Ma cosa accade se la norma UE, pur dotata di efficacia diretta, contrasti con una norma di diritto interno? In questi casi, entra in gioco il principio del primato del diritto UE, in base al quale il diritto interno non può ostacolare e, dunque, deve cedere il passo alla norma comunitaria dotata di efficacia diretta<sup>418</sup>. Il diritto dell'Unione Europea prevale sul diritto interno, a condizione che sia dotato di efficacia diretta: solo in quest'ipotesi si deve stabilire se il giudice debba applicare il diritto interno o la norma UE<sup>419</sup>.

Efficacia diretta e principio del primato sono estremamente connessi: in assenza del primato la norma UE, pur dotata di effetti diretti, non potrebbe creare diritti od obblighi in capo ai privati, qualora vi sia una norma interna incompatibile. Verrebbe frustrata l'esigenza fondamentale dell'uniforme applicazione del diritto UE, visto che la concreta applicazione della norma comunitaria dipenderebbe dalla presenza o meno di norme interne incompatibili<sup>420</sup>.

La conseguenza pratica del principio del primato del diritto UE è la disapplicazione della norma interna incompatibile, per cui il rapporto verrà disciplinato dalla sola norma comunitaria<sup>421</sup>.

---

<sup>417</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 250; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 39; Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 213.

<sup>418</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 294; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 189.

<sup>419</sup> U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 450; L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 294.

<sup>420</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 294.

<sup>421</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 294; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 190.

Bisogna specificare che l'obbligo di disapplicazione della norma interna, insieme a quello di applicazione della norma comunitaria, riguarda non solo il giudice, ma anche gli organi dell'amministrazione nazionale, per via dell'obbligo di leale collaborazione previsto dall'art. 4 n. 3 TUE<sup>422</sup>. Secondo la giurisprudenza, di Lussemburgo e costituzionale, sarebbe contraddittorio permettere al privato di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione che non ha applicato la norma UE e, contemporaneamente, negare che la stessa amministrazione possa disapplicare il diritto interno in favore della norma UE<sup>423</sup>.

La Corte di Giustizia ha affermato, per la prima volta, il principio del primato nella sentenza *Costa c. Enel*<sup>424</sup>. La Corte Costituzionale italiana, tuttavia, ha impiegato vent'anni per riconoscere tale principio, pur con qualche differenza metodologica<sup>425</sup>.

È opportuno, a questo punto della trattazione, ripercorrere le varie tappe del travagliato dialogo tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale riguardo ai criteri per risolvere il contrasto tra diritto interno e diritto UE.

Nella prima fase vi era una distanza netta tra la tesi sostenuta dalla nostra Corte rispetto a quella accolta dalla Corte di Giustizia. Nella sentenza *Costa-Enel*<sup>426</sup>, la Corte Costituzionale affermò che l'art. 11 Cost. (L'Italia...consente, in condizioni di parità con gli Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le

---

<sup>422</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 168-169.

<sup>423</sup> Corte di Giustizia, 13/07/1972, C-48/71, Commissione c. Italia.

<sup>424</sup> Corte di Giustizia, 15/07/1964, C-6/64, *Costa c. Enel*.

<sup>425</sup> Corte Cost., 5/06/1984, n. 170, *Granital*.

<sup>426</sup> Corte Cost., 24/02/1964, n. 14, *Costa-Enel*.

organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.) è norma permissiva che consente di limitare la sovranità statale con legge ordinaria, ma che non è in grado di attribuire alla legge ordinaria di recepimento del trattato CEE un valore superiore alla legge ordinaria. Conseguentemente il contrasto tra norme UE e interne va risolto applicando il criterio cronologico, perché fonti di pari livello gerarchico. Qualunque legge ordinaria successiva prevarrà sull'antecedente legge di recepimento<sup>427</sup>. La Corte Costituzionale ha adottato così una visione dualista dei rapporti fra ordinamento UE e quello interno<sup>428</sup>, per giustificare l'applicazione del principio cronologico nel risolvere gli eventuali contrasti tra le due fonti. La Corte di Giustizia, per contro, nella sentenza *Costa c. Enel*<sup>429</sup> affermò che l'ordinamento UE si integra con quello interno e prevale in virtù di forza propria, non in conseguenza dei meccanismi normativi di adattamento propri di ogni Stato membro. Il diritto UE non può essere ostacolato da un provvedimento interno di senso contrario, pena la perdita del fondamento giuridico della stessa Comunità. Conseguentemente qualsiasi atto, quale che sia la fonte, anche costituzionale, incompatibile con il diritto UE sarà del tutto privo di efficacia<sup>430</sup>. La giurisprudenza di Lussemburgo affermò così la concezione monista dei rapporti tra ordinamento UE<sup>431</sup> e interno e il principio del primato del diritto UE, quale criterio gerarchico di risoluzione dei conflitti.

---

<sup>427</sup> Corte Cost., 24/02/1964, n. 14, *Costa-Enel*, cit.

<sup>428</sup> Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 455-456.

<sup>429</sup> Corte di Giustizia, 15/07/1964, C-6/64, *Costa c. Enel*, cit.

<sup>430</sup> Corte di Giustizia, 15/07/1964, C-6/64, *Costa c. Enel*, cit.

<sup>431</sup> G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 192.

Nella seconda fase vi è un progressivo avvicinamento della Corte Costituzionale alla posizione della Corte di Giustizia. La giurisprudenza costituzionale, nella sentenza Frontini<sup>432</sup>, sostenne che l'art. 11 è il sicuro fondamento delle limitazioni di sovranità e del trasferimento parziale agli organi comunitari dell'esercizio della funzione legislativa. l'ordinamento Ue e quello interno sono autonomi e distinti, pur se coordinati attraverso una ripartizione di competenze. Conseguentemente, nelle materie di competenza comunitaria, la normativa interna non può ostacolare in qualsiasi modo l'applicazione dei regolamenti UE, in quanto immediatamente applicativi e senza la necessità di alcuna legge ordinaria di ricezione. La corte, tuttavia, si è riservata un sindacato di legittimità costituzionale della normativa Ue nel caso in cui violi i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale oppure i diritti inalienabili della persona umana. L'art. 11 non consentirebbe tale tipologia di limitazioni<sup>433</sup>. Nella successiva sentenza Industrie Chimiche<sup>434</sup>, la Corte Costituzionale stabilì che il giudice interno, in caso di contrasto della normativa interna con quella europea, deve necessariamente sollevare una questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 11. Si tratta di un problema che riguarda la ripartizione delle competenze tra legislatore ordinario ed europeo, con la conseguenza che il giudice interno non potrà disapplicare autonomamente la norma interna<sup>435</sup>. La soluzione non fu accolta positivamente, tanto da indurre un giudice italiano a chiedere alla Corte di Giustizia, attraverso un rinvio pregiudiziale, se la soluzione offerta dalla Corte Costituzionale fosse a

---

<sup>432</sup> Corte Cost., 27/12/1973, n. 183, Frontini.

<sup>433</sup> Corte Cost., 27/12/1973, n. 183, Frontini, cit.

<sup>434</sup> Corte Cost., 30/10/1975, n. 232, Industrie Chimiche.

<sup>435</sup> Corte Cost., 30/10/1975, n. 232, Industrie Chimiche, cit.

sua volta incompatibile con il diritto UE. la Corte di Giustizia, nella nota sentenza *Simmenthal*<sup>436</sup>, affermò che il principio del primato comporta non solo l'inapplicabilità di qualunque norma interna incompatibile anteriore alla norma UE, ma anche l'invalidità originaria di qualunque norma successiva incompatibile. Il controllo giurisdizionale previsto dall'Unione si basa su una cooperazione tra giudice comunitario e nazionale. l'efficacia di un tale controllo verrebbe pregiudicata se il giudice interno non avesse la possibilità di applicare direttamente la norma comunitaria, nell'ipotesi di contrasto con la norma interna, e dovesse attenderne la rimozione dal legislatore o attraverso altro procedimento costituzionale<sup>437</sup>.

La terza fase si è avuta con la sentenza *Granital*<sup>438</sup>, in cui la Corte Costituzionale sostenne la tesi della Corte di Giustizia per quanto riguarda il risultato, ma non per quanto attiene alle premesse metodologiche. Secondo la Corte, l'Unione Europea è un ordinamento autonomo e distinto da quello interno, competente in via esclusiva sulle materie rispetto alle quali vi è stato un trasferimento della sovranità ex art. 11 Cost. Conseguentemente la norma interna sarà inapplicabile al caso concreto qualora sia incompatibile con la norma comunitaria dotata di efficacia diretta, nelle materie di competenza UE e a prescindere che sia anteriore o successiva alla norma comunitaria. Il contrasto comporta la disapplicazione della norma interna da parte del giudice interno, non la sua caducazione, senza dover nemmeno sollevare una questione di legittimità costituzionale. Quest'ultima, qualora fosse sollevata, verrà dichiarata inammissibile. La corte,

---

<sup>436</sup> Corte di Giustizia, 9/03/1978, C-106-77, *Simmenthal*.

<sup>437</sup> Corte di Giustizia, 9/03/1978, C-106-77, *Simmenthal*, cit.

<sup>438</sup> Corte Cost., 5/06/1984, n. 170, *Granital*, cit.

tuttavia, ha individuato dei “controlimiti”, ossia ipotesi in cui si riserva un controllo di costituzionalità. Ciò avviene quando è la stessa norma UE che contrasti con “i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e con i diritti inalienabili della persona umana”; oppure quando la norma interna impedisca l’osservanza dei Trattato o il nucleo essenziale dei suoi principi<sup>439</sup>.

La legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 ha poi aggiunto all’art. 117 Cost. un nuovo primo comma: “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.” Questa modifica, tuttavia, non ha apportato sostanziali modifiche ai rapporti tra Unione Europea e ordinamento italiano. La Corte Costituzionale ha precisato, infatti, che il nuovo articolo 117 Cost. costituisce un’ulteriore conferma che il fondamento costituzionale dei vincoli europei continui a ricavarsi nell’art. 11 Cost.<sup>440</sup>.

#### **4. L’efficacia indiretta: l’obbligo preliminare di interpretazione conforme e il risarcimento del danno.**

Ci sono, tuttavia, ipotesi in cui la norma UE non è dotata di efficacia diretta. Ciò avviene nel caso in cui la norma non sia formulata in modo sufficientemente preciso o non sia incondizionata<sup>441</sup>, oppure, pur avendo tali caratteristiche, la norma è contenuta in una direttiva inattuata. In quest’ultimo caso la norma non

---

<sup>439</sup> Corte Cost., 5/06/1984, n. 170, Granital, cit.

<sup>440</sup> Corte Cost., 13/07/2007, n. 284.

<sup>441</sup> L. Daniele, *Diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 275.

potrebbe essere invocata dinanzi al giudice se è il privato a trarre svantaggio dalla sua applicazione<sup>442</sup>.

In questi casi, il giudice interno non può disapplicare la norma interna in favore di quella comunitaria<sup>443</sup>. Quest'ultima, tuttavia, è dotata ugualmente di una certa efficacia normativa e, dunque, può essere utilizzata dal giudice nel risolvere la controversia<sup>444</sup>. Si tratta dell'efficacia indiretta, attitudine valorizzata principalmente nel caso di norme contenute nelle direttive, visti i limiti soggettivi e temporali<sup>445</sup>. Se non si riconoscesse un'efficacia indiretta al diritto dell'Unione, in caso di contrasto con il diritto interno, il giudice interno dovrebbe applicare integralmente la norma nazionale senza alcun meccanismo di adattamento al diritto comunitario. Evenienza che si risolverebbe in una violazione degli obblighi imposti dai Trattati<sup>446</sup>. In tali casi, dunque, la Corte Costituzionale ha affermato che il giudice nazionale deve sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con gli art. 11 e 117 Cost, i quali impongono il rispetto dei vincoli europei<sup>447</sup>.

La prima forma di efficacia indiretta del diritto dell'Unione Europea è l'obbligo di interpretazione conforme, in base al quale il giudice interno è tenuto ad interpretare il diritto interno conformemente alla norma comunitaria, anche se non direttamente efficace<sup>448</sup>. La differenza tra efficacia diretta e interpretazione

---

<sup>442</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 275.

<sup>443</sup> Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 475-476.

<sup>444</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 275-276.

<sup>445</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 276.

<sup>446</sup> Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, cit. 476.

<sup>447</sup> Corte Cost., 25/01/2010, n. 28; Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, cit. 476.

<sup>448</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 276.

conforme sta nel fatto che, nel primo caso, si fa luogo alla disapplicazione della norma interna, nel secondo la norma interna viene interpretata in senso conforme alla norma comunitaria<sup>449</sup>.

Come specificato dalla Corte di Giustizia, con l'interpretazione conforme non si può opporre ad un privato obblighi previsti da una direttiva inattuata<sup>450</sup>.

L'obbligo di interpretazione conforme deve essere adempiuto dal giudice anche qualora la norma europea sia dotata di efficacia diretta, perché non vi sarebbe la necessità di disapplicare la norma interna se il contrasto può essere composto attraverso una lettura orientata<sup>451</sup>.

Il fondamento dell'obbligo di interpretazione conforme si rinviene nell'obbligo di leale collaborazione previsto all'art. 4.3 TUE, in base al quale gli Stati membri non possono adottare atti o comportamenti da cui possa derivare un inadempimento degli obblighi comunitari<sup>452</sup>. Parte della dottrina ne individua il fondamento anche nell'art. 288 TFUE, il quale impone a ciascun organo nazionale di perseguire il risultato imposto dalla direttiva allo Stato membro nelle forme più opportune. Nel caso del giudice, la forma più pertinente è sicuramente l'interpretazione<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 276.

<sup>450</sup> Corte di Giustizia, 26/09/1996, C-168/95, Arcaro.

<sup>451</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 43.

<sup>452</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 276; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 43.

<sup>453</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 43.

La Corte di Giustizia, inoltre, ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme all'intero diritto nazionale<sup>454</sup>. Come parametro cui adeguare il diritto interno si ha riguardo all'intero diritto dell'Unione<sup>455</sup>, tenendo conto non solo della lettera della norma, ma anche il contesto normativo di riferimento<sup>456</sup>.

La Corte di Giustizia ha elaborato nel tempo anche alcuni limiti ad un tale obbligo. Nella sentenza Adeneler<sup>457</sup> si specifica che l'obbligo di interpretazione sussiste solo in presenza di un margine di discrezionalità, altrimenti l'operazione sfocerebbe in un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Nella medesima sentenza si specifica che l'obbligo sorge solo alla scadenza del termine di attuazione, nel caso delle direttive.

Il secondo limite è dato dal rispetto dei principi generali del diritto<sup>458</sup>, fra i quali rientrano sicuramente quelli di certezza del diritto e di irretroattività. Quest'ultimi si oppongono a qualsiasi interpretazione che comporti un aggravamento della responsabilità penale<sup>459</sup>.

Nel caso in cui non sia possibile pervenire ad un'interpretazione conforme, come prima accennato, il giudice interno dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli art. 11 e 117 Cost.<sup>460</sup>

---

<sup>454</sup> Corte di Giustizia, 5/10/2004, Cause riunite da C-397/01 a 403/01, Pfeiffer.

<sup>455</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 43.

<sup>456</sup> Corte di Giustizia, 8/11/2016, C-554/14, Ognyanov.

<sup>457</sup> Corte di Giustizia, 4/07/2006, C-212/04, Adeneler.

<sup>458</sup> Corte di Giustizia, 8/10/1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen.

<sup>459</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 281-282; Corte di Giustizia, 8/10/1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen.

<sup>460</sup> Corte Cost., 25/01/2010, n. 28.

La seconda forma di efficacia indiretta è il risarcimento del danno. Si tratta in particolare di una forma di sanzione nel caso in cui non sia possibile pervenire ad un'interpretazione conforme, con conseguente impossibilità a raggiungere il risultato prescritto dalla direttiva<sup>461</sup>. Nella sentenza Francovich<sup>462</sup>, la Corte di Giustizia ha individuato il fondamento del risarcimento del danno nell'art. 4.3 TUE, il quale pone l'obbligo in capo agli Stati membri di adottare qualunque misura necessaria per eseguire gli obblighi dell'ordinamento comunitario. Secondo la Corte, il risarcimento del danno è ricompreso tra queste misure, perché ha come scopo quello di eliminare le conseguenze illecite della violazione del diritto dell'Unione<sup>463</sup>.

Affinché sorga il diritto al risarcimento del danno è necessario che la norma UE violata abbia conferito un diritto ai privati ai privati danneggiati<sup>464</sup>; la violazione sia grave e manifesta, integrabile o quando la norma Ue non lascia allo Stato membro alcun margine di discrezionalità nell'attuazione, oppure sia andato oltre tale margine<sup>465</sup>; vi sia un nesso causale diretto tra violazione e danno<sup>466</sup>.

---

<sup>461</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 187; R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 49.

<sup>462</sup> Corte di Giustizia, 19/11/1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich, cit.

<sup>463</sup> Corte di Giustizia, 19/11/1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich, cit.

<sup>464</sup> Corte di Giustizia, 19/11/1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich, cit.

<sup>465</sup> Corte di Giustizia, 8/10/1996, Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer.

<sup>466</sup> Corte di Giustizia, 14/03/2013, C-420/11, Leth.

## 5. Diritto interno contrastante con la CEDU.

L'Italia è divenuta parte della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con la legge di ratifica ed esecuzione 4 agosto 1955 n. 848, grazie alla quale la Convenzione rappresenta parte integrante del nostro diritto positivo<sup>467</sup>. Ai diritti previsti dalla Convenzione, si è accompagnata l'istituzione della Corte Europea dei diritti dell'uomo. La particolarità è data dal fatto che, in base all'art. 34 CEDU, sono i singoli a presentare ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione da parte dello stato membro di uno o più diritti previsti dalla Convenzione. La ratio consisterebbe nell'assicurare una tutela effettiva ai diritti convenzionali, scopo tra l'altro della stessa CEDU<sup>468</sup>. Inoltre l'art. 32 CEDU attribuisce alla Corte Europea il ruolo di interprete ufficiale della Convenzione.

A differenza della Corte di Giustizia UE, ciò che contraddistingue la Corte EDU è data dal fatto che la sua attività interpretativa è sempre riferita ad un caso concreto. Per questo motivo viene qualificata come giudice dei casi concreti, anziché delle leggi<sup>469</sup>.

Ora, si tratta di stabilire quale sia la posizione della CEDU, insieme alla sua interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano e, conseguentemente, la sua efficacia.

Nelle sentenze gemelle<sup>470</sup>, la Corte Costituzionale dichiarò che l'art. 117 Cost. costituisce la norma "ponte" che permette alle norme CEDU di entrare nel nostro

---

<sup>467</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 51.

<sup>468</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 51.

<sup>469</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 52.

<sup>470</sup> Corte Cost., 22/10/2007, n. 348 e 349.

ordinamento. In particolare le norme convenzionali, nell'interpretazione data dalla Corte EDU, costituiscono, per il tramite dell'art. 117, parametri interposti di conformità costituzionale della legge ordinaria. Nella gerarchia delle fonti, avrebbero una posizione superiore alla legge ordinaria ma inferiore alla stessa Costituzione. Di conseguenza le norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, a loro volta devono essere conformi alla Carta Costituzionale<sup>471</sup>. Il giudice interno dunque, di fronte ad un contrasto tra legge ordinaria e norma convenzionale, nell'interpretazione data dalla Corte EDU, dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, quale norma-ponte, e delle norme CEDU (così come interpretate dalla Corte EDU), quali parametri interposti di costituzionalità<sup>472</sup>.

A differenza delle norme dell'Unione Europea, le norme convenzionali, anche nella remota ipotesi in cui fossero dotate di efficacia diretta, non legittimerebbero il giudice a disapplicare il diritto interno contrastante<sup>473</sup>. Ciò perché il fondamento costituzionale della CEDU non è l'art. 11 Cost., che consente le limitazioni di sovranità in favore di ordinamenti sovranazionali, bensì l'art. 117, che impone il rispetto degli obblighi internazionali. La CEDU, infatti, è un trattato internazionale di cui l'Italia fa parte, incorporando nel proprio diritto nazionale le relative norme, ma non dà luogo ad un ordinamento sovranazionale al pari dell'Unione Europea<sup>474</sup>. Conseguentemente le norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte Europea, si collocano ad un livello sub-costituzionale. Esse

---

<sup>471</sup> Corte Cost., 22/10/2007, n. 348 e 349, cit.

<sup>472</sup> Corte Cost., 22/10/2007, n. 348 e 349, cit.

<sup>473</sup> P. Gianniti, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015, p. 513 e ss.

<sup>474</sup> Corte Cost., 22/10/2007, n. 348 e 349, cit.

fungono da parametro interposto di costituzionalità della legge ordinaria, ma devono rispettare a loro volta la Costituzione<sup>475</sup>. A ciò si aggiunge anche il fatto che le norme CEDU sono, per la maggior parte, norme programmatiche prive di efficacia diretta<sup>476</sup>.

Ciò non vuol dire che tali norme siano prive di efficacia: come chiarito dalla Corte EDU, il giudice interno, di fronte ad un contrasto tra la norma nazionale e quella convenzionale, dovrà procedere ad un'interpretazione convenzionalmente conforme. Ergo interpretare la norma interno in senso conforme alla norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo<sup>477</sup>. Solo quando l'interpretazione convenzionalmente conforme abbia esito negativo, il giudice interno dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale<sup>478</sup>.

Successivamente la Corte Costituzionale ha rivisto le proprie posizioni, precisando di riservarsi un margine di apprezzamento riguardo all'incidenza nel nostro ordinamento dell'interpretazione della Corte EDU, salvaguardandone in ogni caso la sostanza<sup>479</sup>. Come specificato dalla dottrina, la Corte si è attribuita una discrezionalità tale da mettere in dubbio lo stesso valore normativo della CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo<sup>480</sup>.

---

<sup>475</sup> Corte Cost., 22/10/2007, n. 348 e 349, cit.

<sup>476</sup> P. Gianniti, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015, p. 513 e ss.

<sup>477</sup> Corte EDU, 27/03/2003, Scordino c. Italia.

<sup>478</sup> Corte Cost., 22/10/2007, n. 348 e 349, cit.

<sup>479</sup> Corte Cost., 16/11/2009, n. 311.

<sup>480</sup> R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 58.

Parte della dottrina ha tentato di apportare un contenuto al “margine di apprezzamento” rivendicato dalla Corte Costituzionale, con l’obiettivo di fornire al giudice interno un criterio per non appiattirsi sulle interpretazioni della Corte Europea<sup>481</sup>: esso sarebbe invocabile non solo in assenza di una norma convenzionale rilevante per il caso concreto, ma anche nel caso in cui vi sia una norma CEDU rilevante e al contempo una norma interna, pur non identica, equivalente. La norma interna sarebbe equivalente quando attua gli stessi valori della norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte EDU, e li tuteli sufficientemente, pur non in modo uguale<sup>482</sup>.

## **6. Il caso El Dridi.**

Parlando dell’efficacia diretta delle norme comunitarie, si è detto che l’art. 267 TFUE attribuisce valore generale e vincolante alle sentenze interpretative pronunciate in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia. Conseguentemente qualunque giudice nazionale dovrà uniformarsi a quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo, eventualmente disapplicando la norma interna che contrasti con la norma UE, nell’interpretazione data dalla Corte di Giustizia<sup>483</sup>.

Secondo la Corte di Giustizia le sentenze pregiudiziali interpretative hanno valore retroattivo: esse chiariscono il significato e la portata che la norma UE avrebbe dovuto avere sin dalla sua entrata in vigore. Conseguentemente la norma, così

---

<sup>481</sup> M. Daniele, *Norme Processuali Convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in Cassazione Penale, 2015.

<sup>482</sup> M. Daniele, *Norme Processuali Convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in Cassazione Penale, 2015, cit.

<sup>483</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 203.

interpretata, dovrà essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti prima della sentenza interpretativa<sup>484</sup>.

Tale principio è fisiologicamente limitato, in materia penale, dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. Il giudice interno non potrebbe disapplicare la norma interna, in favore di quella europea, se da tale disapplicazione derivi un aggravamento della responsabilità penale per fatti commessi precedentemente la sentenza pregiudiziale<sup>485</sup>.

Tale limitazione non opera con la sentenza pregiudiziale El Dridi: in quell'occasione la Corte di Giustizia ha dichiarato che l'art. 14 co. 5-ter contrasta con la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri). si è verificato dunque un caso di abolitio criminis, con esiti in bonam partem. Conseguentemente la sentenza pregiudiziale può avere valore retroattivo, imponendo al giudice interno di disapplicare il reato di inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento dal territorio nazionale.

Ripercorreremo le varie tappe di questo percorso, dall'introduzione del reato nel 1998 fino ad arrivare alla sentenza El Dridi.

---

<sup>484</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 393.

<sup>485</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 203.

### **6.1. I reati di inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento dal territorio nazionale (art. 14 co. 5-ter e quater d.lgs. 286/1998).**

Gli art. 14 co. 5-ter e quater d.lgs. 286/1998, i quali sanzionano penalmente la violazione dell'ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato e la violazione di ordini successivi, sono stati introdotti dalla legge 30 luglio 2002 n. 189 (c.d. Bossi-Fini). Inizialmente previsti come mere contravvenzioni, sono stati elevati poi a delitti dal d.l. 14 settembre 2004 n. 271, ad esclusione del reato di cui all'art. 14 co. 5-ter seconda parte. In questo modo si legittimava l'utilizzo dell'arresto e del giudizio direttissimo. Gli articoli sono stati ulteriormente modificati ad opera della l. 15 luglio 2009 n. 94 (c.d. Pacchetto Sicurezza 2009)

486

Le fattispecie ad oggetto, prima delle modifiche apportate nel 2011, risultavano così formulate:

*5-ter.* Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore, ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il

---

<sup>486</sup> Cordì-Tovani, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, ed. III, p. 277.

rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata, ovvero se lo straniero si è trattenuto nel territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68. In ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis del presente articolo nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3.

*5-quater.* Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.

In questo paragrafo analizzeremo gli elementi che caratterizzano tali reati, in modo da comprendere appieno i punti di contrasto con la direttiva 2008/115/CE.

Soggetto attivo delle fattispecie di cui ai commi 5-ter e quater è lo straniero, definito dall'art. 1 del medesimo d.lgs. 286/1998 come cittadino di Stati non appartenenti all'Unione Europea o apolide. Conseguentemente i reati in questione non potranno essere integrati dai cittadini UE, ai quali potranno applicarsi le norme del Testo Unico negli unici casi in cui producano effetti più favorevoli<sup>487</sup>.

---

<sup>487</sup> L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, Giuffrè, 2011, p. 183.

Il presupposto, affinché lo straniero possa integrare le fattispecie, è il provvedimento amministrativo del decreto di espulsione, emanato dal questore. Per il reato di inottemperanza al (primo) ordine del questore, il comma 5-ter differenzia il trattamento sanzionatorio a seconda del motivo per cui è stato emanato il decreto di espulsione<sup>488</sup>.

Per quanto riguarda la condotta materiale, il comma 5-ter punisce lo straniero che, senza giustificato motivo, permane nel territorio nazionale in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis a seguito di un provvedimento di espulsione o di allontanamento disposto per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 13 co. 2 lett. a) e c), oppure per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, oppure per essere stato il permesso revocato o annullato<sup>489</sup>. Secondo la dottrina la sostituzione dell'espressione "si trattiene" con il verbo "permanere", da parte del Pacchetto Sicurezza 2009, è una modifica meramente formale che non amplia la portata della norma incriminatrice<sup>490</sup>. Così come l'espresso riferimento all'ipotesi del respingimento dello straniero, a cui la Cassazione, già antecedentemente la riforma del 2009, estendeva l'ambito applicativo della fattispecie<sup>491</sup>.

Diversamente il comma 5-quater punisce lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter di un nuovo ordine di

---

<sup>488</sup>Per un'approfondita analisi delle varie tipologie, si rinvia a L. Cordi, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 184 e ss.

<sup>489</sup> L. Cordi, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 208.

<sup>490</sup> L. Cordi, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 208.

<sup>491</sup> Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2007, Kamis Hamada.

allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato<sup>492</sup>.

Le figure di reato previste al comma 5-ter si configurano solo se non vi sia un giustificato motivo all'inottemperanza all'ordine del questore. secondo la Corte Costituzionale la clausola si riferisce non solo alle cause giustificative, ma anche a tutte quelle situazioni, oggettive o soggettive, che impediscono di adempiere al divieto penale, oppure lo rendono difficoltoso o pericoloso<sup>493</sup>.

Per quanto attiene all'elemento soggettivo, a seguito delle modifiche del 2004 e del 2009 i reati di cui all'art 14 comma 5-ter e quater sono mutati da contravvenzioni a delitti. Conseguentemente, in base a quanto previsto dall'art. 42 c.p. co. 2, le fattispecie possono integrarsi solo a titolo di dolo, visto che la colpa non è contemplata dal dispositivo delle norme<sup>494</sup>. Inoltre, riguardo alla fattispecie prevista nella seconda parte del comma 5-ter, la modifica apportata nel 2009, da contravvenzione a delitto, ha determinato un'abolitio criminis per tutti i fatti di reato colposi commessi precedentemente l'intervento legislativo. Conseguentemente per quei fatti si farà applicazione dell'art. 2 co. 2 c.p., in base al quale nessuno può essere punito per un fatto non costituisce più reato in base alla legge posteriore e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 214.

<sup>493</sup> Corte Cost., 13/01/2004, n. 5.

<sup>494</sup> L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 227.

<sup>495</sup> L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 227.

Per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio, è sufficiente per i nostri fini ricordare che le fattispecie di cui ai commi 5-ter e quater, così come risultavano dalle modiche del 2009, prevedevano la reclusione per un tempo che avrebbe potuto essere superiore ai 18 mesi stabiliti dalla direttiva europea 2008/115/CE<sup>496</sup>.

## **6.2. La direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri).**

Nel dicembre 2008 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno emanato la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), il cui oggetto è stabilito all'art. 1: prevedere norme comuni per gli Stati membri riguardo alle procedure di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto del diritto fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale<sup>497</sup>.

Obiettivo della direttiva, enunciato al punto introduttivo n. 2, è quello di coordinare la legislazione degli Stati membri in modo da realizzare una politica di allontanamento e di rimpatrio efficaci e, contemporaneamente, nel rispetto dei diritti umani<sup>498</sup>. Da un tale obiettivo emergono gli interessi che la direttiva mira a

---

<sup>496</sup> F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.

<sup>497</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008.

<sup>498</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

tutelare<sup>499</sup>: da un lato garantire l'effettività delle procedure di rimpatrio degli immigrati irregolari, a sua volta essenziale per garantire l'interesse ad un'efficacia gestione dei flussi migratori all'interno dell'Unione Europea. Quest'ultimo troverebbe fondamento nell'art. 79 TFUE. Dall'altro lato, è necessario che il rimpatrio avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali, quali principi fondamentali dello stesso diritto dell'Unione Europea. Tra questi vi è sicuramente la libertà personale, rispetto alla quale la direttiva stabilisce i limiti entro cui può essere privata all'immigrato nell'ambito della procedura di rimpatrio.

La disciplina contenuta nella direttiva, dunque, realizza un bilanciamento tra effettività del rimpatrio e tutela della libertà personale, derogabile dagli Stati membri, ai sensi dell'art. 4.3<sup>500</sup>, solo in senso favorevole all'immigrato, purché in modo compatibile con le norme della direttiva<sup>501</sup>.

Cerchiamo ora di ricostruire la disciplina della direttiva, individuandone i punti salienti.

In base al punto introduttivo n. 10, la regola base è il rimpatrio volontario, derogabile in favore del rimpatrio coattivo solo in presenza di motivi che possano compromettere le finalità della procedura di rimpatrio. Coerentemente: l'art. 7 stabilisce che la decisione di rimpatrio deve fissare un termine per la partenza

---

<sup>499</sup> F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.

<sup>500</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

<sup>501</sup> F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit.

volontaria, compreso tra i 7 e i 30 giorni. tale termine, in base all'art. 7.3, può essere ridotto o non concesso nel caso di pericolo di fuga<sup>502</sup>.

Nel caso in cui il destinatario della decisione di rimpatrio non sia partito volontariamente entro il termine, oppure il termine non è stato concesso per l'esistenza di un rischio di fuga, oppure il termine concesso è stato revocato per sopravvenienza di uno dei rischi che ne impediscono la concessione, l'art. 8 prevede la possibilità per lo Stato membro di procedere all'esecuzione coattiva della decisione di rimpatrio, eventualmente previo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa o giudiziaria<sup>503</sup>.

Nel caso in cui, e solo in tali ipotesi, non sia possibile eseguire immediatamente l'allontanamento coattivo e non si possano utilizzare efficacemente misure meno coercitive, l'art. 15 permette il trattenimento dello straniero. Quest'ultimo dovrà avere la minor durata possibile e comunque mantenuto solo per il tempo necessario per eseguire il rimpatrio<sup>504</sup>. Da ciò si ricava che il trattenimento deve essere funzionale alla procedura di rimpatrio. Per questo motivo lo stesso art. 15 stabilisce un riesame periodico di tale funzionalità, su richiesta dello straniero o d'ufficio. Il trattenimento dunque cesserà qualora venga meno la funzionalità del trattenimento al rimpatrio stesso, o a prescindere se non vi è una ragionevole prospettiva di allontanamento<sup>505</sup>.

---

<sup>502</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

<sup>503</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

<sup>504</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

<sup>505</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

In base all'art 16 il trattenimento avviene in appositi centri di permanenza temporanea. Se ciò non può avvenire, è possibile che il trattenimento avvenga in un istituto penitenziario, purché il soggetto interessato sia tenuto separato dai detenuti ordinari. Il trattenimento ha durata massima di sei mesi, prorogabili ad un massimo complessivo di 18 nei soli casi in cui i tempi dell'allontanamento si siano dilatati per mancata cooperazione dell'interessato, oppure per ritardi nell'ottenere i documenti dal paese terzo<sup>506</sup>.

In base all'art. 2 la disciplina della direttiva si applica a tutte le procedure di rimpatrio degli immigrati irregolari, salva la facoltà degli Stati membri di non applicarla in materia di respingimento alla frontiera, oppure qualora il rimpatrio stesso sia sanzione penale o sia la conseguenza di una sanzione penale<sup>507</sup>.

### **6.3. Il contrasto dell'art. 14 con la direttiva rimpatri e il rinvio pregiudiziale della Corte d'Appello di Trento.**

Già prima dell'intervento della Corte di Giustizia con la sentenza El Dridi, autorevole dottrina sosteneva l'incompatibilità tra l'art. 14 co. 5-ter e quater e la direttiva rimpatri<sup>508</sup>. Secondo questa tesi, gli articoli sopracitati contrasterebbero nella parte in cui prevedono la pena detentiva in carcere per un periodo

---

<sup>506</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

<sup>507</sup> Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008, cit.

<sup>508</sup> Masera-Viganò, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010; F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit.

potenzialmente superiore al limite dei 18 mesi previsti dalla direttiva, in conseguenza della mera inosservanza all'ordine di allontanamento non accompagnato da ulteriori condotte criminose<sup>509</sup>. La direttiva, si sottolinea, non impedisce ad uno Stato membro di prevedere come reato l'inosservanza all'ordine di allontanamento dal territorio nazionale; stabilisce, tuttavia, che il trattenimento dello straniero in un apposito centro temporaneo è l'unica misura coercitiva della libertà personale che può essere utilizzata all'interno della procedura di espulsione, oltretutto in via di extrema ratio e per un periodo non superiore a 18 mesi<sup>510</sup>. La direttiva impedisce, dunque, che lo Stato membro possa introdurre o mantenere una legislazione che permetta di privare la libertà personale con modalità diverse e per tempi più lunghi da quelli previsti dalla stessa. Essa, inoltre, sarebbe munita di effetti diretti riguardo ai profili di incompatibilità con l'art. 14 co. 5-ter e quater, con conseguente disapplicazione da parte del giudice interno<sup>511</sup>. Si è sostenuto, altresì, che la direttiva osti con la procedura di espulsione in sé considerata, con conseguente illegittimità degli atti amministrativi presupposti. In particolare, la direttiva rimpatri prevede l'allontanamento volontario come regola generale: solo quando tale soluzione non è concretamente possibile, per le ragioni sopra esaminate, il rimpatrio coattivo è opzione percorribile. L'art 14 del Testo Unico, invece, inverte le soluzioni, prevedendo l'accompagnamento coattivo alla frontiera quale regola generale. Nel caso in cui l'allontanamento coattivo non sia

---

<sup>509</sup> F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit.

<sup>510</sup> F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit.

<sup>511</sup> F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit.

possibile, lo stesso TU dispone il trattenimento presso un centro di identificazione ed espulsione, senza prevedere delle misure meno lesive della libertà personale. È chiaro dunque il contrasto con la direttiva, la quale dispone il trattenimento quale misura sussidiaria e di ultima ratio. Tutto ciò si traduce nell'illegittimità degli atti amministrativi presupposto delle incriminazioni in parola: da un lato l'ordine di allontanamento se non sia specificamente motivato circa la non concessione di un termine per la partenza volontaria; dall'altro lo stesso ordine di trattenimento in un CIE e le relative proroghe, perché non è prevista dalla legge un'alternativa meno lesiva della libertà personale<sup>512</sup>.

Effettivamente quest'ultima è la tesi seguita dalla giurisprudenza una volta scaduto il termine per attuare la direttiva: nel lasso di tempo che è intercorso tra il termine di attuazione e la sentenza El Dridi, i giudici italiani hanno preferito disapplicare i provvedimenti amministrativi presupposto per giungere ad un'assoluzione degli imputati<sup>513</sup>.

In assenza di un intervento legislativo, la Corte d'Appello di Trento effettuò un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, chiedendo alla Corte di Giustizia se gli art. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CEE ostino: alla possibilità di sanzionare penalmente la violazione dell'ordine di allontanamento senza ricorrere prima al trattenimento dello straniero; alla possibilità di punire con la reclusione

---

<sup>512</sup> Masera-Viganò, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, cit.

<sup>513</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.

fino a 4 anni la mera inosservanza del primo ordine di allontanamento del questore (art. 14 co. 5-ter)<sup>514</sup>.

#### **6.4. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea El Dridi 28/04/2011 (C-61/11 PPU).**

Prima di affrontare il tema della compatibilità dell'art. 14 co. 5-ter e quater, la Corte di Giustizia ha fatto alcune premesse fondamentali.

Prima di tutto ha sottolineato che lo scopo della direttiva rimpatri è di perseguire un'efficace politica di allontanamento e rimpatri, nel rispetto dei diritti fondamentali dello straniero<sup>515</sup>.

Ha riconosciuto agli art. 15 e 16 della direttiva effetto diretto, perché incondizionati e sufficientemente precisi. Qui la Corte si è limitata a richiamare il suo costante orientamento secondo cui, se una direttiva sia rimasta inattuata o attuata scorrettamente entro il termine previsto, i privati possono invocare quelle parti della direttiva che siano incondizionate e sufficientemente precise. Caratteristiche che la Corte ha rinvenuto negli art. 15 e 16 della direttiva rimpatri, i quali disciplinano la misura del trattenimento dello straniero non derogabili in senso sfavorevole dagli Stati membri<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> Ordinanza Corte d'Appello di Trento, 2/02/2011, n. 451, El Dridi.

<sup>515</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi.

<sup>516</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

Secondo la Corte con la direttiva rimpatri l'Unione non voleva esercitare alcuna competenza penale. Tuttavia è pacifico che il diritto UE possa incidere sulla legislazione penale interna, pur essendo in linea di principio materia di competenza degli Stati membri. Di conseguenza il giudice interno dovrà disapplicare la norma penale che contrasta con la direttiva, nel momento in cui ne venga compromesso l'effetto utile<sup>517</sup>.

Non è invocabile l'art. 2 della direttiva, il quale permette agli Stati membri di non applicare la direttiva qualora il rimpatrio sia stato disposto come sanzione penale o in conseguenza di sanzione penale. Nel caso El Dridi la decisione di rimpatrio è stata disposta dal Prefetto, ossia un'autorità amministrativa, sulla base di un mero soggiorno irregolare, non in conseguenza di una condanna penale<sup>518</sup>.

Fatte queste premesse, la Corte affronta la questione centrale sottoposta alla sua attenzione, ossia l'ammissibilità e i limiti del potere degli Stati membri di prevedere una sanzione penale all'interno della procedura di rimpatrio. Problema nato come conseguenza del silenzio della direttiva sul tema.

Sul punto la Corte ha preliminarmente osservato che la direttiva non vieta agli Stati membri di prevedere sanzioni penali nei confronti dello straniero che non ottempera all'ordine di allontanamento, sempre che non sia possibile attuare quest'ultimo attraverso le misure previste all'art. 8. Ciò che non è possibile, continua la Corte, è stabilire una pena detentiva in conseguenza della mera non cooperazione dello straniero alla procedura di rimpatrio, perché comprometterebbe l'effetto utile della direttiva rimpatri. Una simile situazione

---

<sup>517</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

<sup>518</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

infatti viola il principio di leale cooperazione tra Stati membri e Unione previsto all'art. 4.3 TUE, in virtù del quale gli Stati si astengono da qualsiasi misura che possa impedire la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, compresi quelli delle direttive. L'art 14 co. 5-ter, prevedendo una pena detentiva, rallenta la stessa procedura di rimpatrio e, dunque, compromette l'obiettivo della direttiva di garantire una politica di rimpatrio efficace<sup>519</sup>.

Dottrina autorevole ha sottolineato l'utilizzo da parte della Corte del criterio interpretativo dell'effetto utile, che le ha permesso di estendere la portata della direttiva facendo leva sul "non detto"<sup>520</sup>.

La pena detentiva sarebbe disfunzionale all'obiettivo di rimpatriare lo straniero il più velocemente possibile: in questo modo la Corte ha confutato la tesi dello Stato italiano, secondo cui la sanzione penale sarebbe funzionale alla stessa procedura espulsiva<sup>521</sup>.

Da un tale percorso argomentativo sembrerebbe che la Corte abbia censurato la normativa italiana per motivi di tipo "efficientistico", in quanto inserire una pena detentiva all'interno della procedura di rimpatrio rallenterebbe l'obiettivo della direttiva di rendere tale procedura efficace<sup>522</sup>. In realtà l'argomento cardine, ma nascosto, su cui la Corte ha fondato la sua decisione è quello relativo alla tutela

---

<sup>519</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

<sup>520</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>521</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>522</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

dei diritti fondamentali dello straniero, in particolare la sua libertà personale<sup>523</sup>. Il trattenimento, così come disciplinato dagli art. 15 e 16 della direttiva, è la misura più restrittiva che gli Stati membri possono adottare nell'ambito della procedura di rimpatrio. La ratio di tali disposizioni può ragionevolmente individuarsi solo nella tutela della libertà personale dello straniero, quale diritto fondamentale. Di conseguenza gli art. 15 e 16 della direttiva ostano a quelle incriminazioni che permettano di irrogare pene detentive solo per non aver cooperato alla procedura di rimpatrio, tra cui rientra a pieno titolo l'art. 14 co. 5-ter d.lgs. 286/1998<sup>524</sup>.

#### **6.5. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per il delitto di cui all'art. 14 co. 5-ter.**

Come esaminato nel paragrafo 2 di questo capitolo, in base all'art. 267 TFUE le sentenze interpretative della Corte di Giustizia emanate in via pregiudiziale hanno valore erga omnes, vincolando tutti i giudici nazionali<sup>525</sup>. A tal proposito, nella medesima sentenza El Dridi, la Corte di Lussemburgo ricorda che da questo principio deriva un obbligo per tutti i giudici di disapplicare la normativa interna contrastante con la direttiva, così come interpretata dalla Corte. Il giudice interno, tuttavia, dovrà tenere conto, trattandosi di una norma incriminatrice, del principio

---

<sup>523</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>524</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>525</sup> L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 391; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 203.

di retroattività della legge sfavorevole, in quanto parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>526</sup>.

Conseguentemente, per quanto riguarda i processi pendenti al momento della sentenza El Dridi, il giudice penale italiano dovrà disapplicare l'incriminazione prevista all'art. 14 co. 5-ter, assolvendo i relativi imputati<sup>527</sup>. Ciò indipendentemente dalla data in cui sono stati emanati i provvedimenti amministrativi presupposto<sup>528</sup>: La corte di Giustizia, nella sentenza El Dridi, ha ricordato l'obbligo di disapplicazione della norma incriminatrice senza distinguere a seconda della data di emanazione dei provvedimenti amministrativi presupposto<sup>529</sup>. Precedentemente l'intervento della Corte, infatti, era sorto un contrasto sul se il giudice dovesse disapplicare gli ordini di allontanamento emanati prima della data di attuazione della direttiva, viziati di illegittimità sopravvenuta una volta trascorso inutilmente il termine di attuazione<sup>530</sup>.

Il giudice interno, dunque, deve assolvere gli imputati nei procedimenti in corso per l'art. 14 co. 5-ter. Ma con quale formula assolutoria?

A questo proposito, la dottrina distingue tra fatti di inottemperanza anteriori e posteriori al termine di attuazione, previsto per il 24 dicembre 2010. per i primi si

---

<sup>526</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

<sup>527</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>528</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit; L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 444-445.

<sup>529</sup> L. Cordì, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 444-445.

<sup>530</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

dovrebbe utilizzare la formula “il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato”, usuale in materia di abolitio criminis. In questo modo si indicherebbe che l’assoluzione è il risultato dell’applicazione retroattiva della nuova situazione normativa più favorevole<sup>531</sup>. In questo senso anche la Cassazione<sup>532</sup>, la quale ha assimilato la disapplicazione della norma incriminatrice per contrasto con il diritto UE ad una sorta di abolitio criminis ex art. 2 co. 2 c.p.<sup>533</sup>. In effetti, quest’ultimo non si riferisce espressamente all’abolitio criminis, ma parla di “fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato”. Mediante interpretazione estensiva, sarebbe sufficiente includere nel concetto di “legge” anche le norme UE dotate di effetto diretto<sup>534</sup>. Per i fatti di inottemperanza posteriori alla data di attuazione si ritiene opportuno assolvere con la formula “perché il fatto non sussiste”. Dalla data di attuazione infatti il reato di cui all’art. 14 co. 5-ter risulta inapplicabile<sup>535</sup>.

Altra parte della dottrina, pur condividendo le conclusioni sopra riportate circa le formule assolutorie da utilizzare, sostiene che non ci si trovi di fronte ad un fenomeno assimilabile all’abolitio criminis, con conseguente applicazione dell’art. 2 co. 2 c.p. Quest’ultimo infatti pone un criterio di risoluzione dei contrasti normativi di tipo cronologico, per sua natura impiegabile solo riguardo

---

<sup>531</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, cit.

<sup>532</sup> Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 22105, Tourghi.; Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 24009, Trajkovic.

<sup>533</sup> Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 22105, Tourghi, cit.

<sup>534</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, cit.

<sup>535</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, cit.

ad antinomie tra norme dello stesso livello gerarchico<sup>536</sup>. Come abbiamo visto, In base all'art. 11 Cost. le norme UE sono gerarchicamente superiori rispetto alla legge ordinaria. In caso di contrasto tra norma comunitaria e interna, la conseguenza non è l'eliminazione della norma, bensì la sua disapplicazione nel caso concreto<sup>537</sup>. Detto altrimenti, il contrasto incide nell'applicazione della norma interna, non sulla sua validità intrinseca. Conseguentemente non può essere utilizzato il criterio cronologico previsto all'art. 2 co. 2: risulta obbligata un'interpretazione restrittiva del termine "legge", in modo da non comprendere la norma UE dotata di effetto diretto, proprio perché posta ad un livello superiore nella gerarchia delle fonti. Il giudice italiano, a meno che non vi sia un successivo intervento abolitivo del legislatore, dovrà assolvere (e revocare le sentenze di condanna passata in giudicato, come si vedrà nel prossimo paragrafo) facendo riferimento al principio superiore di retroattività della *lex mitior*<sup>538</sup>. Quest'ultimo trova espressione in varie fonti internazionali e comunitarie: art. 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici; art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella sentenza Scoppola della Corte EDU, nella sentenza El Dridi della Corte di Giustizia.

Altra ipotesi interpretativa proposta dalla dottrina prevede di ricondurre il fatto di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore all'art. 650 c.p. o all'art. 10-bis TU, i quali prevedono rispettivamente la contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e di illecito ingresso e permanenza nel territorio dello Stato. Si tratterebbe dunque di un fenomeno di *abrogatio sine abolitione*:

---

<sup>536</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 212 e ss.

<sup>537</sup> Corte Cost., 5/06/1984, n. 170, Granital, cit.

<sup>538</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 215-216.

l'art 14 co. 5-ter sarebbe norma speciale rispetto a quelle generali previste agli art. 650 e 10-bis. Conseguentemente la disapplicazione della prima comporterebbe la riespansione delle seconde, escludendo dunque la stessa abolitio criminis e l'applicazione degli art. 2 co. 2 c.p. e 673 c.p.p.<sup>539</sup>. tutto ciò a tenendo fermo il divieto di pene detentive all'interno della procedura di rimpatrio in conseguenza della mera inosservanza all'ordine di allontanamento del questore<sup>540</sup>

Ora, il rapporto di specialità con l'art. 650 deve essere escluso: tale norma è posta a tutela dell'ordine pubblico, igiene, sicurezza pubblica e giustizia, mentre l'art. 14 co. 5-ter, come chiarito dalla Corte Costituzionale<sup>541</sup>, protegge l'interesse al controllo dei flussi migratori. Conseguentemente non può sussumersi la condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore nell'art. 650 c.p.<sup>542</sup>.

Per quanto riguarda l'art. 10-bis, è sufficiente sottolineare che non risulta in contrasto con la direttiva, poiché prevede una mera sanzione pecuniaria non detentiva<sup>543</sup>.

---

<sup>539</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>540</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

<sup>541</sup> Corte Cost., 22/01/2007, n. 22.

<sup>542</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>543</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

## **6.6. Gli effetti della sentenza El Dridi sui procedimenti in corso per reati diversi da quelli di cui all'art. 14 co. 5-ter.**

Per quanto riguarda i procedimenti in corso per reati diversi da quelli di cui all'art. 14 co. 5-ter, occorre distinguere. Circa il reato di inottemperanza reiterata dell'ordine di allontanamento del questore, di cui all'art. 14 co. 5-quater, la Cassazione ha esteso gli effetti della sentenza El Dridi. L'articolo sanziona il fatto con la reclusione da 1 a 5 anni, palesemente in contrasto con la direttiva<sup>544</sup>. Conseguentemente anche il co. 5-quater dovrà essere disapplicato a prescindere dalla data del provvedimento amministrativo presupposto, con estensione delle medesime conclusioni cui siamo pervenuti nel precedente paragrafo<sup>545</sup>.

Per quanto riguarda gli art. 13 co. 13 e 13-bis TU, che sanziona con la reclusione lo straniero già espulso che ritorni in Italia in violazione del divieto di reingresso, non ci sono contrasti con gli art. 15 e 16 della direttiva. Nonostante tali articoli prevedano la pena della reclusione, la condotta dell'illecito reingresso è diversa da quella in esame. Semmai il contrasto può esserci con l'art. 11 della direttiva, il quale stabilisce una disciplina del reingresso in molti punti divergente con quella italiana<sup>546</sup>.

Per quanto attiene all'art. 10-bis TU, che prevede la contravvenzione di ingresso e permanenza illegali nel territorio dello Stato, la dottrina nega che ci possa essere un contrasto con gli art. 15 e 16 della direttiva. Quest'ultimi infatti vietano la

---

<sup>544</sup> Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 1594, Sadiki.

<sup>545</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>546</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

previsione di pene detentive, non di qualunque sanzione penale. L'art. 10-bis, invece, si limita a stabilire una pena pecuniaria<sup>547</sup>.

### **6.7. Gli effetti della sentenza El Dridi sulle sentenze di condanna definitive per i delitti di cui all'art. 14 co. 5-ter.**

Per quanto riguarda le sentenze di condanna irrevocabili per i delitti di cui all'art. 14 co. 5-ter, è necessario muovere da quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza El Dridi: il giudice interno, nel disapplicare tale articolo, dovrà tenere conto del principio di applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>548</sup>. Come sottolineato dalla dottrina, l'affermazione non può essere circoscritta ai soli procedimenti in corso, bensì estesa anche alle sentenze definitive. Ergo il riferimento della Corte di Giustizia è al principio costituzionale della retroattività della legge penale favorevole, non alle singole norme del codice penale che attuano tale principio, come ad esempio l'art. 2 co. 4<sup>549</sup>.

Ora, il problema delle sentenze definitive di condanna va affrontato in termini diversi a seconda che si ritenga che la sentenza El Dridi abbia determinato una sopravvenuta irrilevanza penale del fatto di inottemperanza all'ordine del questore

---

<sup>547</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>548</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

<sup>549</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 218.

oppure che la condotta possa rientrare in altre norme incriminatrici, come ad es. l'art. 650 c.p. e/o l'art. 10-bis.

Nel primo caso è rilevante l'art. 673 c.p.p., il quale prevede la revoca del giudicato nel caso di abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ma non nell'ipotesi in cui quest'ultima sia incompatibile con il diritto dell'Unione Europea<sup>550</sup>. Nel secondo capitolo si è visto che la ratio dell'art. 673 c.p.p. si ritrova negli art. 2 co. 2 c.p. e 30 co. 4 l. 11/03/1953 n. 87: se per un fatto, previsto dalla legge come reato al tempo della commissione, è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato e, successivamente, interviene una legge che abroga la norma incriminatrice o ne viene dichiarata l'illegittimità costituzionale, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali<sup>551</sup>.

Questione preliminare, dunque, è stabilire se l'ipotesi in esame sia assimilabile o meno al fenomeno dell'abolitio criminis. In entrambi i casi la risoluzione del problema ruota attorno all'art. 673, ma con notevoli differenze di approccio.

Secondo una prima teoria, seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, l'incompatibilità della norma incriminatrice con il diritto UE è ipotesi simile a quella dell'abolitio criminis, benché distinte. Attraverso un'interpretazione estensiva sarebbe possibile ricondurre l'ipotesi nell'ambito di applicazione dell'art. 2 co. 2, il quale disciplina non il fenomeno dell'abolitio criminis, bensì

---

<sup>550</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>551</sup> D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 280; G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 215; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, cit., p. 276; S. Giambruno, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, cit., p. 99; P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle relative problematiche*, cit., p. 777-778.

quello più ampio del “fatto che, in base ad una legge posteriore, non costituisce reato.”<sup>552</sup>.

Parte della dottrina, invece, sostiene che l’incompatibilità della norma incriminatrice con il diritto UE non possa essere assimilata al fenomeno dell’abolitio criminis disciplinato all’art. 2 co. 2, perché si tratta di norme di diverso livello gerarchico. La disciplina dell’art. 2 del codice penale, infatti, è applicabile ai soli contrasti tra norme poste nello stesso livello nella gerarchia delle fonti. Secondo questa teoria, dunque, non sarebbe possibile estendere il significato dell’inciso “legge posteriore” anche alle norme UE dotate di effetto diretto. Conseguentemente l’art. 2 co. 2 c.p. non può essere applicato<sup>553</sup>.

Nonostante le differenze circa l’inquadramento sistematico, entrambe le teorie sostengono che l’art. 673 c.p.p. sia lacunoso nella parte in cui non prevede la revoca del giudicato per disapplicazione della norma incriminatrice contrastante con il diritto UE<sup>554</sup>. Vengono proposte, dunque, due possibili soluzioni alternative: sollevare una questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca del giudicato per disapplicazione della norma incriminatrice divenuta incompatibile con il diritto UE, per contrasto con gli art. 3 e 117 Cost. Come parametro interposto verrebbe utilizzato il principio di retroattività della *lex mitior* di cui all’art. 7 CEDU, così come interpretato dalla

---

<sup>552</sup> Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 22105, Tourghi, cit; Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, cit.

<sup>553</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 212 e ss.

<sup>554</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, cit; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 218.

Corte EDU nella sentenza Scoppola<sup>555</sup>; oppure applicare analogicamente l'art. 673 c.p.p.<sup>556</sup>

A favore della prima soluzione vi è l'argomento secondo cui l'art. 673 avrebbe natura eccezionale rispetto al principio di intangibilità del giudicato. Conseguentemente non si potrebbe ricorrere all'analogia a causa del divieto ex art. 14 delle preleggi. In questo caso, tuttavia, in attesa dell'esito del giudizio di costituzionalità, il condannato continuerebbe a rimanere in carcere<sup>557</sup>.

A favore della seconda, il fatto che negli ultimi anni si è assistito ad una progressiva erosione del principio dell'intangibilità del giudicato, tale da mettere in discussione la natura eccezionale dei rimedi contro il giudicato. Basti pensare alla dichiarazione di incostituzionalità della circostanza aggravante oppure ai procedimenti in cui si è avuta una violazione dei principi CEDU<sup>558</sup>. In realtà è lo stesso art. 673 ad essere espressione del principio generale di retroattività della norma più favorevole, riconosciuto sia dal nostro ordinamento, sia dall'Unione Europea, sia dalla CEDU<sup>559</sup>.

---

<sup>555</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>556</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit; M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 218.

<sup>557</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>558</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>559</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 218.; Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

Inoltre la ratio dell'art. 673 c.p.p. può estendersi anche all'ipotesi qui esaminata: così come nelle ipotesi di abolitio criminis e di dichiarazione di illegittimità costituzionale, si tratta di evitare che un condannato continui a scontare una pena rispetto ad un fatto che non costituisce più reato<sup>560</sup>.

Inoltre è la stessa Cassazione ad essersi già orientata prima della sentenza El Dridi verso l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., in materia di marchio SIAE. In quella pronuncia la prima sezione sostenne che l'ipotesi della disapplicazione della norma incriminatrice per contrasto con una pronuncia della Corte di Giustizia è assimilabile a quelle previste espressamente dall'art. 673 c.p.p. Si tratta di una sorta di abolitio criminis, non di mero mutamento giurisprudenziale<sup>561</sup>.

Inoltre, in attesa che il giudice dell'esecuzione revochi la sentenza ex art. 673 c.p.p., vi sarebbe la possibilità di applicare analogicamente l'art. 672 co. 3 c.p.p., il quale consente al p.m. di disporre provvisoriamente la liberazione del condannato detenuto prima che intervenga il provvedimento definitivo di amnistia e indulto<sup>562</sup>.

Altra ipotesi ricostruttiva è quella per cui la condotta di inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento continui ad essere qualificata come reato ai sensi

---

<sup>560</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>561</sup> Cass. Pen. Sez. I, 20/01/2011, n. 16521, Titas Luca.

<sup>562</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit. e L. Cordi, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, cit., p. 451, i quali fanno riferimento alla posizione espressa dalla Procura Generale di Torino.

dell'art. 650 c.p.<sup>563</sup>. In questo caso, tuttavia, è da tenere presente il principio espresso dalla Corte di Giustizia, in base al quale non è possibile applicare una pena detentiva in conseguenza della mera inosservanza all'ordine del questore<sup>564</sup>. Di conseguenza sarebbe inapplicabile la pena dell'arresto fino a tre mesi, residuando solo l'ammenda fino a 206 euro. In questa eventualità, saremmo di fronte all'ipotesi in cui, successivamente alla condanna, intervenga una legge che modifica la pena da detentiva a esclusivamente pecuniaria: sarebbe possibile applicare analogicamente l'art. 2 co. 3 c.p., in modo che il giudice possa rideterminare la pena ai sensi dell'art. 135 c.p. Una tale ipotesi, tuttavia, condurrebbe ad esiti paradossali, visto che si applicherebbe una multa pari a 250 euro al giorno, palesemente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto<sup>565</sup>.

#### **6.8. la nuova formulazione dell'art. 14 co. 5-ter.**

Precedentemente si è detto che l'incompatibilità della norma interna con il diritto UE non determina il suo annullamento, bensì la sua semplice disapplicazione. La norma interna rimane valida, ma non può essere applicata dal giudice al caso concreto, rimanendo in uno stato di quiescenza. Di conseguenza potrebbe ritornare efficace nel caso in cui venisse abrogata la normativa europea che determina il contrasto. Nonostante la disapplicazione, quindi, lo Stato membro

---

<sup>563</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>564</sup> Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi, cit.

<sup>565</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

ha l'obbligo di provvedere all'abrogazione o alla modifica della norma interna<sup>566</sup>.

A favore di questa conclusione è orientata la Corte di Giustizia, secondo la quale la permanenza della norma contrastante col diritto dell'Unione determina incertezza sulla possibilità di invocare lo stesso diritto comunitario<sup>567</sup>.

Ora, la direttiva rimpatri, così come interpretata dalla sentenza El Dridi, impedisce di sanzionare con pena detentiva la mera condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore. Non osta, invece, con la direttiva la previsione di sanzioni penali di carattere pecuniario<sup>568</sup>.

Ciò considerato, il Governo italiano emanò il decreto legge 23 giugno 2011 n. 89, successivamente convertito senza sostanziali modifiche nella l. 2 agosto 2011 n. 129, con il quale sostituì la pena detentiva prevista dall'art. 14 co. 5-ter (e quater) con la pena pecuniaria della multa. Tuttavia il decreto non prevede l'abrogazione espressa della precedente norma incriminatrice, la quale tra l'altro mantiene invariata la sua struttura. Il problema, dunque, consiste nello stabilire se la modifica apportata all'art. 14 co. 5-ter sia un'ipotesi di successione di leggi penali meramente modificative, con conseguente applicazione dell'art. 2 co. 3-4 c.p., oppure un'abolitio criminis rilevante ai sensi dell'art. 2 co. 2, con conseguente revoca delle condanne passate in giudicato ex art. 673 c.p.p.<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 210.

<sup>567</sup> Corte di Giustizia, 24/03/1988, C-104/86, Commissione c. Italia.

<sup>568</sup> Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>569</sup> M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., p. 223-225.

Sul punto la Cassazione sostiene che le due formulazioni dell'art. 14 co. 5-ter, pre e post-riforma, non si pongono in un rapporto di continuità normativa, configurandosi un'abolitio criminis rilevante ai sensi dell'art. 2 co. 2 c.p.<sup>570</sup>.

---

<sup>570</sup> Cass. Pen. Sez. I, 23/09/2011, n. 36446.





## ***Bibliografia***

E. Anselmi, *Abolitio criminis non rilevata dal giudice della cognizione: giudicato e pena illegale*, in *Dir. Pen. e processo*, 2017, (nota a sentenza Sez. Un. 29/10/2015 n. 26259 Mraidi).

F. Bailo, *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte Costituzionale: illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giur. It.*, 2010.

S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, CEDAM, 2003.

Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, ed. II, 2011.

F. Carnelutti, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, 1950.

G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, ed. V, 2002.

Cellaioli-Cerese, *Il testo unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione*, in LP 1999.

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 1950.

F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992.

Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, 2003.

- L. Cordi, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale e processuale*, Giuffrè, 2011.
- V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, CEDAM, 1984.
- L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, ed. V, 2014.
- M. Daniele, *Norme Processuali Convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cassazione Penale*, 2015.
- G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004.
- Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1950.
- L. Degl'Innocenti, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013.
- Degl'Innocenti-Tovani, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante della clandestinità*, nota a sentenza, in *dir. pen e proc.*, 2010.
- Direttiva 2008/115/CE, 16/12/2008.
- P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle relative problematiche*, CEDAM, ed. IV, 2000.
- P. Di Ronza, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, CEDAM, ed. V, 2003.
- Fiandaca-Musco, *Diritto Penale parte generale*, Giappichelli, ed. VIII, 2019.
- Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, Giuffrè, ed. III, 2016.
- M. Gallo, *la legge penale*, Giappichelli, 1965.
- M. Gallo, *La legge penale*, Giappichelli, 1999.
- M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, ed. 2013.

- G.L. Gatta, *Abolito criminis e successione di norme integratrici: tra teoria e prassi*, Giuffrè, 2008.
- G. Gatta, *Inottemperanza del “clandestino” all’ordine di esibire i “documenti” davvero abolito criminis?*, in DPP, 2011.
- S. Giambruno, *Lineamenti di diritto dell’esecuzione penale*, Giuffrè, 2001.
- P. Gianniti, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015.
- R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998.
- R. Guastini, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2010.
- G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, 1971.
- G. Leone, *Il mito del giudicato*, in Riv. it. dir. proc. pen., p. 197, 1996.
- R. E. Kostoris, *manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, ed. IV, 2019.
- F. Mantovani, *Diritto Penale*, CEDAM, ed. XI, 2020.
- Marinucci-Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Giuffrè, ed. X, 2020.
- Masera-Viganò, *Inottemperanza dello straniero all’ordine di allontanamento e “direttiva rimpatri” UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2010.
- Masera-Viganò, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2011.
- O. Mazza, *La norma processuale nel tempo*, Giuffrè, 1999.

- B. Nacar, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, CEDAM, 2017.
- 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 DPC, 2012.
- T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2. 2 e 3 comma, c.p.*, in RIDPP, p. 1360, 1982.
- T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, ed. XI, 2018.
- F. Palazzo, *Corso di Diritto Penale parte generale*, Giappichelli, ed. VIII, 2021.
- Patto internazionale sui diritti civili e politici, 1966.
- V. Paziienza, *La cedevolezza del giudicato nelle ipotesi di condanna per fatti successivi all'abrogazione della norma incriminatrice*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.
- M. Petrone, *L'abolitio criminis*, Giuffrè, 1985.
- C. Podo, *Successione di leggi penali*, in NDI, p. 643 e ss., XVIII.
- D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Giappichelli, ed. IX, 2021.
- Relazione del Guardasigilli Rocco al Progetto del codice penale, Lav. Prep., V, I, 1929.
- M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, ed. I, 1995.

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 DPC, 2015.

A. Scalfati, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1996.

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 straniere* (a cura di L. KALB), p. 232, Torino 2009.

M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Giuffrè, 1969.

Strozzi-Mastroianni, *Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, ed. VII, 2016.

G. Tesauro, *diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, ed. VII, 2012.

Vassalli, *Successione di più leggi eccezionali*, in RIDP, p. 229, 1943.

F. Viganò, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.

F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.

D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, 2009.

U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, ed. VI, 2020.

Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 1971.

S. Zirulia, *Quale sorte per le sentenze che hanno applicato l'aggravante di clandestinità?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010.





## *Indice della giurisprudenza*

### *Corte di Giustizia dell'Unione Europea*

Corte di Giustizia, 5/02/1963, C-26/62, Van Gend en Loos.

Corte di Giustizia, 15/07/1964, C-6/64, Costa c. Enel.

Corte di Giustizia, 13/07/1972, C-48/71, Commissione c. Italia.

Corte di Giustizia, 9/03/1978, C-106-77, Simmenthal.

Corte di Giustizia, 5/04/1979, C-148/78, Ratti.

Corte di Giustizia, 8/10/1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen.

Corte di Giustizia, 24/03/1988, C-104/86, Commissione c. Italia.

Corte di Giustizia, 31/01/1991, C-18/90, Kziber.

Corte di Giustizia, 19/11/1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich.

Corte di Giustizia, 26/09/1996, C-168/95, Arcaro.

Corte di Giustizia, 8/10/1996, Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer.

Corte di Giustizia, 6/06/2000, C-281/98, Angonese.

Corte di Giustizia, 7/01/2004, C-201/02, Wells.

Corte di Giustizia, 5/10/2004, Cause riunite da C-397/01 a 403/01, Pfeiffer.

Corte di Giustizia, 4/07/2006, C-212/04, Adeneler.

Corte di Giustizia, 28/04/2011, C-61/11 PPU, El Dridi..

Corte di Giustizia, 14/03/2013, C-420/11, Leth.

Corte di Giustizia UE, 8/09/2015, Taricco.

Corte di Giustizia, 8/11/2016, C-554/14, Ognyanov.

## ***Corte Europea dei Diritti dell'Uomo***

Corte EDU, 22/06/2000, Coeme e a. c. Belgio.

Corte EDU, 27/03/2003, Scordino c. Italia

Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia.

C. EDU, Grande Camera, 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna.

C. EDU, sez IV, 14/04/2015, Contrada c. Italia.

C. EDU, sez II, 31/12/2019, Parmak e Bakir c. Turchia.

Corte EDU, 18/02/2020, Jidic c. Romania.

Corte EDU, Grande Camera, 29/05/2020, Parere consultivo richiesto dalla Corte costituzionale dell'Armenia.

## ***Corte Costituzionale***

Corte Cost., 5/06/1956, n. 1.

Corte Cost., 24/02/1964, n. 14, Costa-Enel.

Corte Cost., 27/04/1967, n. 58.

Corte Cost., 2/04/1970, n. 49.

Corte Cost., 27/12/1973, n. 183, Frontini.

Corte Cost., 5/04/1974, n. 107.

Corte Cost., 4/07/1974, n. 204.

Corte Cost., 30/10/1975, n. 232, Industrie Chimiche.

Corte Cost, 10/01/1978, n. 6.

Corte Cost, 20/05/1980, n. 74.

Corte Cost., 5/06/1984, n. 170, Granital.

Corte Cost, 22/2/1985, n. 51.

Corte Cost., 25/03/1996, n. 96.

Corte Cost., 8/04/1996, n. 96.

Corte Cost., 23/11/2006, n. 394.

Corte Cost., 22/01/2007, n. 22.

Corte Cost., 13/07/2007, n. 284.

Corte Cost., 24/10/2007, n. 348.

Corte Cost., 24/10/2007, n. 349.

Corte cost., 2/04/2009, n. 97.

Corte Cost., 16/11/2009, n. 311.

Corte Cost., 4/06/2010, n. 196.

Corte Cost., 25/01/2010, n. 28.

Corte Cost., 5/07/2010, n. 249.

Corte Cost., 5/07/2010, n. 250.

Corte Cost., 22/07/2011, n. 236.

Corte Cost., 12/10/2012, n. 230.

Corte Cost., 23/05/2012, n. 230.

Corte Cost., 15/11/2012, n. 251.

Corte Cost., 3/07/2013, n. 210.

Corte Cost, 18/07/2013, n. 210.

Corte Cost., 26/01/2017, n. 24.

Corte Cost., 7/04/2017, n. 68.

Corte Cost., 12/10/2017, n. 215.

Corte Cost., 31/05/2018, n. 115.

Corte Cost., 20/02/2019, n. 63.

Corte Cost., 26/02/2020, n. 32.

### ***Corte di Cassazione***

Cass. Pen. Sez. V, 25/01/1968, n. 296, Manenti.

Cass. Pen. Sez. V, 26/6/1978, n. 285.

Cass. Pen. Sez. V, 21/06/1985, n. 6676, Bossa.

Cass. Pen. Sez. Un., 20/06/1990.

Cass. Pen. Sez. V, 15/05/1992, Trossarello.

Cass. Pen. Sez. III, 25/06/1995, n. 1453, De Cristofaro.

Cass. Sez. Un., 19/06/1996, n. 6816, Timpani.

Cass. Pen. Sez. IV, 26/02/1997, Lanotte

Cass. Pen. Sez. I, 16/12/1997, Karomi, n. 7058.

Cass. Pen. Sez. Un., 28/01/1998, n. 2, Maiolo.

Cass. Pen. Sez. V, 24/06/1998, Ottaviano.

Cass. Pen. Sez. I, 4/11/1999, n. 13562, Lecheheb.

Cass. Pen. Sez. I, 9/11/1999, n. 14002, Fathi.

Cass. Pen. Sez. I, 11/11/1999, n. 14008, Karim.

Cass. Pen. Sez. I, 16/06/2000, n. 8095, Osagie Blessing.

Cass. Pen., 11/07/2000, Battistella, CED 217089.

Cass. Pen. Sez. I, 16/02/2001, n. 14084, El Rhalmi.

Cass. Pen. Sez. VI, 19/04/2001, n. 33859, Lenoir.

Cass. Pen. Sez. VI, 27/06/2001, n. 29142, Jalal Mohamed.

Cass. Pen. Sez. I, 26/09/2001, n. 38377, Chalgom.

Cass. Pen. Sez. III, 15/01/2002, CED 221692.

Cass. Pen. Sez. III, 16/02/2002, n. 7667, Congedo.

Cass. Pen., 30/09/2002, Marolla.

Cass. Pen. Sez. I, 14/02/2003, n. 10220, Ben Giuti Ramzi.

Cass. Pen. Sez. IV, 28/02/2003, n. 14863, Margean.

Cass. Pen. Sez. Un., 26/03/2003, n. 25887, Giordano.

Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2003, n. 45801, Mesky.

Cass. Pen. Sez. V, 5/04/2004, n. 26859, Mazzoleni.

Cass. Pen. Sez. I, 17/02/2005, n. 13404, Spadola.

Cass. Pen. Sez. I, 11/03/2005, n. 13039, Santonocito.

Cass. Pen. Sez. Un., 20/12/2005, n. 4687, Catanzaro.

Cass. Pen. Sez. Un., 30/05/2006, n. 24561.

Cass. Pen., 15/06/2006, Terzoli, CED 235322.

Cass. Pen. Sez. I, 11/07/2006, n. 27121, Aliseo.

Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2007, Kamis Hamada.

Cass. Pen. Sez. Un., 27/09/2007, n. 2451, Magera.

Cass. Pen., 19/10/2007, Melandri, CED 237969.

Cass. Pen. Sez. Un., 28/02/2008, n. 19601, Niccoli.

Cass. Pen. Sez. Un., 26/02/2009, Rizzoli.

Cass. Pen. Sez. I, 16/04/2009, n. 16973, Kabir.

Cass. Pen. Sez. IV, 4/06/2009, n. 32932, Simioni.

Cass. Pen. Sez. II, 7/07/2009, n. 35079, Sylla.

Cass. Pen. Sez. I, 23/09/2009, n. 44157, Calmus.

Cass. Pen. Sez. IV, 19/01/2010, n. 12406, Raggiunti.

Cass. Pen. Sez. Un., 21/01/2010, n. 18288, Beschi.

Cass. Pen. Sez. IV, 21/02/2010, n. 7322.

Cass. Pen. Sez. Un., 25/02/2010, Caligo.

Cass. Pen. Sez. I, 11/03/2010, n. 12511, Lucky.

Cass. Pen. Sez. III, 13/10/2010, n. 40923.

Ordinanza di rimessione Cass. Pen. Sez. I, 11/11/2010.

Cass. Pen. Sez. VI, 17/11/2010, n. 40836.

Cass. Pen. Sez. III, 3/12/2010, n. 1857, Ben Ali.

Cass. Pen. Sez. I, 20/01/2011, n. 16521, Titas Luca.

Cass. Pen. Sez. Un., 24/02/2011, n. 16453, Alacev.

Cass. Pen. Sez. V, 29/03/2011, n. 27222.

Cass. Pen. Sez. IV, 20/04/2011, n. 22174.

Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 1594, Sadiki.

Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 22105, Tourghi.

Cass. Pen. Sez. I, 28/04/2011, n. 24009, Trajkovic.

Cass. Pen. Sez. I, 23/09/2011, n. 36446.

Cass. Pen. Sez. I, 27/10/2011, n. 977, Hauoho.

Cass. Pen. Sez. I, 6/12/2011, n. 1000, Bolla Diope.

Cass. Pen. Sez. I, 21/12/2011, n. 545, Bahoujabour.

Cass. Pen. Sez. I, 11/01/2012, n. 25040, Eddamir.

Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2012, n. 27640, Hamrouni.

Cass. Pen. Sez. I, 2/02/2012, n. 6539, Jabir.

Cass. Pen. Sez. I, 9/02/2012, n. 35851, El Hajjaj.

Cass. Pen. Sez. I, 24/02/2012, n. 19361, Teteh Assic.

Cass. Pen. Sez. I, 9/03/2012, n. 11505, Eze Ike.

Cass. Pen. Sez. I, 13/03/2012, n. 12237, Soigahi..

Cass. Pen. Sez. I, 3/04/2012, n. 15168, Thiam.

Cass. Pen. Sez. I, 25/05/2012, n. 26889, Harizi.

Cass. Pen. Sez. I, 24/10/2012, n. 44534, Asccone.

Cass. Pen. Sez. I, 21/01/2013, n. 13411, Arpaia.

Cass. Pen. Sez. III, 19/09/2013, n. 44188, Varga.

Cass. Pen. Sez. Un., 24/10/2013, n. 18821, Ercolano.

Cass. Pen. Sez. Un., 29/05/2014, n. 42858, Gatto.

Cass. Pen. Sez. I, 4/07/2014, n. 34153, Angelo Gomes.

Cass. Pen. Sez. I, 4/07/2014, n. 34154, Torpano.

Cass. Pen. Sez. I, 19/01/2015, n. 4461.

Cass. Pen. Sez. Un., 29/10/2015, n. 26259, Mraidi.

Cass. Pen. Sez. I, 3/02/2016, n. 37578.

Cass. Pen. Sez. II 18/02/2016, n. 21596.

Cass. Pen. Sez. I, 10/05/2016, n. 36079.

Cass. Pen. Sez. III, 25/05/2016, n. 14198, Di Giovanni.

Cass. Sez. VI, 16/05/2017, n. 31877.

Cass. Pen. Sez. III, 12/01/2018, n. 8421, Di Tondo.

Cass. Pen. Sez. V, 24/04/2018, n. 37587, Fabbrizzi.

Cass. Pen. Sez. V, 9/07/2018, n. 47510, Dilaghi.

Cass. Pen. Sez. II, 22/03/2019, n. 27816, Rovinelli.

### ***Corte d'Appello***

Ordinanza Corte d'Appello di Trento, 2/02/2011, n. 451, El Dridi.

### ***Tribunale***

Tribunale di Bologna, 16/10/2009.

Tribunale di Trieste, 23/12/2009, Niang.

Sentenza Gup del Tribunale di Pordenone, 24/03/2010.

Tribunale di Verona, ord., 27/07/2010, giud. Ferraro.

Tribunale di Milano, undicesima sez. penale, Ord., 26/01/2011, giud. Corbetta.

Ordinanza Trib. Torino, 27/06/2011, Diop.

Ordinanza Trib. Torino, 21/07/2011.

Ordinanza Trib. Torino, 30/01/2012, Amechi.

