

N. 534/2011 SIGE
N. 783/2011 SIEP
N. 3866/2010 R.G. Trib.
N. 16349/2010 R. G. N. R.



TRIBUNALE DI TORINO

TERZA SEZIONE PENALE

ORDINANZA DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO

e di remissione degli atti alla Corte Costituzionale

art. 23 e sgg. legge 23 marzo 1953, n. 87

Il Giudice, dr. Andrea Natale

Visti gli atti del procedimento di esecuzione penale in atto nei confronti di

DIOP MA, nato in Mali, il 30.04.1985 (CUI 041VIDC)
attualmente detenuto presso la Casa Circondariale di Torino

vista l'istanza formulata dal Pubblico Ministero con richiesta di provvedere in qualità di Giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., alla

revoca parziale della sentenza emessa in data 09.07.2010 dal Tribunale di Torino, irrevocabile il 09.03.2011 (con conseguente rideterminazione della pena inflitta) relativamente al solo capo B (avente ad oggetto la condanna dell'imputato per la violazione dell'art. 6, comma 3, D.lgs. n. 286/1998)

Ritenuto che la competenza spetti a questo giudice, quale giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 665 cpp, in quanto il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo;

Sentite le parti all'udienza del 27.06.2011, che hanno concordemente richiesto l'accoglimento del ricorso presentato dal Pubblico Ministero

OSSERVA

Il Giudice dell'esecuzione dubita della legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. e, pertanto, si rende necessaria la sospensione del procedimento, onde investire della questione la Corte Costituzionale.

1. Il procedimento di cognizione.

Come si evince da quanto riportato in epigrafe, il sig. DIOP Ma ha concordato ex art. 444 c.p.p. con il Pubblico Ministero l'applicazione della pena di mesi dieci di reclusione ed euro 2.200 di multa in relazione a due ipotesi di reato: capo A): violazione dell'art. 73, co. 5, D.P.R. n. 309/1990 (commesso in Torino, in data 11 giugno 2010); capo B) violazione dell'art. 6, co. 3, D.lgs. n. 286/1998 (commesso in Torino, in data 11 giugno 2010).

Per completezza di informazione, va detto che l'accordo sulla pena è determinato come segue:

- pena base per il capo A): anni 1 di reclusione ed euro 3.000 di multa;
- aumentata per la continuazione interna al capo A) ad anni 1 e mesi 2 di reclusione ed euro 3.200 di multa;
- aumentata per la continuazione con il capo B) ad anni 1 e mesi 3 di reclusione ed euro 3.300 di multa;
- ridotta per la scelta del rito: a mesi 10 di reclusione ed euro 2.200 di multa.

Il Giudice della cognizione ha quindi ratificato tale accordo sulla pena (riconoscendo il vincolo della continuazione tra le diverse ipotesi di reato in contestazione) emettendo la sentenza del 09.07.2010.

All'udienza del 09.03.2011, la Settima Sezione della Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso "perché non sono stati indicati i motivi a sostegno dell'impugnazione, se non la generica lamentela della violazione dell'art. 606 lett. c) c.p.p." (C.Cass., Sez. settima, ord. 09.03.2011, n. 27296/2011, depositata in data 12.07.2011).

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale.

Come noto, l'art. 6, co. 3, D.lgs. n. 286/1998 è stato novellato dalla Legge 15 luglio 2009, n. 94. Il testo originario prevedeva che

"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 è punito con l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a euro 413".

A seguito della modifica la norma incriminatrice ora prevede che:

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

Dopo l'entrata in vigore della novella, è sorta questione in merito all'applicabilità di tale fattispecie incriminatrice ai cittadini di Paesi terzi non provvisti di permesso di soggiorno. Alcune opinioni, in dottrina, ritenevano che la novella avesse comportato una parziale *abolitio criminis* della fattispecie contestata al sig. Diop che –secondo detta prospettiva interpretativa- doveva ritenersi indirizzata esclusivamente ai cittadini di Paesi terzi regolarmente dimoranti sul territorio nazionale (essendo previsto per gli stranieri irregolarmente dimoranti un diverso regime di incriminazione).

Nelle sue prime decisioni, la Corte di Cassazione ha però escluso che fosse intervenuta una *abolitio criminis* parziale (con richiami alla precedente sentenza delle Sezioni Unite n. 45801 del 29/10/2003, ric. Mesky, CED Rv. 226102). Si menzionano, a mero titolo di esempio:

Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 1857 del 03/12/2010, ric. Ben Ali, Ced Rv. 249310

La fattispecie criminosa di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato, introdotta dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, *non ha abrogato*, né esplicitamente né implicitamente, il reato di omessa esibizione, senza giustificato motivo, dei documenti identificativi, previsto dall'art. 6, comma terzo, D.Lgs. n. 286 del 1998. (In motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che le due fattispecie penali possono concorrere tra loro).

Cass. Pen. Sez. 1, Sentenza n. 44157 del 23/09/2009, ric. PG in proc. Calmus, Ced Rv. 245555

È esigibile nei confronti dello straniero, che pure abbia fatto ingresso irregolare nel territorio dello Stato, salvo che ricorra un giustificato motivo, l'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione o dei documenti di soggiorno e ciò pur dopo la novella della disposizione incriminatrice ad opera dell'art. 1, comma 22 lett. b), L. n. 94 del 2009.

Senonché –a seguito di un dubbio sollevato dalla Prima sezione Penale della S.C.- le Sezioni Unite hanno affermato il principio esattamente opposto, determinando un significativo *révirement* giurisprudenziale.

Cass. Pen. Sez. U, Sentenza n. 16453 del 24/02/2011, ric. PM in proc. Alacev, Ced Rv. 249546

Il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o dell'attestazione della regolare presenza nel territorio dello Stato è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, e non anche degli stranieri in posizione irregolare, a seguito della modifica dell'art. 6, comma terzo, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recata dall'art. 1, comma ventiduesimo, lett. h), L. 15 luglio 2009, n. 94, che ha comportato una "*abolitio criminis*", ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod. pen., della preesistente fattispecie per la parte relativa agli stranieri in posizione irregolare

Da segnalare che le Sezioni Unite –nel rendere note le ragioni del *révirement*- hanno sviluppato un complesso apparato argomentativo. La motivazione, da un lato, prende in esame le ragioni dell'orientamento sostenuto dalle due decisioni di segno contrario sopra menzionate; dall'altro lato, affronta una puntuale esegesi della norma, diffondendosi anzitutto sulle ragioni "*grammaticali*" (prima ancora che giuridiche) che giustificavano il principio di diritto appena riportato; ragioni grammaticali –quali il valore della congiunzione "e", in funzione disgiuntiva ovvero copulativa- che sono state interpretate anche alla luce "dell'analisi testuale del dettato normativo *nel suo sviluppo diacronico* (rispetto al precedente testo) e *sincronico* (rispetto alle coppie alternative poste all'interno delle due categorie di documenti" menzionate nella norma incriminatrice".

Per rafforzare il proprio argomentare, le Sezioni Unite hanno quindi richiamato un precedente (e per certi versi analogo) conflitto interpretativo insorto sulla corretta interpretazione da dare all'art. 357 c.p. a seguito della novella del 1990 (conflitto risolto – anche in quel caso- dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 7958 del 27.03.1992, ric. Delogu). Per completare il ragionamento sviluppato per ricostruire l'esatta interpretazione della norma, le Sezioni unite, nella sentenza Alacev, hanno infine fatto ricorso alla ricostruzione dell'intenzione del legislatore (richiamando gli Atti parlamentari –Senato della Repubblica – n. 733-A, pag. 7).

3. L'incidente di esecuzione relativo al sig. Diop.

Il provvedimento con cui –in data 09.03.2011- è stato dichiarato inammissibile il ricorso per Cassazione del sig. Diop non ha potuto tenere conto della decisione delle Sezioni Unite, non essendo ancora state pubblicate le motivazioni della stessa.

Si badi: la Settima sezione –nel trattare l'impugnazione del sig. Diop- ben avrebbe potuto assolvere l'imputato, anche in caso di ricorso inammissibile; il principio –già affermato più volte dalla giurisprudenza- è stato recentemente ribadito dalla S.C. nella sentenza

Cass. pen., sez. I, 28.4.2011 (dep. 1.6.2011), n. 22105, pres. Di Tomassi, rel. Caprioglio, ric. P.M. in proc. Tourghi, in cui si afferma che –pur in presenza

di cause di inammissibilità del ricorso-

“fin tanto che il giudicato formale non si sia formato, spetta al giudice della cognizione prendere atto della intervenuta *abolitio criminis* e annullare la condanna per fatto divenuto privo di rilievo penale”; la *ratio* che sorregge tale assunto si fonda sul fatto che –diversamente opinando- si avrebbe il caso di una decisione il cui effetto consisterebbe nel rendere «definitiva» una sentenza di condanna destinata, immediatamente dopo, ad essere revocata.

Se, dunque, la Settima Sezione della Corte di Cassazione avesse percorso la strada indicata dalle Sezioni Unite, la sentenza di applicazione pena emessa nei confronti del sig. Diop sarebbe stata annullata, limitatamente alla decisione intervenuta per il capo B), ossia per il capo della sentenza di cui il PM chiede la revoca nel precedente incidente di esecuzione.

Va –a questo punto- posto nella giusta evidenza che questo Giudice dell'Esecuzione si trova a condividere pienamente la decisione resa dalle Sezioni Unite nel caso Alacev ed intende quindi adeguarsi all'indicazione che la S.C. ha offerto alla giurisprudenza nel massimo esercizio della sua funzione nomofilattica.

Sennonché, come evidente dalla disamina che precede, il caso in esame non è perfettamente riconducibile al fenomeno dell'*abolitio criminis*, perché la sentenza di applicazione pena emessa nei confronti del sig. Diop è relativa ad un fatto storico e ad una fattispecie di reato (art. 6, co. 3, D.lgs. n. 286/1998) che –al momento della commissione del reato e al momento di emissione della sentenza- era già formulata negli stessi termini in cui essa è oggi in vigore.

E, quindi, nel caso in esame, non si è di fronte ad un fenomeno di *successione nel tempo di leggi* (intese come *fonti formali*), bensì ad un fenomeno di successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali di una determinata fonte formale.

In altri termini, il PM sollecita la revoca parziale della sentenza sulla base di una *abolitio criminis* che troverebbe la sua fonte –non già in una successione di fonti, bensì- in un *mutamento giurisprudenziale*.

Ciò che, tuttavia, non risulta praticabile alla luce del testo dell'art. 673 c.p.p., posto che:

- (1) tale ipotesi non risulta contemplata dall'art. 673 c.p.p.;
- (2) non risulta possibile –in un caso come quello in esame- dare interpretazioni analogiche dell'art. 673 c.p.p. (cfr. Corte Cost., sentenza n. 96/1996, p.to 6 considerato in diritto: «gli interventi *in executivis* sulla pronuncia del giudice della cognizione costituiscono l'espressione di un potere eccezionalmente conferito dalla legge e, come tale, non suscettibile di applicazione analogica»); per inciso, si segnala che il caso risulta differente dall'ipotesi –recentemente considerata dalla Corte di Cassazione- di estensione analogica dell'ambito di applicazione dell'art. 673 c.p.p. in conseguenza di accertato contrasto tra norme incriminatrici di diritto interno e norme comunitarie dotate di effetto diretto (Cfr.

Cass. Pen., sez. I, sentenza del 20.1.2011 n. 16521, est. Siotto, ric. Titas Luca che, però, fonda la decisione sul carattere autoritativo –paragonabile allo *jus superveniens*, cfr. Corte Cost. ord. n. 241/2005- che assume nel nostro ordinamento una sentenza della Corte di Giustizia).

Se ciò è vero – e se non sono possibili interpretazioni analogiche- si determinerebbe inevitabilmente il rigetto della richiesta formulata dal Pubblico Ministero. È infatti noto l’orientamento giurisprudenziale –che non risulta smentito da decisioni di segno contrario- secondo il quale

“in tema di esecuzione, l'art. 673 cod. proc. pen. opera soltanto nel caso in cui, a seguito di innovazione legislativa o di declaratoria di incostituzionalità, si verifichi un'ipotesi di abrogazione esplicita o implicita di una norma. La predetta disposizione non può, invece, trovare applicazione, quando l'eventuale abrogazione implicita derivi da un mutamento di indirizzo giurisprudenziale che non può costituire "*ius superveniens*" anche a seguito di pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione” (così **Cass. Pen., Sez. 1, Sentenza n. 27121 del 11/07/2006, ric. Aliseo, Ced Rv. 235265**).

Principi del tutto analoghi sono stati affermati -anche in epoca recente- dalla Corte di legittimità quanto alle preclusioni processuali (elaborate per via giurisprudenziale) in materia di:

(1) preclusioni discendenti da **giudicato cautelare** (per tutte, si veda Cass. Pen. Sez. Un., Sentenza n. 14535 del 19/12/2006, ric. Librato, Ced Rv. 235908), per cui –sino a poco tempo fa- si riteneva che la preclusione persistesse anche in caso di mutamento giurisprudenziale (Cass. Pen., Sez. 2, Sentenza n. 1180 del 26/11/2008, ric. Elia ed altro, Ced Rv. 242779, secondo cui “la formazione del “giudicato cautelare” impedisce la riproposizione delle questioni già decise, a meno che non siano intervenuti nuovi elementi che giustifichino una rinnovata valutazione, tra i quali non può ricomprendersi una decisione della Corte di cassazione che esprima un indirizzo giurisprudenziale diverso da quello seguito dall'ordinanza che ha deciso la questione controversa”).

(2) preclusioni discendenti da cd. **giudicato esecutivo** (di recente, si veda Cass. Pen. Sez. 1, Sentenza n. 3736 del 15/01/2009, ric. PM in proc. Anello, Ced Rv. 242533, secondo cui “il principio della preclusione processuale derivante dal divieto di “*bis in idem*”, opera anche in sede esecutiva, iscrivendosi in esso la regola che impone al giudice dell'esecuzione di dichiarare inammissibile la richiesta che costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui medesimi elementi), per cui –sino a poco tempo fa- si riteneva che la preclusione persistesse anche in caso di mutamento giurisprudenziale (Cass.

Pen., Sez. 1, Sentenza n. 23817 del 11/03/2009, ric. Cat Berro, Ced Rv. 243810: “È inammissibile l'incidente di esecuzione proposto con riferimento a richiesta già respinta con provvedimento definitivo, ove fondato sui medesimi presupposti di fatto e di diritto del precedente. Nella specie, la Corte ha escluso che costituisca fatto nuovo idoneo a rimuovere la preclusione del giudicato esecutivo la formazione di orientamento giurisprudenziale che abbia condotto a statuire diversamente sull'eseguibilità del giudicato allorché la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto il carattere "non equo" del processo).

Laddove, dunque, si dovesse aderire all'orientamento che esclude qualsiasi rilievo in sede esecutiva ai mutamenti giurisprudenziali, questo Giudice non potrebbe accogliere la richiesta formulata con l'incidente di esecuzione promosso dal Pubblico Ministero.

Sennonché della legittimità costituzionale di tale approdo è lecito dubitare -alla luce del dettato degli artt. 3, 13, 25, 27, comma 3, Cost. 117 Cost, in relazione all'art. 7 CEDU (come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo)- per i motivi di seguito indicati.

4. Non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale

Di recente, la S.C. ha mutato avviso circa l'irrilevanza -ai fini del superamento di preclusioni processuali- dei sopravvenuti mutamenti giurisprudenziali:

(1) in materia di cd. **giudicato esecutivo** (preclusione di cui all'art. 666, co. 2, c.p.p.), si veda la recente:

Cass. Pen., Sez. Un., Sentenza n. 18288 del 21/01/2010, ric. PM in proc. Beschi, Ced Rv. 246651, secondo cui

“il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. La Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale).

(2) in materia di cd. **giudicato cautelare**, si veda la recente

Cass. Pen. Sez. 2, Sentenza n. 19716 del 06/05/2010, ric. Merlo, Ced Rv. 247113, secondo cui

“il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite

della Corte di Cassazione, integra un nuovo elemento idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame”.

Ad avviso del giudice rimettente, gli argomenti spesi nelle predette decisioni dalla Corte di legittimità non possono che valere anche nella materia degli incidenti di esecuzione promossi ex art. 673 c.p.p. per ottenere la revoca di sentenze passate in giudicato, a seguito di mutamento giurisprudenziale che sancisca che un determinato fatto storico *non è previsto dalla legge come reato*.

È ben vero che il fenomeno della preclusione processuale è fenomeno profondamente diverso da quello giustifica la irrefragabilità dei giudicati; è altrettanto vero, però, che anche la tendenziale stabilità del giudicato è, essa stessa, una convenzione che - rispondendo ad un'esigenza sociale (in funzione della necessità di *garantire la certezza del diritto*)- ha poi trovato uno sbocco normativo nelle norme che impongono severi filtri alle possibilità di porre nel dubbio i giudicati.

È altrettanto vero, poi, che le recenti decisioni del S.C. (che si è espresso anche a Sezioni Unite) ancorano il principio di diritto al quale sono pervenute -da un lato- a ragioni di necessario rispetto del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e di necessità di garantire ai consociati la retroattività dei trattamenti punitivi più favorevoli, anche in un'ottica europea (art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo) e - dall'altro lato- alla peculiare funzione nomofilattica esercitata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

E analoghe ragioni si ripropongono con la stessa pregnanza anche nel caso oggi in esame.

4.1 Sul contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione agli artt. 7, 5 e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Circa il fatto che le norme della CEDU integrino, quali «norme interposte» [nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione)], il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali», ci si limita a richiamare le numerose pronunce della Corte Costituzionale che hanno affermato tale principio (Corte cost., sentenze n. 113 del 2011, n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008; n. 348 e n. 349 del 2007).

Detto questo -ai fini della esposizione dei termini del presente incidente di legittimità costituzionale- è necessario ricalcare gli schemi argomentativi utilizzati dalle Sezioni Unite nella già citata sentenza n. 18288/2010, proc. Beschi, in ragione dell'identica *ratio* sottesa alle -pur diverse- situazioni processuali (*ratio* tesa a garantire che l'ordinamento penale -e processuale- si informi ad autentiche ragioni politico-garantiste); nella sentenza Beschi, le

Sezioni Unite evidenziano che:

- l'art. 7 CEDU “pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*” essendo il principio di legalità “un fondamento di ogni società democratica e patrimonio comune degli Stati membri del Consiglio d'Europa”;

- sicché –nell'interpretazione dei giudici europei- l'art. 7 CEDU ha esteso la propria portata sino a vedervi ricompresi: (1) il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia *in malam partem* (cfr. sentenza n. 32492/'96, caso Coeme e altri contro Belgio); (2) il principio implicito della retroattività della legge meno severa (per tutte: Corte Edu, Grande Camera, sentenza 17/9/2009, caso Scoppola contro Italia); quanto al principio di retroattività della legge meno severa, è altresì doveroso ricordare che esso assume massimo rilievo non solo nel sistema convenzionale EDU, ma anche nell'ordinamento comunitario («il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni comuni agli Stati membri»; così Corte di Giustizia, sentenza 28.4.2011, caso El Dridi, causa C-61/11 PPU, punto 61, con richiami a precedenti arresti della Corte del Lussemburgo: sentenze 3.5.2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I-3565, punti 67-69, nonché 11.3.2008, causa C-420/06, Jager, Racc. pag. I-1315, punto 59);

- la giurisprudenza della Corte EDU ha così «enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di “legalità materiale”, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione»; infatti, «in considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”».

- in tale contesto interpretativo –dovendo contemperare gli ordinamenti di *civil law* con quelli di *common law*- la Corte EDU ha valorizzato l'esplicito riferimento al “diritto” (*law*), distinguendolo dalla semplice legge, ed ha così «inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di *produzione legislativa* che quello di *derivazione giurisprudenziale*, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso Kruslin contro Francia; 12/2/2008, caso Kafkaris contro Cipro; 15/11/1996, caso Cantoni contro Francia; 25/5/1993, caso Kokkinakis contro Grecia)»;

- la sentenza delle Sezioni Unite n. 18218/2010, cit. richiama poi alcuni arresti della giurisprudenza di Strasburgo e, in particolare, due di essi, che riguardano proprio

l'ordinamento italiano: «con le recenti sentenze 17/9/2009 (caso Scoppola contro Italia) e 8/12/2009 (caso Previti contro Italia), la Corte europea, dopo avere ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che "a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste... non può presentare una precisione assoluta", posto che si serve di "formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza... contribuisce necessariamente alla *evoluzione progressiva del diritto penale*"»¹;

- la Corte di Cassazione osserva poi opportunamente –anche al fine di porre nella dovuta evidenza il rilievo implicitamente allegato, anche in tali casi concreti, al cd. "*diritto giurisprudenziale*"- che deve essere considerato che «la Corte di Strasburgo, in relazione agli obblighi imposti agli Stati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha ravvisato: a) la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza, tutelato dall'art. 5 della stessa Convenzione, per la ritardata liberazione di un detenuto, al quale solo con notevole ritardo era stato concesso l'indulto, *a causa di dubbi interpretativi circa la sua applicabilità* (cfr. sentenza 10/7/2003, caso Grava contro Italia); b) la *violazione del diritto al processo equo*, tutelato dall'art. 6 della Convenzione, *in caso di divergenze profonde e persistenti nella giurisprudenza* della Corte di Cassazione sulla interpretazione di una determinata disposizione legislativa, senza la previsione di meccanismi idonei a rimediare a tale situazione (cfr. sentenza 2/7/2009, caso Iordan Iordanov contro Bulgaria»;

- sempre al fine di valorizzare adeguatamente il rilievo da attribuire al cd. "*diritto giurisprudenziale*", la S.C. richiama anche la sentenza 8/2/2007 della Corte di giustizia (caso Groupe Danone contro Commissione delle Comunità europee), che –secondo la ricostruzione del S.C.- «ha delineato una dimensione innovativa del principio di irretroattività, ritenendolo *applicabile anche alla nuova interpretazione in senso sfavorevole* di una norma, interpretazione non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione»².

Al riguardo, merita ancora di osservarsi che –nel noto caso di punta Perotti³, pur non direttamente evocato dalle Sezioni Unite nella sentenza Beschi- il Governo Italiano aveva tentato di sottrarre alla cognizione della Corte Edu la “materia” del mutamento

¹ Qui le Sezioni Unite citano la Corte Edu, Seconda Sezione, Sentenza del 08/12/2009, Caso Previti contro Italia, ric. 45291/06, punti 278 e sgg.

² Corte di Giustizia, Seconda Sezione, sentenza 8 febbraio 2007, Groupe Danone c. Commissione, causa C-3/06 P, punti 87-90.

³ Corte Edu, Seconda Sezione, Sentenza del 20/01/2009, Caso Sud Fondi Srl ed altre contro Italia, ric. n. 75909/01.

giurisprudenziale (questo l'argomento speso dal Governo: "se è vero che l'interpretazione giudiziaria in materia penale deve essere ragionevolmente prevedibile, i cambiamenti radicali di giurisprudenza costituiscono una materia sottratta alla giurisdizione della Corte, che non può né confrontare le decisioni rese dai tribunali nazionali né vietare la possibilità di uno stravolgimento giurisprudenziale")⁴.

La Corte Edu, però, ha respinto tale impostazione, ed ha osservato⁵:

105. La garanzia che sancisce **l'articolo 7, elemento essenziale della preminenza del diritto**, occupa un posto fondamentale nel sistema di protezione della Convenzione, come dimostra il fatto che l'articolo 15 non autorizza alcuna deroga allo stesso in tempo di guerra o in caso di altro pericolo pubblico. Come deriva dal suo oggetto e dal suo scopo, esso **deve essere interpretato e applicato in modo da assicurare una protezione effettiva** contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie (sentenze S.W. e C.R. c. Regno Unito del 22 novembre 1995, serie A nn. 335-B e 335-C, p. 41, § 34, e p. 68, § 32, rispettivamente).

106. L'articolo 7 § 1 sancisce in particolare il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Se vieta principalmente di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, esso impone altresì di non applicare la legge penale in maniera estensiva a pregiudizio dell'imputato, ad esempio per analogia (v., tra le altre, Coëme e altri c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145, CEDU 2000 VII).

107. Ne consegue che **la legge deve definire chiaramente i reati e le pene** che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, e **se necessario con l'aiuto dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali**, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale⁶.

108. **La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'articolo 7** corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione; essa **comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale** e implica delle condizioni qualitative, tra le quali quelle dell'accessibilità e della prevedibilità (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Raccolta 1996 V; S.W. c. Regno Unito, § 35, 22 novembre 1995; Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, §§ 40-41, serie A no 260 A). Per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione legale, in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso il diritto penale, **esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione**. Del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli

⁴ Ivi, punto 102.

⁵ Ivi, punti 105 e sgg.

⁶ Principio poi affermato anche nella successiva Corte Edu, Sentenza Gurguchiani contro Spagna, ric. n. 16012/06, punto 29.

Stati parte alla Convenzione che **la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale** (Kruslin c. Francia, 24 aprile 1990, § 29, serie A no 176 A). Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta di chiarire gradualmente le norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, **a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile** (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II).

109. La portata della nozione di prevedibilità dipende in gran parte dal contenuto del testo in questione, dall'ambito che esso ricopre nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari. La prevedibilità di una legge non si oppone a che la persona interessata sia portata a ricorrere a consigli illuminati per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto. Questo vale in particolare per i professionisti, abituati a dover dimostrare una grande prudenza nell'esercizio del loro mestiere. Da essi ci si può pertanto aspettare che valutino con particolare attenzione i rischi che quest'ultimo comporta (Pessino c. Francia, n° 40403/02, § 33, 10 ottobre 2006).

110. La Corte ha dunque il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo al procedimento e alla condanna, esistesse una disposizione legale che rendeva l'atto punibile, e che la pena imposta non abbia ecceduto i limiti fissati da tale disposizione (Murphy c. Regno Unito, ricorso no 4681/70, decisione della Commissione del 3 e 4 ottobre 1972, Raccolta delle decisioni 43; Coëme e altri, sentenza già cit., § 145).

Per meglio comprendere la grande considerazione che la Corte di Strasburgo attribuisce all'interazione tra *testo normativo* ed *interpretazione giurisprudenziale* di quel testo, è utile menzionare una recente sentenza della Corte Edu (sentenza Corte Edu, 7 giugno 2011, caso Agrati ed altri contro Italia). In essa, la Corte ha quasi operato –per usare un'efficace immagine utilizzata in dottrina- “una sorta di ribaltamento della *gerarchia positiva* (che vuole il giudice soggetto alla legge) a fronte di una *gerarchia culturale*, che vede il diritto vivente prelegislativo assurgere ad elemento costitutivo del parametro...”. Il caso è relativo al ricorso presentato da alcuni cittadini, risultati soccombenti in una causa civile: nel corso di una causa civile contro una amministrazione pubblica, i ricorrenti fondavano le proprie pretese su una interpretazione giurisprudenziale consolidata; sennonché, il legislatore italiano era intervenuto con una legge di *interpretazione autentica* indirizzando – in senso sfavorevole ai ricorrenti- l'esito della controversia; senza entrare nel merito della questione, la Corte EDU ha –da un lato- ritenuto che, con la legge di interpretazione autentica, l'Italia avesse operato un'interpretazione che era “*contraria all'interpretazione costante della Corte di Cassazione*” (punto 63) ed ha poi osservato –dall'altro lato- che detto intervento legislativo, con chiari effetti sul merito di una controversia pendente davanti ad

un giudice, “*non era giustificato da ragioni imperative di interesse generale*” (punto 65). Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Strasburgo ha ritenuto *non equo* il processo conclusosi in senso sfavorevole ai ricorrenti.

Detto in altri termini: laddove non si considerasse la *questione del mutamento giurisprudenziale alla luce dell’art. 7 CEDU*, si rischierebbe, da un lato, di depotenziare la portata di quella norma (e la sua funzione garantista) e, dall’altro lato, di porre il nostro ordinamento in frizione anche con i principi ricavabili dagli artt. 5 e 6 della Conv.EDU.

E un simile principio vale non solo con riguardo ai *mutamenti giurisprudenziali* (potenzialmente) *sfavorevoli* agli imputati (in relazione ai quali viene in gioco il valore della *prevedibilità* del contesto normativo).

Ma una simile considerazione del valore dei mutamenti giurisprudenziali non può che valere anche con riferimento ai *mutamenti giurisprudenziali favorevoli* (in relazione ai quali viene in gioco il principio della *retroattività* del trattamento di maggior favore per le persone imputate e condannate).

Del resto, la necessità che un ordinamento ha di garantire la stabilità delle decisioni e, in definitiva, la certezza del diritto risponde non già ad un’esigenza di *vuoto ossequio* all’autorità delle decisioni statuali, bensì ad una profonda esigenza di *garanzia per i diritti* dell’individuo (che –giova ribadirlo– ha la necessità di poter orientare i propri comportamenti in un contesto normativo e giurisprudenziale concretamente prevedibile ed affidabile).

Ne discende una conseguenza: escludere qualsiasi rilievo al mutamento giurisprudenziale sopravvenuto pone il nostro ordinamento processuale (e segnatamente l’art. 673 c.p.p.) in contrasto con l’art. 7 CEDU (così come interpretato dalla Corte di Strasburgo); infatti, secondo l’attuale codice di rito è consentito che una persona sia privata della libertà personale (o che si protragga detta privazione) in relazione ad un fatto storico che –in origine considerato reato– successivamente alla condanna, tale non è più ritenuto dalla giurisprudenza successiva che si consolida nel *diritto vivente*.

L’art. 673 c.p.p. non consente interpretazioni correttive/estensive capaci di scongiurare tale risultato, ad avviso di chi scrive contrastante con l’art. 7 CEDU (e, quindi, lesivo dell’art. 117, comma 1, della Carta Costituzionale), sia sotto il profilo del rilievo da attribuire ai mutamenti giurisprudenziali in chiave di definizione della portata dei precetti, sia sotto il profilo della retroattività del trattamento penale più favorevole alla persona giudicata. Né risulta percorribile la via dell’interpretazione analogica (Corte Cost., sentenza n. 96/1996, cit.).

Risulta quindi costituzionalmente necessitata una interpretazione additiva che consenta di

pervenire –in sede esecutiva- ad un risultato che renda l’art. 673 c.p.p. compatibile con l’art. 7 CEDU.

Del resto, una sentenza interpretativa nel senso di seguito auspicato si porrebbe in linea di assoluta coerenza con diversi principi costituzionali che l’attuale formulazione dell’art. 673 c.p.p. rischia di ledere.

4.2. Sul contrasto con gli artt. 3, 13 e 25 della Costituzione, in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp.att.c.p.p. ed all’art. 65 Regio Decreto 30.01.1941, n. 12 (ordinamento giudiziario).

L’art. 65 dell’Ordinamento giudiziario indica nella Corte di Cassazione “l’organo supremo della giustizia”, incaricato di “assicura[re] l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale”.

Il dettato dell’art. 65 Ord. Giud. trova poi chiaro riscontro anche in varie norme processuali che mettono bene in luce quale sia il rilievo che –per volontà del legislatore- è attribuito alla Corte di Cassazione ed alla funzione nomofilattica che essa è incaricata di assicurare. Qui, in particolare, meritano di essere menzionate diverse disposizioni del codice di procedura penale che attribuiscono una posizione di particolare preminenza alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione:

- art. 610, comma 2, c.p.p.: “Il presidente [della Corte], su richiesta del procuratore generale, dei difensori delle parti o anche di ufficio, assegna il ricorso alle sezioni unite quando le questioni proposte sono di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni”;
- art. 618, comma 1, c.p.p.: “Se una sezione della Corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite”;
- art. 172 disp.att.c.p.p.: “1. Nel caso previsto dall’articolo 618 del codice, il presidente della corte di cassazione può restituire alla sezione il ricorso qualora siano stati assegnati alle sezioni unite altri ricorsi sulla medesima questione o il contrasto giurisprudenziale risulti superato. 2. In nessun caso può essere restituito il ricorso che, dopo una decisione delle sezioni unite, è stato rimesso da una sezione della corte di cassazione con l’enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale”.

D’altra parte, anche la giurisprudenza costituzionale attribuisce un decisivo rilievo al diritto vivente (tanto da dichiarare inammissibili le ordinanze di rimessione che lo trascurino), tanto più se esso si sia cristallizzato a seguito di interventi delle Sezioni Unite della Cassazione. I riferimenti sono tali e tanti da rendere superflua qualsivoglia citazione (peraltro, ben nota alla Corte).

Anche le sezioni civili della Corte di Cassazione –seppure con una varietà di distinguo

resa necessaria dalla pluralità di situazioni- attribuiscono un deciso rilievo ai *mutamenti giurisprudenziali sopravvenuti*. Si veda, a mero titolo di esempio:

Cass. Civ. Sez. 2, Ordinanza interlocutoria n. 14627 del 17/06/2010 (Rv. 613684)

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

****_***_****

In tale contesto normativo e giurisprudenziale, è quindi del tutto evidente la funzione attribuita –proprio dal legislatore- alla Corte di legittimità. Non è questa, evidentemente, la sede per addentrarsi nella questione –pur cruciale- dei benefici che possono derivare all'ordinamento dal cd. *pluralismo interpretativo* (il cui valore è riconosciuto dalla stessa Corte Edu, laddove riconosce che la giurisprudenza... contribuisce necessariamente alla *evoluzione progressiva del diritto penale*); né è questa la sede per enfatizzare i rischi connessi ad una visione del ruolo nomofilattico della Suprema Corte come *vertice burocratico* della giurisdizione.

Qui basti dire che la funzione nomofilattica attribuita dall'ordinamento alla Corte di Cassazione –e alle Sezioni Unite in particolare- riposa su elementari esigenze di razionalità del sistema e, in definitiva, su ragioni che sicuramente possono essere riconnesse ad esigenze di rilievo costituzionale (art. 3 Cost.: uguaglianza dei cittadini davanti alla legge; art. 25 e 27 Cost: necessità per i consociati di prevedere le conseguenze legali dei propri comportamenti ed orientare conseguentemente le proprie condotte).

D'altra parte, secondo la Carta Costituzionale, da un punto di vista funzionale "il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25, comma secondo, Cost.) e quello di previa pubblicazione della legge (art. 73, comma terzo, Cost.), implic[a]no l'adempimento, da parte dello Stato, di ulteriori doveri costituzionali, concernenti anzitutto la formulazione, la struttura e i contenuti delle norme penali, in guisa che queste ultime siano riconoscibili dai cittadini" (così Corte Costituzionale sentenza n. 364/1988).

Ciò che conferma che la *ratio* del principio di legalità (della cui realizzazione è onerato il legislatore, ma anche la giurisprudenza) è –tra l'altro- anche quella di orientare i comportamenti dei consociati.

Ed allora, si deve prendere atto del fatto che è lo stesso legislatore ad assegnare un ruolo

di preminenza della giurisprudenza di legittimità in funzione dell'orientamento della successiva giurisprudenza, oltre che di orientamento dei comportamenti dei consociati. Ciò posto –assumendo che (tendenzialmente) le decisioni successive si conformino (come di norma avviene) al diritto vivente- ad avviso di chi scrive, la scelta del legislatore di continuare a punire (non revocando la sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p.) colui che abbia tenuto un comportamento che –secondo il diritto vivente sopravvenuto (ricostruito con decisione resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite)- *non è più previsto dalla legge come reato* è scelta del legislatore manifestamente irragionevole, perché tale scelta:

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

b) comporta il rischio di trattare in modo diseguale imputati (che, viceversa, avrebbero dovuto essere trattati in modo eguale, avendo essi commesso lo stesso fatto di reato), in funzione –per esempio- del semplice dato dell'ordine di trattazione dei processi; dato talvolta casuale e comunque non riconducibile a condotte dell'imputato (violazione dell'art. 3, comma 1, Costituzione);

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

d) priva una persona della sua libertà in assenza della reale necessità di salvaguardare un contrapposto principio costituzionale da bilanciare con il bene della libertà personale; se si ragiona sulla funzione della sanzione penale (senza diffondersi in questa sede oltre il dovuto) si può comprendere che la scelta del legislatore di non revocare –in casi simili a quello in esame- una sentenza di condanna non ha alcuna funzione nemmeno in termini di general-prevenzione (posto che la general-prevenzione “*guarda al futuro*”, ed è assicurata dall'esercizio –da parte della Corte di Cassazione- della funzione nomofilattica; e la funzione general-preventiva non trae alcun beneficio dalla stabilità del giudicato in un caso simile a quello del sig. Diop).

4.3. Sul contrasto con l'art. 27, comma 3, della Costituzione.

Si ritiene che la pena in tanto sia giustificata in quanto essa costituisca la giusta retribuzione per il male commesso, anche al fine di dissuadere il responsabile dal commettere nuovamente un certo reato (*quia peccatur et ne peccetur*); se così è, non si può non ritenere contrastante con tale funzione special-preventiva della pena un assetto processuale che tollera l'esecuzione di pene a fronte di un comportamento che, secondo il diritto vivente sopravvenuto *non costituisce reato*; pene che –si badi- verrebbero poste in esecuzione anche per assicurare *la rieducazione* del condannato in relazione ad un fatto che

–secondo il sopravvenuto assetto giurisprudenziale- non è più penalmente rilevante (e, come tale, non richiede più alcuna attività di *rieducazione*).

4.4 Superamento di possibili obiezioni

Si potrebbe obiettare che –attribuendo un ruolo *para-normativo* alla giurisprudenza della Corte di Cassazione- si verrebbe ad *ingessare* la giurisprudenza, inibendo la funzione evolutiva che, storicamente, essa ha avuto nel nostro ordinamento, così surrettiziamente imponendo una deviazione dalla nostra tradizione giuridica di *civil law* a quella propria degli ordinamenti di *common law*.

L'obiezione non è persuasiva, soprattutto se si considera quali valori (la libertà personale) verrebbero sacrificati a tale *esigenza*.

Da un lato, si osserva che il quesito che qui si intende sottoporre alla Corte Costituzionale è teso ad ottenere una pronuncia additiva che valorizzi non qualsivoglia mutamento giurisprudenziale, ma soltanto quei mutamenti giurisprudenziali che intervengono al massimo livello di esercizio della funzione nomofilattica (le Sezioni Unite, il cui ruolo peculiare è esaltato dallo stesso legislatore; ciò che offre un parametro interpretativo adeguatamente solido e scongiora il rischio di dovere –in ogni incidente di esecuzione- dover estrapolare da un incerto panorama giurisprudenziale gli esatti termini del diritto vivente).

In secondo luogo, il quesito intende valorizzare solo quegli interventi delle Sezioni Unite che statuiscono che *un fatto non è più previsto dalla legge come reato*, con ri-perimetrazione – per via interpretativa- della fattispecie penale, senza quindi, rendere necessaria una rivisitazione del quadro probatorio.

In terzo luogo, non si può trascurare che l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale avrebbe conseguenze esclusivamente improntate al *favor rei* ed ossequiose del principio di *retroattività dei trattamenti favorevoli* all'imputato.

Né, infine, si potrebbe determinare una *cristallizzazione* degli orientamenti giurisprudenziali, ben potendosi dare il caso di successivi mutamenti della giurisprudenza, anche in senso sfavorevole all'imputato (nel senso che –sovvertendo orientamenti prima consolidati in senso assolutorio- la giurisprudenza ben potrebbe rivedere le proprie interpretazioni, affermando che una certa disposizione "D", esprimendo la norma "N", ricomprende in essa il fatto "F"). Tuttavia, il mutamento giurisprudenziale sfavorevole varrebbe solo per il processo in cui la questione controversa è stata discussa ed assumerebbe valore di *orientamento* delle successive decisioni solo a partire dalla sua pubblicazione. Senza trascurare che –per superare una giurisprudenza consolidata (soprattutto se ciò è in senso sfavorevole all'imputato)- è responsabilità deontologica del magistrato quella di farsi carico di affrontare e superare gli argomenti contrari alla decisione assunta⁷. E senza potere, infine, ignorare che l'art. 172, co. 2,

⁷ Così C.S.M., Sezione disciplinare, sentenza n. 122 del 13 ottobre 2009, punto 1 della motivazione: "Ciò vuol dire, dal punto di vista della disamina deontologica, che, **indiscussa la premessa circa lo stato della giurisprudenza** in tema di valutazione dell'art. 11 come eccezionale, **ben sono possibili i dissensi dalla medesima** purché essi non siano accompagnati o seguiti da comportamenti processuali del magistrato per l'appunto dissenziente diretti ad aggirare

disp.att.c.p.p. dispone che “in nessun caso può essere restituito il ricorso che, dopo una decisione delle sezioni unite, è stato rimesso da una sezione della corte di cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale”.

In altri termini: l'accoglimento della questione qui proposta non determinerebbe alcuna *crystallizzazione* definitiva della giurisprudenza; al contrario, essa –da un lato- risponderebbe ad evidenti logiche di *favor libertatis* e –dall'altro lato- responsabilizzerebbe gli interpreti, in un'ottica di ricerca di maggior certezza del diritto.

5. Il quesito.

Alla luce dei motivi sopra esposti, si ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. che si ritiene illegittimo

nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna [o di decreto penale di condanna o di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti] in caso di mutamento giurisprudenziale -intervvenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione- in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato.

Ciò –per le ragioni sopra esposte- in relazione ai seguenti parametri costituzionali:

- art. 117 Costituzione, in relazione all'art. 7 CEDU (come interpretato dalla Corte EDU) e agli artt. 5 e 6 CEDU;
- art. 3 della Costituzione, in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp.att.c.p.p. ed all'art. 65 Regio Decreto 30.01.1941, n. 12 (ordinamento giudiziario);
- art. 13 della Costituzione;
- art. 25 della Costituzione
- art. 27, comma 3, della Costituzione.

6. Sulla rilevanza.

Dalla disamina che precede, emerge infine chiara la ragione della rilevanza nel giudizio *a quo* del quesito appena formulato: se la questione venisse accolta dalla Corte Costituzionale, questo giudice potrebbe procedere all'esame della richiesta del PM, eventualmente rideterminando la pena inflitta al sig. Diop; diversamente, la richiesta del Pubblico Ministero dovrebbe essere rigettata.

l'ostacolo costituito dalla interpretazione dominante. Qualunque interpretazione da chiunque provenga può essere disattesa, purché, e soprattutto quando si tratta della interpretazione della Corte Suprema, o del giudice delle leggi, in modo non puramente ripetitivo oppure ignaro della funzione nomofilattica o di quella di sistemazione costituzionale. **Il magistrato che dissente pertanto ha l'obbligo, anzitutto deontologico, di esprimere consapevolezza della opinione che non condivide e dunque delle ragioni per le quali ritiene comunque di andare in avviso contrario.**

Né –si badi- la questione potrebbe essere considerata irrilevante per il fatto che il Pubblico Ministero ha già –prudenzialmente- rideterminato la pena (computando già un *fine pena* che tenga conto dell'accoglimento della richiesta di revoca) o per il fatto che, al sig. Diop, potrebbe essere concessa –nelle more della celebrazione dell'incidente di legittimità costituzionale- la liberazione anticipata.

Da un lato, si deve osservare che il rigetto della richiesta del PM comporterebbe una nuova determinazione del cd. *fine pena* e che, ad oggi, la liberazione anticipata non è stata concessa.

Dall'altro lato si deve evidenziare che – anche laddove al momento della decisione della Corte costituzionale il sig. Diop avesse già scontato la pena a lui inflitta- la questione sarebbe comunque meritevole di considerazione nel merito; ciò alla luce del condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale “la richiesta dell'interessato di revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis*, seppure nel frattempo la pena detentiva irrogata sia stata interamente scontata, è sostenuta da un concreto interesse in riferimento all'eliminazione conseguente di un effetto penale della condanna, dato dall'iscrizione nel certificato del casellario giudiziale non rilasciato a richiesta dei privati” (così Cass. Pen., Sez. 3, Sentenza n. 21665 del 11/05/2010, ric. Santoro, Ced Rv. 247629).

****_***_****

Pur non essendo previste procedure acceleratorie in ipotesi simili a quella del presente giudizio *a quo*, ci si permette di segnalare che il sig. DIOP MA è detenuto per questa causa.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 della Costituzione, e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

DICHIARA rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, nei termini di cui in motivazione, dell'art. 673 c.p.p. *nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna [o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti] in caso di mutamento giurisprudenziale -intervvenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione- in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato*, per contrasto con l'art. 117 Costituzione, in relazione all'art. 7 CEDU (come interpretato dalla Corte EDU) e agli artt. 5 e 6 CEDU; con l'art. 3 della Costituzione, anche in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp.att.c.p.p. ed all'art. 65 Regio Decreto 30.01.1941, n. 12 (ordinamento giudiziario); con l'art. 13 della Costituzione; con l'art. 25 della Costituzione; con l'art. 27, comma 3, della Costituzione.

SOSPENDE il presente procedimento.

DISPONE l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per l'esame della questione di legittimità costituzionale qui proposta, segnalando che l'interessato è attualmente detenuto e che l'accoglimento della questione avrebbe effetti a lui favorevoli sull'esecuzione della pena.

ORDINA che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata a:

- DIOP Ma, attualmente detenuto presso la Casa Circondariale di Torino;
- Avv. Loredana Melis, del Foro di Torino;
- Pubblico Ministero presso il Tribunale di Torino;
- Presidente del Consiglio dei ministri

e comunicata ai sigg.ri Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati.

DISPONE che la Cancelleria trasmetta alla Corte Costituzionale gli atti del presente incidente di esecuzione, con la prova delle avvenute notificazioni e comunicazioni.

Così deciso in Torino, all'esito della camera di consiglio del 27.06.2011

Il giudice
Andrea Natale