

# **FAVOR REI ED EFFETTI DEI MUTAMENTI DI GIURISPRUDENZA IN MATERIA PENALE**

a cura di *Paolo Passaglia*

con contributi di *C. Bontemps di Sturco, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig*

## **INTRODUZIONE**

### **FRANCIA**

#### **1. Diritto penale e successione delle norme nel tempo**

- 1.1. Il principio di irretroattività della legge penale (sostanziale) più severa
- 1.2. Il principio di retroattività della legge penale (sostanziale) favorevole
- 1.3. Il principio c.d. di applicazione immediata di alcune leggi penali

#### **2. Gli effetti nel tempo delle sentenze**

- 2.1. Sugli effetti nel tempo dei mutamenti di giurisprudenza, in generale
- 2.2. Gli effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale

### **GERMANIA**

#### **1. L'incidenza del principio di legalità dei reati e delle pene sulla efficacia nel tempo delle norme penali**

- 1.1. Il principio di legalità dei reati e delle pene
- 1.2. L'efficacia della legge penale nel tempo ed i limiti alla retroattività
  - 1.2.1. Il principio di irretroattività
  - 1.2.2. Effetti nel tempo della legge e reati di durata
  - 1.2.3. La retroattività della *lex mitior*
  - 1.2.4. Le leggi temporanee
  - 1.2.5. Retroattività ed irretroattività delle norme penali
- 1.3. Gli effetti della *lex mitior* dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna

#### **2. I mutamenti di giurisprudenza in materia penale**

- 2.1. I mutamenti *in bonam partem*
- 2.2. I mutamenti *in malam partem*
- 2.3. Conclusioni

### **INGHILTERRA**

#### **1. Diritto penale e successione delle norme nel tempo**

1.1. Principio di legalità dei reati e delle pene e limiti alla retroattività delle norme

1.2. Le applicazioni del principio

1.2.1. L'assimilazione tra diritto penale sostanziale e diritto processuale

1.2.2. La differenziazione tra modifiche in bonam o in malam partem

## **2. La irretroattività della norma penale ed il principio dell'affidamento**

2.1. Definizione generale del principio dell'affidamento

2.2. Le applicazioni del principio dell'affidamento nella materia penale

## **3. Giurisprudenza e produzione di norme, in generale**

3.1. Configurabilità della giurisprudenza come fonte del diritto (forme e limiti)

3.2. Conseguenze di ordine generale riconducibili alla qualificazione data alla giurisprudenza

3.3. I mutamenti di giurisprudenza

3.3.1. Il principio dello stare decisis ...

3.3.1.1. ... e la Corte suprema

3.3.1.2. ... e la Court of Appeal

3.3.1.3. ... e le corti di primo grado

3.3.1.4. Vincolatività del precedente e Corte EDU

3.3.1.5. Vincolatività del precedente e Corte di giustizia

3.3.1.6. La difficoltà di individuare principi generali in tema di deroga allo stare decisis

3.3.2. L'overruling

3.3.2.1. Gli effetti necessariamente retroattivi dell'overruling

3.3.2.2. L'esclusione del prospective overruling

## **4. Giurisprudenza e produzione di norme penali**

4.1. I mutamenti di giurisprudenza *in malam partem*

4.2. I mutamenti di giurisprudenza *in bonam partem*

# SPAGNA

## **1. Cenni introduttivi sulla successione delle norme penali nel tempo**

## **2. L'irretroattività delle norme penali *in malam partem***

2.1. Il fondamento dell'irretroattività sancita dall'art. 25 Cost.

2.2. La norma penale sfavorevole

2.2.1. Le leggi temporanee

2.2.2. Le leggi penali intermedie

2.2.3. Le leggi processuali penali

2.2.4. Le leggi sulla responsabilità civile ex delicto

2.2.5. Le norme penali in bianco

2.2.6. Le leggi di aggiornamento delle entità pecuniarie che integrano reati finanziari

## **3. La retroattività delle norme penali *in bonam partem***

3.1. Il dibattito sulla natura costituzionale o meno della garanzia

3.2. L'individuazione della legge penale più favorevole

3.3. La portata della retroattività *in bonam partem*

**4. Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale avente ad oggetto precetti penali o l'interpretazione degli stessi**

**5. Gli effetti delle decisioni in materia penale dei giudici ordinari**

5.1. I mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*

5.2. I mutamenti giurisprudenziali favorevoli al reo

**BREVI NOTAZIONI SUL SISTEMA  
STATUNITENSE**

**1. Il divieto di *ex post facto laws***

**2. La retroattività del precedente**

**3. Quadro di sintesi sugli effetti delle modifiche normative in materia penale**

# INTRODUZIONE

di Paolo Passaglia

La successione di norme penali pone, a tutte le latitudini, questioni di non poco momento. Una analisi di tipo comparatistico dimostra come, al di là delle pur rilevanti differenziazioni tra i sistemi, al fondo le problematiche affrontate siano in buona misura sovrapponibili. Non altrettanto, come è evidente, può dirsi per le soluzioni in concreto elaborate. Per chiarezza espositiva, si ritiene opportuno operare una scissione preliminare tra i paesi analizzati, a seconda che siano riconducibili al modello di *civil law* ovvero a quello di *common law*: per i primi sono stati presi in considerazione Francia, Germania e Spagna [I], mentre tra i secondi l'esame ha avuto ad oggetto l'Inghilterra e, sia pur solo sommariamente, gli Stati Uniti [II].

[I] Con riferimento ai sistemi di *civil law*, al fine di inquadrare la tematica oggetto di studio, possono scindersi due grandi temi sui quali la ricerca è stata condotta, vale a dire, per un verso, l'incidenza del principio di legalità dei reati e delle pene (quale che sia la sua qualificazione nei diversi ordinamenti) sulla efficacia nel tempo delle norme penali [A] e, per l'altro, la individuazione delle forme di produzione di tali norme, avendo particolare riguardo alla categoria attualmente più dibattuta (*ergo*, più incerta), che è quella del diritto giurisprudenziale [B].

[1.A] Per quel che attiene al primo profilo, può individuarsi un elemento comune a tutte le esperienze analizzate, derivante dal divieto, sancito già nella Carta fondamentale, di leggi penali retroattive. Tale previsione è stata dovunque interpretata nel senso di precludere, almeno in linea di principio (e salve alcune applicazioni di dubbio inquadramento) qualunque retrospettività di norme penali sostanziali che aggravino la situazione del reo.

Per le norme penali di favore, invece, il principio è di segno esattamente opposto, essendosi affermata una "retrospettività necessaria" della *lex mitior*. Da notare è, tuttavia, che, fatto salvo il caso francese (in cui dalla medesima previsione costituzionale si sono dedotti i principi relativi sia alle norme sfavorevoli che a quelle favorevoli), la retrospettività delle modifiche *in bonam partem* ha trovato riconoscimento soltanto nella disciplina codicistica, donde – in teoria – la sua derogabilità, sia pure condizionata dal rispetto dei principi costituzionali rilevanti, da parte del legislatore ordinario (Germania) o organico (Spagna).

Ciò posto in termini generali, si è cercato di approfondire il significato di questa "retrospettività necessaria", onde individuarne le forme ed i limiti. Allo scopo, può operarsi una distinzione basata sullo sviluppo di una vicenda nella quale si applichi o si sia applicata una norma penale successivamente oggetto di mitigazione (o di abrogazione): l'incidenza della *lex mitior* può dunque essere partitamente presa in considerazione per i casi in cui intervenga prima del formarsi del giudicato di condanna oppure successivamente.

Nei diversi ordinamenti, come prevedibile, nessun problema si pone per la prima ipotesi, essendo generale l'applicazione della legge più favorevole sopravvenuta. Non altrettanto uniformi sono le conclusioni cui si giunge per le altre ipotesi.

In Germania, la irretrattabilità del giudicato fa sì che un mutamento legislativo favorevole non abbia effetti per il condannato, a meno che il legislatore stesso non disponga altrimenti. In assenza

di una previsione legislativa *ad hoc*, la *lex mitior* può venire in rilievo soltanto allorché si diano i presupposti (*fattuali, ergo* indipendenti dallo *jus superveniens*) per la revisione, oppure qualora si disponga un'amnistia o si conceda la grazia.

L'ordinamento francese, oltre ovviamente all'amnistia ed alla grazia, prevede anche un rimedio specifico, limitatamente, però, al solo caso di *abolitio criminis*, consistente nella interruzione della pena in corso di esecuzione (nulla è, invece, stabilito per il caso di mera mitigazione della pena, sul presupposto del persistente disvalore del fatto-reato per il quale la condanna è stata emessa).

I riconoscimenti più ampi sono, tuttavia, presenti nel sistema spagnolo, dove la modifica *in bonam partem* della legislazione penale ha effetti – per esplicita previsione codicistica – anche sulle sentenze di condanna passate in giudicato, che possono essere assoggettate a revisione. I problemi si pongono, semmai, per i casi in cui la pena sia già stata espiata: la giurisprudenza e la dottrina prevalente sono, al riguardo, orientate nel senso di negare qualunque influenza allo *jus superveniens*.

[1.B] In ordine al secondo tema che viene in rilievo, e cioè la individuazione delle forme di produzione delle norme penali, l'attenzione si è spostata dal diritto di matrice politica a quello di stampo giurisprudenziale. Nell'ambito di quest'ultimo, una posizione affatto peculiare è quella delle giurisdizioni costituzionali, le quali, allorché procedono ad una declaratoria di incostituzionalità, vedono la propria decisione spiegare effetti che, rispetto a quelli che sono propri di una *lex mitior*, sono sostanzialmente assimilabili, se non addirittura significativamente più incisivi (come nel caso tedesco, dove – al pari di quanto avviene in Spagna – l'incostituzionalità della norma consente la revisione della condanna). Le problematiche maggiori si annidano, tuttavia, nel diritto giurisprudenziale che potremmo definire “comune”, consistente, per quanto qui interessa, in un mutamento dell'interpretazione di disposizioni legislative dalle quali conseguano effetti favorevoli o sfavorevoli al reo.

La questione che si pone al riguardo è se si estenda o se possa estendersi, a questi casi, la disciplina prevista per la legislazione penale, sul presupposto che le sentenze (o, almeno, le sentenze di taluni organi giudiziari o, ancora, talune sentenze di taluni organi giudiziari) possano ritenersi fonti produttive di norme.

La risposta, pur con diversi accenti, è, per i tre paesi esaminati, di segno negativo, giacché i provvedimenti giurisdizionali sono esclusi dal novero delle fonti di produzione vere e proprie (sebbene, sul punto, una qualche rivisitazione degli orientamenti tradizionali affiori anche in giurisprudenza, specie di recente).

Sulla scorta di questa constatazione, l'incidenza di un mutamento di giurisprudenza sui fatti avvenuti antecedentemente è per così dire “naturale”, con il limite, altrettanto “naturale”, dell'intangibilità della *res judicata*, che agisce sia *in bonam* che *in malam partem*.

Da ciò possono emergere seri problemi, allorché si tratti di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli al reo: non a caso, almeno in dottrina, non mancano voci critiche nei confronti delle soluzioni tradizionali; d'altro canto, anche a livello giurisprudenziale, aperture – più o meno ampie – verso una estensione del divieto di retroattività dalla legislazione alla giurisprudenza ben possono, negli ultimi anni, intravedersi.

Per quanto concerne la retroattività dei mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem*, il problema che si pone è – come, del resto, per i mutamenti legislativi – quello dei rapporti con la *res judicata*.

Al riguardo, in Francia ed in Germania l'ordinamento non offre rimedi di sorta. Ciò vale anche per la Spagna, dove in effetti può constatarsi uno iato particolarmente accentuato tra legislazione e giurisprudenza: al regime molto benevolo previsto per lo *jus superveniens* legislativo corrisponde, infatti, una chiusura piuttosto netta alla revisione del giudicato motivata da mutamenti di orientamento giurisprudenziale. Astraendo da casi eccezionali, nei quali tali mutamenti sono stati configurati alla stregua di fatti nuovi che legittimavano la revisione del giudicato, l'unico strumento utilizzabile per alleviare la pena rimane, infatti, l'indulto parziale.

[II] Passando ad esaminare il modello di *common law*, si rintracciano alcuni aspetti almeno in parte simili a quelli già evocati, segnatamente per quanto attiene alla (ir)retroattività della legislazione penale [A], ma anche – scontati – profili di differenziazione, relativi principalmente alle forme di produzione di norme penali [B].

[II.A] Nel diritto inglese, il divieto di retroattività della legislazione (*ex post facto laws*) è affermato con vigore, e le ragioni storiche che hanno portato alla sua emersione rendono evidente il collegamento con la sua funzione garantistica nei confronti di incriminazioni abusive. Il sistema statunitense non si discosta da questa impostazione, se si eccettua la – peraltro decisiva – differenza consistente nella costituzionalizzazione del divieto di *ex post facto laws*, che garantisce (*recte*, dovrebbe garantire) contro qualunque applicazione retroattiva delle norme legislative sfavorevoli. Una siffatta garanzia, per contro, non è rintracciabile nell'ordinamento inglese, se è vero che la sovranità parlamentare rende (almeno in teoria) il divieto suscettibile di deroga da parte del legislatore.

Dalla *ratio* del divieto di *ex post facto laws* si deduce che la *lex mitior* – tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti – ne è immune. Al riguardo, si riscontra, tuttavia, una differenza di non poco momento tra i due ordinamenti presi in considerazione: in Inghilterra, infatti, le regole che presiedono all'interpretazione del diritto legislativo portano a conferire ad una qualunque legge efficacia solo *pro futuro*, donde la necessità, perché la *lex mitior* possa avere effetti per il passato, di una esplicita previsione in tal senso; negli Stati Uniti, invece, la *doctrine* giurisprudenziale c.d. dell'*abatement* fa retroagire gli effetti della legge a tutti i rapporti in corso, di talché al legislatore spetta esplicitare la sua volontà di conferire effetti solo *pro futuro*.

Il parallelismo tra Stati Uniti ed Inghilterra si ripristina allorché si tratti di conferire alla retroattività la forza di travolgere la *res judicata*: in entrambi i sistemi, un intervento legislativo esplicito è al proposito indefettibile.

[II.B] Dall'ambito delle *ex post facto laws* restano incontestabilmente escluse le sentenze. La dottrina tradizionale, che in Inghilterra è ancora, con ogni probabilità, quella più seguita, accredita l'idea (o, forse meglio, la *fictio*) che la giurisprudenza sia, non già una fonte del diritto *ut sic*, bensì lo strumento mediante il quale viene *dichiarato* il diritto che si sostanzia nel *Common Law of the Land*, vale a dire in consuetudini vigenti da tempo immemorabile su tutto il territorio statale. In quest'ottica, al mutamento di giurisprudenza (*overruling*) si riconosce (pur con qualche oscillazione) una efficacia retroattiva, quale che sia la materia su cui interviene e quale che sia la portata che ha sui consociati. Nel diritto penale, questa impostazione si riverbera, tra l'altro, nell'impossibilità di opporre il principio secondo cui *nullum crimen sine lege* di fronte a fatti su cui un giudicato non si sia formato prima che intervenga l'*overruling* che peggiora la situazione del reo. La retroattività "naturale" dell'*overruling* non ha, invece, la forza di travolgere sentenze passate in

giudicato, a prescindere dall'impatto – positivo o negativo – che l'*overruling* potrebbe avere sulla situazione giuridica del reo.

Gli stessi principi valgono, nella sostanza, anche per gli Stati Uniti, dove peraltro la funzione della giurisprudenza è inquadrata in termini meno dogmatici, ciò che veicola una più esplicita accettazione della teoria secondo cui "*judges do make law*". Il riflesso pratico di questo approccio si è tradotto, tra l'altro, nell'introduzione del c.d. *prospective overruling*, cioè della limitazione ai soli rapporti futuri dell'*overruling*. Tale tecnica decisoria, comunque, vive oggi una fase nettamente recessiva, tanto da essere stata abbandonata, almeno a livello di giurisdizione federale.

Con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali, le differenze tra Inghilterra e Stati Uniti si apprezzano, peraltro, più sul piano pratico che su quello teorico. In particolare, i due ordinamenti divergono sensibilmente per quel che attiene alle conseguenze di un *overruling* favorevole al reo che intervenga una volta che la condanna sia divenuta definitiva. Per tale evenienza, l'ordinamento inglese appronta, oltre allo strumento dell'appello tardivo (concesso a discrezione del giudice), il rimedio della revisione, resa però di assai difficile percorribilità dalla necessità che l'istanza sia fatta propria da una apposita *Commission*. Negli Stati Uniti, almeno a livello federale, il rimedio principe opera piuttosto sulla commisurazione della pena: un mutamento, indifferentemente legislativo o giurisprudenziale, può condurre ad una revisione delle linee guida adottate da una speciale *Commission* per orientare i giudici nella commisurazione delle pene nei casi concreti; tale revisione, a sua volta, può condurre ad una mitigazione della pena.

# FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco

## 1. Diritto penale e successione delle norme nel tempo

Il diritto costituzionale francese disciplina la successione delle norme penali nel tempo all'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino<sup>1</sup>, ai termini del quale "la Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata".

Da questa norma è stato dedotto sia il principio di non retroattività delle leggi penali sia quello di retroattività della *lex mitior* (con la giurisprudenza che è stata chiamata ad individuare, tra le norme succedutesi, quella più favorevole<sup>2</sup>).

I principi di tutela dei consociati connessi al tema della successione di norme penali potrebbero, forse, trovare un fondamento, oltre che nell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, anche nell'articolo 16 della medesima, là dove si stabilisce che "ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una Costituzione".

Tale disposizione è stata interpretata dal *Conseil constitutionnel* anche come la garanzia del diritto ad un ricorso effettivo, del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, dell'indipendenza e dell'imparzialità delle giurisdizioni<sup>3</sup>.

Per quanto qui rileva, si è posta la questione relativa alla ricavabilità, da questo articolo, di un principio costituzionale di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento. La risposta sembra, tuttavia, che debba essere negativa.

---

<sup>1</sup> Sul quale v. *Code constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, sub *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Article 8 (*Commentaire*).

<sup>2</sup> Per una analisi della giurisprudenza sul punto si rinvia a *Lois et décrets*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, agg. 2011, 19-21. La comparazione tra le norme è, sovente, piuttosto agevole da condurre. Ad esempio, una legge è ritenuta meno severa quando sopprime un'incriminazione, cessa di punire il tentativo, elimina un'aggravante, pone condizioni meno rigorose perché il reato possa dirsi integrato, etc., mentre è più severa una legge che estenda l'ambito di un'incriminazione, aggravi il regime di responsabilità, etc. Sul piano sanzionatorio, è meno severa una legge che prevede alternativamente e non più cumulativamente una pena detentiva ed una pena pecuniaria, quella che riduce il periodo di reclusione, quella che rende facoltativa e non più obbligatoria l'irrogazione di alcune sanzioni, etc. Tra due pene di natura differente, la più severa è quella che ha un rango più elevato nella scala delle pene (così quelle pecuniarie sono sempre meno severe di quelle detentive), mentre per quelle della stessa natura e dello stesso grado si fa riferimento ai limiti edittali.

In taluni casi la comparazione è meno lineare. A fronte di norme complesse, si deve verificarne la divisibilità o meno. Nel primo caso si procederà ad un'applicazione distributiva applicando immediatamente quelle meno severe; nel secondo, i giudici dovranno ricercare se il testo nel suo insieme o la disposizione principale è più o meno severa della legge precedente.

<sup>3</sup> Cfr. v. *Code constitutionnel*, cit., sub *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Article 16 (*Commentaire*).



Il *Conseil constitutionnel* conferma, ovviamente, che una conoscenza sufficiente delle norme che sono applicabili è indispensabile al fine di rispettare le esigenze poste dall'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (decisione n. 99-421 DC del 16 dicembre 1999). Tuttavia, lo stesso *Conseil* rileva che nessuna norma costituzionale garantisce il principio di tutela del legittimo affidamento (*principe de confiance légitime*) (decisione n. 96-385 DC del 30 dicembre 1996 e n. 97-391 DC del 7 novembre 1997).

In questa logica, il Consiglio di Stato ha di recente rifiutato di sollevare una questione prioritaria di costituzionalità argomentata sull'assunto di una violazione di tale principio, ritenendo che esso non faccia parte dei diritti e delle libertà garantiti dalla Costituzione ai sensi dell'articolo 61-1 della Costituzione (CE, 17 dicembre 2010, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papetee*, n. 343800), ciò che è stato ulteriormente confermato, sia pure implicitamente, dal *Conseil constitutionnel* nell'ambito di altra questione prioritaria di costituzionalità (decisione n. 2010-102 QPC dell'11 febbraio 2011, *Pierre L*)<sup>4</sup>.

### **1.1. Il principio di irretroattività della legge penale (sostanziale) più severa**

Il *Conseil constitutionnel* ha circoscritto l'applicazione del principio di irretroattività delle leggi alla materia penale (decisione n. 80-126 DC del 30 dicembre 1980 e, da ultimo, decisione n. 2010-4/17 QPC del 22 luglio 2010).

Nella Costituzione del 1958, del resto, non è stata inserita una disposizione che precluda, in linea generale, l'efficacia retroattiva della legge. Così, nelle materie diverse da quella penale, per la quale vale l'art. 8 della Dichiarazione del 1789, come ad esempio in quella fiscale, nessun principio costituzionale impedisce alla legge di adottare norme retroattive<sup>5</sup>, purché ciò non abbia come conseguenza quella di infliggere nuove sanzioni ai contribuenti per fatti anteriori all'entrata in vigore delle nuove disposizioni<sup>6</sup> e purché le nuove disposizioni rispondano ad un motivo di interesse generale sufficiente senza privare delle idonee garanzie le situazioni protette a livello costituzionale<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Le giurisdizioni amministrative e giudiziarie riconoscono peraltro, in una certa maniera, l'esistenza di un principio di tutela del legittimo affidamento o di certezza del diritto. Così, il Consiglio di Stato ritiene che il principio di legittimo affidamento, che fa parte del diritto comunitario, si applica in quanto tale nelle materie disciplinate a livello europeo (CE, 30 dicembre 1998, *Entreprises Chagnaud SA* n. 189315 e CE, Ass. 5 marzo 1999, *Rouquette et a.* n. 194658, Rec. 37). Per quanto riguarda le giurisdizioni ordinarie, alcune ammettono occasionalmente l'esistenza di un principio di certezza del diritto (Cass. Soc. 2 maggio 2000, Boll. Civ. 162 e Cass. Com. 6 dicembre 2005, Boll. Civ. IV 240).

Il Consiglio di Stato è stato, comunque, senz'altro più audace, se è vero che ha fatto riferimento anche alla certezza del diritto per modulare gli effetti nel tempo dei suoi mutamenti giurisprudenziali (CE, Ass. 16 luglio 2007, *Sté Tropic travaux de signalisation*, Rec. 360), pur senza omettere il richiamo al diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'articolo 6 della CEDU (al medesimo fine, la Corte di cassazione si è riferita solamente a quest'ultimo, omettendo ogni richiamo alla certezza del diritto: v. *infra*).

<sup>5</sup> Cfr. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-4/17 QPC del 22 luglio 2010.

<sup>6</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 86-223 DC del 29 dicembre 1986.

<sup>7</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 97-397 DC del 18 dicembre 1997.

L'articolo 2 del codice civile dispone che “la legge dispone solo per l'avvenire, non ha effetto retroattivo”. Questa disposizione ha però rango legislativo; il legislatore può dunque derogare a quanto ivi disposto adottando leggi speciali retroattive (*Conseil constitutionnel*, decisione n. 88-250 DC del 29 dicembre 1988), al fine di far valere altri obiettivi costituzionali<sup>8</sup>. La Corte di cassazione ritiene che, anche se il legislatore può adottare, in materia civile, disposizioni che hanno un effetto retroattivo, il principio di preminenza del diritto e la nozione di processo equo si oppongono, salvo che sussistano motivi di interesse generale imperativi, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia posta in essere al fine di influenzare l'esito giudiziario di cause in corso (Cass. Ass. Plen. 23 gennaio 2004, Boll. Ass. Plen., n. 2)<sup>9</sup>. Da notare è anche che dal principio contenuto nell'articolo 2 del codice civile è ricavato il principio generale del diritto di non retroattività degli atti amministrativi (Consiglio di Stato, 25 giugno 1948, *Société du Journal “L'Aurore”*, Rec. 289).

Con precipuo riferimento alla materia penale, il principio di irretroattività si applica solo alle pene ed alle sanzioni che hanno carattere di afflittività. Non si applica, però, alle modalità di esecuzione delle pene (*Conseil constitutionnel*, decisione n. 2005-527 DC).

In caso di successione di leggi penali nel tempo, il *Conseil constitutionnel* ritiene che il *tempus commissi delicti* è rilevante nel senso che una nuova legge non può sanzionare “situazioni legalmente acquisite” (*Conseil constitutionnel*, decisione n. 84-181 DC dell'11 ottobre 1984, nella quale ha dichiarato conformi alla Costituzione le disposizioni legislative relative all'esecuzione delle condanne privative di libertà e principalmente relative al periodo minimo da scontare).

Il principio di irretroattività della legge penale si scompone in due principi: quello secondo il quale la irretroattività vale unicamente per le leggi penali più severe, e quello, che emerge *a contrario*, che le leggi penali *in bonam partem* si applicano in modo retroattivo (c.d. retroattività *in mitius*).

Il codice penale ha positivizzato questi due principi nel Capitolo II del Titolo I (*Della legge penale*) della Parte I (*Disposizioni generali*) (articoli da 112-1 a 112-4).

In particolare, viene in rilievo l'articolo 112-1 del codice penale, secondo il quale l'applicazione della norma penale nel tempo è determinata dalla norma in vigore al momento della commissione del reato (comma 1), con la precisazione che possono essere pronunciate solo le pene legalmente applicabili a quella data (comma 2). Ne risulta che una legge penale che crea un nuovo reato o che aumenta la pena applicabile ad un reato non si applica ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

## **1.2. Il principio di retroattività della legge penale (sostanziale) favorevole**

Consacrato nella decisione n. 80-127 del 20 gennaio 1981, il principio di retroattività della *lex mitior* è stato dedotto, come si è detto, dall'articolo 8 della Dichiarazione del 1789, e segnatamente dal principio di necessità delle pene.

---

<sup>8</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 84-181 DC dell'11 ottobre 1984.

<sup>9</sup> Cfr. il commento all'articolo 16 della Dichiarazione del 1789, in *Code constitutionnel*, cit., *sub Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Article 16 (*Commentaire*), n. 271.

Il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 2010-74 QPC 3 dicembre 2010, ha affermato che il principio di necessità delle pene implica che la legge penale più favorevole sia resa immediatamente applicabile ai reati commessi prima della sua entrata in vigore per i quali non sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato. Tale affermazione è ripresa dal codice penale del 1994, che, all'articolo 112-1, comma 3, ha previsto che "le nuove disposizioni si applicano alle infrazioni commesse prima della loro entrata in vigore e che non hanno dato luogo ad una condanna passata in giudicato, qualora siano meno severe delle disposizioni precedenti".

La Corte di cassazione interpreta restrittivamente questa disposizione, nel senso che permette di applicare la nuova legge a fatti anteriori che siano già stati giudicati in prima istanza, ma che non siano ancora oggetto di una sentenza di appello o di cassazione (Cass. Crim. 25 maggio 1994, n. 93-83.820, Boll. crim. 198).

In appello e in cassazione è possibile invocare l'applicazione della legge favorevole successiva solo a due condizioni: la legge deve essere in vigore ed alla vigenza devono associarsi l'efficacia e l'applicabilità (Cass. Crim. 29 novembre 1992, n. 92-82.346, Boll. Crim. 393).

Per le decisioni passate in giudicato, non è invece possibile invocare l'applicazione della legge retroattiva meno severa (Cass. Crim. 29 novembre 1992, n. 92-82.346, Boll. crim.). In proposito, il codice penale del 1810 non prevedeva alcun correttivo, residuando, se del caso, solo l'istituto della grazia. Il nuovo codice penale, di contro, ha previsto, all'articolo 112-4, un altro correttivo, in sede di esecuzione della pena, limitatamente ai casi di successiva *abolitio criminis*. Al comma 1 dell'articolo si conferma il principio secondo il quale "l'applicazione immediata della nuova legge è senza effetto sulla validità degli atti compiuti in conformità alla legge anteriore", mentre al comma 2 si pone una eccezione stabilendo che, "tuttavia, la pena cessa di ricevere esecuzione quando è stata pronunciata per un fatto che, in virtù di una legge posteriore al giudizio, non ha più carattere di illecito penale". Tale previsione è stata applicata, ad esempio, per la mendicizia ed il vagabondaggio, la cui rilevanza penale è stata eliminata con il codice penale del 1994.

L'articolo 112-4, però, non può essere invocato quando la abolizione del reato non esclude la rilevanza penale del fatto, passibile di sanzione in base ad altra fattispecie delittuosa. Ad esempio, la soppressione dell'abuso di *blanc-seing* (firma in bianco) non è stata ritenuta tale da far venir meno l'antigiuridicità del fatto, che poteva configurarsi come una appropriazione indebita (Cass. Crim. 28 maggio 1994, n. 93-82.003, Boll. crim. 187). Come è evidente dall'analisi del testo della disposizione, il rimedio non è invocabile neppure quando una nuova legge attenua le conseguenze penali, senza però giungere ad una *abolitio criminis* (Cass. Crim. 22 maggio 1995, n. 94-83601).

### **1.3. Il principio c.d. di applicazione immediata di alcune leggi penali**

Il principio di irretroattività in materia penale non si applica quindi a tutte le leggi penali che siano (o possano essere) peggiorative della situazione del reo.

L'articolo 112-2 del codice penale, da ultimo modificato con la legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, prevede quattro tipi di leggi che sono immediatamente applicabili a reati commessi prima della loro entrata in vigore: la prima concerne le leggi sulla competenza e sull'organizzazione giudiziaria (1°); la seconda le leggi relative alle modalità di instaurazione dell'azione penale e quelle relative alla forma del procedimento (2°); la terza concerne le leggi relative al regime di esecuzione e di applicazione delle pene (3°); la quarta ipotesi menzionata dal codice concerne infine le norme sulla prescrizione dell'azione pubblica e delle pene quando non sono estinte (4°).

Le ipotesi dell'articolo 112-2 riguardano, quindi, quasi tutte le leggi penali "di forma" (il codice penale del 1994 ha ripreso sul punto le soluzioni emerse in via giurisprudenziale).

Per le leggi sulla competenza e sull'organizzazione giudiziaria, si fa luogo ad applicazione immediata a condizione che non sia già intervenuto un giudizio di primo grado; mentre per le altre leggi procedurali la legge si applica a tutti i processi in corso.

Con riferimento alle leggi sull'esecuzione delle pene, l'applicazione immediata si spiega con il fatto, se la situazione è determinata definitivamente dalla condanna, queste leggi non mutano la natura della pena ma solo il regime di espiazione. Il codice, non a caso, precisa che, qualora queste leggi avessero come risultato quello di rendere più severe le pene pronunciate dalla decisione di condanna, si applicherebbero solo per condanne pronunciate relativamente a fatti commessi dopo la loro entrata in vigore.

Da notare è, poi, che la giurisprudenza tradizionale della Corte di cassazione considerava le leggi di prescrizione come leggi penali sostanziali ed applicava loro il principio di retroattività della legge favorevole; in un secondo tempo, la giurisprudenza ha limitato questa impostazione alle norme sulla prescrizione delle pene; il codice penale ha superato anche questa limitazione, optando per la diversa configurazione alla stregua di norme procedurali tanto delle norme sulla prescrizione dell'azione penale quanto di quelle sulla prescrizione delle pene.

Una importante riserva all'applicazione immediata delle leggi di procedura è quella relativa alla impossibilità di ledere un diritto procedurale della persona (considerato come *droit acquis*). In quest'ottica, l'articolo 112-3 del cod. pen., riprendendo una soluzione giurisprudenziale (Cas. crim. 18 maggio 1987, Boll. Crim. 199) dispone che "le leggi relative ai titoli legittimanti l'esercizio dell'azione nonché ai termini nei quali le azioni devono essere esercitate ed alla qualità delle persone ammesse a ricorrere sono applicabili [soltanto] ai ricorsi promossi contro le decisioni pronunciate dopo la loro entrata in vigore (...)".

Oltre alle leggi c.d. di applicazione immediata, si ha un altro caso nel quale una legge penale più severa può trovare applicazione retroattiva. Il riferimento va alle leggi c.d. interpretative (Cass. Crim. 21 ottobre 1943, S. 1.29), le quali sono considerate come facenti corpo con il testo precedente. Di conseguenza, la Corte di cassazione ritiene che, anche se il fatto è stato commesso prima della nuova legge interpretativa, quest'ultima si deve applicare unitamente alla legge precedente che è oggetto di interpretazione (Cass. Crim. 3 dicembre 1990, n. 89-86.514 Boll. crim. 412); tale soluzione, ovviamente, non è possibile quando la legge interpretativa intenda retroagire ad una data anteriore all'entrata in vigore della legge che interpreta (Cass. Crim. 23 gennaio 1989, Boll. Crim. 25). La medesima soluzione si estende alle leggi relative alle misure di sicurezza, a quelle di esecuzione forzata ed a quelle di natura economica<sup>10</sup>.

## **2. Gli effetti nel tempo delle sentenze**

### **2.1. Sugli effetti nel tempo dei mutamenti di giurisprudenza, in generale**

L'articolo 5 del codice civile vieta, in linea di principio, gli *arrêts de règlement* e quindi impedisce di riconoscere alla giurisprudenza il carattere di fonte del diritto. Questa scelta è il

---

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia a *Code pénal*, Paris, Dalloz, 2012, *sub Article 112-4 (Commentaire)*.

risultato della concezione legicentrista adottata con la rivoluzione francese, alla luce della quale era negato il potere normativo del giudice, che Montesquieu aveva non a caso definito come la “bocca della legge”.

Una parte della dottrina, peraltro, ritiene che l’articolo 5 impedisca al giudice di esercitare una potestà legislativa nelle forme e nei modi propri del legislatore, il che sarebbe confermato dalla circostanza che la Corte di cassazione enuncia il diritto solo in occasione di casi particolari e non legifera *ex nihilo*, in astratto. Non vi sarebbe, dunque, nell’attività del giudice alcuna intromissione nella sfera legislativa né alcuna violazione del principio di separazione dei poteri<sup>11</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che “la decisione giurisdizionale presenta solo un effetto dichiarativo che conforma l’interpretazione adottata, senza che si possa, malgrado la sua applicazione a fatti anteriori, considerare che viene applicata retroattivamente. Affermare il contrario equivale a confondere l’effetto retroattivo e dichiarativo della decisione giurisdizionale e la retroattività [*stricto sensu* intesa], mentre queste due nozioni sono distinte, [giacché] per potere parlare di retroattività deve sussistere una volontà dell’autore della norma in tal senso”<sup>12</sup>. Nella stessa logica, taluni<sup>13</sup> si richiamano alle parole di Portalis, secondo cui “un giudice è associato allo spirito della legislazione, non potrebbe condividere il potere legislativo”, per escludere sia il potere normativo del giudice sia la sua possibilità di modulare nel tempo gli effetti dei suoi cambiamenti giurisprudenziali.

In senso contrario, una voce particolarmente autorevole, ponendo l’accento sulle conseguenze che i mutamenti giurisprudenziali possono provocare, ha sostenuto, oltre quarant’anni fa, che il mutamento di giurisprudenza sia per natura retroattivo, in quanto il giudice si pronuncia su fatti, atti o situazioni giuridiche che sono anteriori alla decisione stessa<sup>14</sup>. Si è dunque argomentato che, in realtà, “l’*arrêt de règlement* non esiste nel nostro diritto, esiste per il giudice solo una tecnica di formulazione della norma, [vale a dire quella di enunciare] nei *considérants*, in modo più o meno esplicito, la formula generale da cui dedurrà la soluzione per il caso di specie che gli è stato sottoposto. Ne risulta, di necessità, che, quando il giudice procede ad una modifica della regola anteriore, la nuova regola produce i suoi effetti, non dal momento della decisione, ma da quello della pronuncia, ed a proposito dei fatti sui quali statuisce. Ora, nel momento in cui si è svolto il fatto, o l’atto è stato adottato, la regola giurisprudenziale era, per ipotesi, fissata in un certo senso. Non è tuttavia questa regola, in vigore all’origine del giudizio, che [al fatto o all’atto] sarà applicata, ma quella che il giudice sostituirà al termine del giudizio. Si ha quindi retroattività della regola giurisprudenziale, non solo per i fatti relativi alla causa, ma anche, nella misura in cui il giudice farà

---

<sup>11</sup> P. MORVAN, *Le sacre du revirement prospectif sur l’autel de l’équitable*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 835.

<sup>12</sup> T. BONNEAU, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement*, in *Dalloz*, 1995, 24, cit. in N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Président (de la Cour de cassation) GUY CANIVET*, Paris, Litec, 2005, 10.

<sup>13</sup> W. DROSS, *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? A propos de l’application dans le temps des revirements de jurisprudence*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 472.

<sup>14</sup> J. RIVERO, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, in *Actualité juridique du droit administratif*, 1968, 15, cit. in N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Président (de la Cour de cassation) GUY CANIVET*, cit., 5.



riferimento a questa nuova regola, nei confronti di tutte le cause simili per la quale la decisione faccia giurisprudenza e che saranno decisi successivamente”<sup>15</sup>.

A prescindere dai diversi orientamenti su questi – certo fondamentali – elementi, gli effetti dei mutamenti di giurisprudenza sono stati messi in evidenza soprattutto in relazione all’incidenza che hanno sulle situazioni giuridiche soggettive, segnatamente per coloro i quali hanno fatto affidamento su una certo assetto giuridico<sup>16</sup>.

Le preoccupazioni crescenti relative ai mutamenti di giurisprudenza si inseriscono nell’ambito di una denuncia, più generale, delle conseguenze nefaste della retroattività. L’influenza del diritto comunitario e quello della CEDU si manifesta nell’avvertita necessità di limitare le violazioni della certezza del diritto e dei principi di prevedibilità del diritto e di tutela del legittimo affidamento, con riferimento a qualunque fonte, sia essa di matrice legislativa ovvero giurisprudenziale.

In questo contesto, ci si è preoccupati di individuare i possibili rimedi nei confronti della retroattività degli effetti dei mutamenti di orientamento giurisprudenziale.

N. Molfessis, riferendosi alla variabilità dei cambiamenti di giurisprudenza (che possono avere effetti favorevoli o meno per le parti, che possono avere o meno riflessi economici significativi, che possono o meno smentire previsioni fatte dai soggetti, etc.<sup>17</sup>) ha evidenziato che non tutti richiedono una modulazione degli effetti nel tempo.

Lo stesso Molfessis ha posto in evidenza come la Corte di cassazione ricorra ad alcune tecniche per limitare gli effetti dei suoi cambiamenti giurisprudenziali, senza che possa tuttavia parlarsi, *a rigori*, di modulazione nel tempo: (1) il cambiamento progressivo, c.d. *revirement progressif*, alla luce del quale la soluzione nuova viene, per così dire, elaborata in più tempi, al fine di suggerire una previsione che anticipi la soluzione finale, limitandone in tal modo gli effetti sulla stabilità dei rapporti giuridici; (2) l’utilizzo di *obiter dicta*, grazie ai quali la Cassazione avverte circa future evoluzioni; (3) l’interpretazione della legge in stretta correlazione con i suoi provvedimenti attuativi, che consente di far decorrere gli effetti dell’interpretazione medesima, non già dall’entrata in vigore della legge, ma semmai da quella dei (successivi) provvedimenti.

È stato il Consiglio di Stato (CE, Ass. 11 maggio 2004, *Association AC!*, n. 255886) che, per primo, si è espressamente riconosciuto il potere di modulare nel tempo gli effetti dei suoi cambiamenti giurisprudenziali (anche a prescindere da esplicite previsioni legislative al riguardo) quando gli eventuali effetti retroattivi della decisione avrebbero conseguenze manifestamente eccessive. Nella specie, il Consiglio di Stato ha raccolto le osservazioni delle parti prima di pronunciarsi al fine di determinare la data a partire dalla quale la sua nuova giurisprudenza avrebbe avuto effetto. In concreto, il Consiglio di Stato, in certi casi, non solo non ha dato immediata applicazione al nuovo orientamento, ma ha addirittura posticipato la sua applicazione. In proposito, ha rilevato che ciò risultava d’obbligo per garantire il rispetto di esigenze costituzionali quali il

---

<sup>15</sup> J. RIVERO, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, in *Actualité juridique du droit administratif*, cit.

<sup>16</sup> Cfr. P. VOIRIN, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences*; JCP 1959, I. 1467, s. 3, cit. in N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Président (de la Cour de cassation) GUY CANIVET*, cit., 5.

<sup>17</sup> N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Président (de la Cour de cassation) GUY CANIVET*, cit., 18.

dovere di dare attuazione alle direttive comunitarie (CE, 24 luglio 2009, *Cté de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique*).

Poco a poco, anche la Corte di cassazione ha iniziato a modulare nel tempo gli effetti dei suoi cambiamenti giurisprudenziali. In un primo momento, la sezione sociale (Cass. Soc. 20 ottobre 1994, Boll. civ. V, 286) ha fatto riferimento al precitato articolo 2 del codice civile per omettere l'applicazione di un cambiamento giurisprudenziale al caso di specie<sup>18</sup>. Successivamente, per giungere alla medesima soluzione, si è riferita alla “necessità di assicurare la salvaguardia e l'effettività di una libertà fondamentale” (Cass. Soc. 17 dicembre 2004, D. 2004 2454).

La sezione civile ha a lungo propugnato invece l'indefettibilità di un'applicazione retroattiva della giurisprudenza, sull'assunto che “l'interpretazione giurisprudenziale di una medesima disposizione in un dato momento non può essere differente a seconda dei fatti considerati e nessuno può invocare un diritto acquisito all'immutabilità di una giurisprudenza” (Cass. Civ. I, 21 marzo 2000, Boll. Civ. I 97). Nel 2004, però, la sezione ha cambiato orientamento ed ha iniziato a modulare nel tempo gli effetti dei propri *revirements*. Ha, dunque, in un certo senso neutralizzato gli effetti “negativi” che la modifica nell'interpretazione della legge avrebbe comportato se fosse stata applicata nel caso di specie. Per giungere a tale risultato, ha fatto richiamo all'articolo 6 della CEDU<sup>19</sup>. Nella specie, il cambiamento di giurisprudenza sarebbe stato sfavorevole alla parte ricorrente (in quanto la nuova interpretazione della prescrizione avrebbe condotto alla inammissibilità del ricorso): qualora fosse stato immediatamente applicato, un tale cambiamento avrebbe avuto chiari effetti pregiudizievoli sul diritto ad un ricorso effettivo garantito dall'articolo 6 CEDU, donde la sua applicazione soltanto *pro futuro* (Corte di cassazione, Civ. II, 8 luglio 2004, Boll. civ. 361<sup>20</sup>).

L'Adunanza plenaria della Cassazione ha ripreso una siffatta soluzione (Cass. Ass. plen. 21 dicembre 2006, Boll. Ass. plen. 15), anch'essa riferendosi all'articolo 6 della CEDU. La dottrina ha positivamente accolto questo orientamento, auspicandone una generalizzazione<sup>21</sup>.

La sezione penale della Cassazione, di contro, non sembra ancora aver adottato analoghe posizioni.

## 2.2. Gli effetti dei mutamenti di giurisprudenza in materia penale

D. Rebut ha constatato che la dottrina penalistica ha trascurato la tematica degli effetti dei mutamenti giurisprudenziali, ciò che non può non stupire, stante l'importanza che le problematiche connesse alla retroattività assumono nel diritto penale<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> P. MORVAN, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable*, cit.

<sup>19</sup> Si noti che l'articolo 55 della Costituzione è stato interpretato dal *Conseil constitutionnel* e dai giudici ordinari e amministrativi nel senso di autorizzare le giurisdizioni comuni ad applicare direttamente le fonti di diritto internazionale, comunitario ed europeo, alle quali si riconosce esplicitamente un rango superiore a quello della legge.

<sup>20</sup> Per una analoga presa di posizione da parte del Consiglio di Stato, v. CE, 3 settembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, n. 297013.

<sup>21</sup> P. THERY, *Pouvoirs du juge : pas de revirement de jurisprudence sur les revirements...*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, 168.

La distanza rispetto all'evoluzione avutasi nel diritto civile è peraltro accresciuta dalla circostanza che le soluzioni emerse in materia civile non possono essere pienamente applicate alla materia penale, in quanto i principi che disciplinano l'applicazione delle norme nel tempo non sono integralmente sovrapponibili.

Se l'articolo 5 del codice civile vieta gli *arrêts de règlement*, il codice penale, all'articolo 111-4, dispone che la legge penale è *d'interprétation stricte*. La concezione della funzione puramente "dichiarativa" del giudice (anche) penale è stata, indubbiamente, un ostacolo non irrilevante all'inquadramento in termini diversi da quelli tradizionali degli effetti dei mutamenti di giurisprudenza.

La concezione classica ha tuttavia perso parte della sua forza, se è vero che, oggi, si riconosce che il giudice penale esercita un potere per certi versi creativo, quando definisce e precisa la legge penale. Il principio di interpretazione stretta ha quindi cessato di essere considerato come un ostacolo al dinamismo della giurisprudenza penale. Caduto il dogma del giudice come bocca della legge, si sono iniziati a porre gli interrogativi in ordine alle conseguenze dei mutamenti giurisprudenziali, tanto da sollevare la questione se per essi possano proporsi le medesime soluzioni elaborate per le modificazioni legislative<sup>23</sup>. Una siffatta identità, peraltro, è lungi dal poter essere riscontrata.

In effetti, la sezione penale della Corte di cassazione applica ancora in modo assoluto l'effetto retroattivo dei suoi cambiamenti giurisprudenziali. Ne risulta che gli effetti dei cambiamenti giurisprudenziali hanno conseguenze diverse da quelli visti per la successione di leggi nel tempo: la giurisprudenza penale applica comunque la retroattività al *revirement*, a prescindere dal suo essere o meno favorevole all'imputato ed a prescindere dalla circostanza che riguardi norme sostanziali ovvero norme procedurali.

Per le norme penali sostanziali, quando il cambiamento di giurisprudenza è favorevole all'imputato, la retroattività della soluzione giurisprudenziale ha, ovviamente, le stesse conseguenze delle modifiche legislative; e la sua applicazione non pone alcun problema di compatibilità con i principi fondamentali del diritto penale, non andando a pregiudicare situazioni di affidamento tutelato (o tutelando) né intaccando la certezza del diritto<sup>24</sup>.

La sezione penale ha avuto occasione di applicare in maniera retroattiva una soluzione giurisprudenziale nuova più favorevole all'imputato in diverse ipotesi, ad esempio in materia di ricettazione, escludendo la sussistenza del fatto-reato in capo ad una persona che aveva acquisito in buona fede un bene rubato e che rifiutava di restituirlo (Cass. Crim. 24 novembre 1977, in Boll. Crim. 371), per la definizione di stupro (Cass. Crim. 21 ottobre 1998, Boll. Crim. n. 274) ed in tema di furto di documento d'impresa (Cass. Crim. 11 maggio 2004, Boll. Crim. 113 e 117), in cui si è stabilito che l'acquisizione del possesso di un documento d'impresa da parte di un dipendente in occasione di una lite che lo oppone al datore di lavoro non è costitutivo di furto punibile, se esso sia strettamente necessario all'esercizio del diritto di difesa).

---

<sup>22</sup> D. REBUT, *Les revirements de jurisprudence en matière pénale*, in N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Président (de la Cour de cassation) GUY CANIVET*, cit., 95 s.

<sup>23</sup> D. REBUT, *Les revirements de jurisprudence en matière pénale*, cit., 96 e 97. L'autore rammenta però che la dottrina si è per solito concentrata solo sugli effetti pregiudizievoli dei cambiamenti di giurisprudenza.

<sup>24</sup> D. REBUT, *Les revirements de jurisprudence en matière pénale*, cit., 98.



Il cambiamento giurisprudenziale ha però effetti retroattivi anche se è sfavorevole all'imputato. Ad esempio, in materia di appropriazione indebita, la giurisprudenza tradizionale era nel senso che non poteva darsi una fattispecie di reato a proposito di beni immateriali. A seguito dell'evoluzione della giurisprudenza, si è però estesa la fattispecie, sino a ricomprendervi i beni immateriali, donde la condanna di un imputato che, in base al precedente orientamento, non sarebbe stato sanzionabile (Cass. crim. 14 novembre 2000, in Boll. Crim. 338).

Un altro esempio è quello della giurisprudenza in materia di delitto di intralcio alla libertà sindacale (Cass. Crim. 30 ottobre 2006, Boll. Crim. 260), a proposito del quale la sezione penale ha adottato un orientamento più rigoroso, applicandolo al caso di specie.

La retroattività della giurisprudenza *in malam partem* è, evidentemente, un problema, in quanto si contrappone al principio di irretroattività della legge penale. Al riguardo, viene in rilievo un giudizio nel quale alcuni imputati condannati sulla base di una giurisprudenza più severa di quella che si applicava al momento dei fatti avevano invocato, nel ricorso per cassazione, proprio il principio di irretroattività delle leggi penali. La Corte ha però respinto tali prospettazioni, precisando che il principio di irretroattività non si applica ad una semplice interpretazione giurisprudenziale (Cass. Crim. 20 gennaio 2002, Boll. crim. 16), che non provoca alcuna modifica della legge penale.

D. Rebut ha evidenziato che questa giurisprudenza dimostra più di ogni altra cosa quanto la sezione penale della Corte di cassazione non intenda assoggettare i propri mutamenti giurisprudenziali al principio di irretroattività. Questa posizione formalista trascura, tuttavia, la considerazione secondo la quale la giurisprudenza può avere, in concreto, lo stesso valore normativo di una legge ed i suoi cambiamenti gli stessi effetti. Questa concezione limitativa del principio di irretroattività, per quanto venga motivato dalla stretta aderenza al principio di legalità, implica, in ultima analisi, un allontanamento da questo principio. Rifiutando di assimilare la giurisprudenza alla legge, infatti, si disconosce sostanzialmente questo principio, lasciando che una soluzione più severa possa retroagire, applicandosi a fatti anteriori al momento in cui è emersa. Da ciò emerge il rischio di una constatata incompatibilità con l'articolo 7§1 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che include la giurisprudenza nel novero delle fonti del diritto<sup>25</sup>.

Uno strumento, quello dell'errore di diritto (*l'erreur de droit*), può venire in rilievo, nella misura in cui si prevede che "non è penalmente responsabile la persona che dimostra di avere creduto, con un errore sul diritto che non era in misura di evitare, di poter legittimamente compiere l'atto" (articolo 122-3 del codice penale).

L'ambito di questa disposizione rimane, tuttavia, limitato, giacché la sua applicazione è circoscritta ai casi in cui l'errore verta sulla liceità del fatto commesso e dunque, con riguardo ai mutamenti giurisprudenziali, può essere invocabile solo in ipotesi di creazione di un illecito penale, ciò che è avvenuto in una risalente giurisprudenza con la quale si è riconosciuta l'inevitabilità dell'errore dopo che un *revirement* aveva incluso nella nozione di furto il rifiuto di restituzione di beni che erano stati volontariamente consegnati dalla vittima, fatto che, prima della modifica di orientamento giurisprudenziale era da ritenersi penalmente irrilevante, non integrando né il reato di furto né quello di appropriazione indebita (Cass. Cim. 21 novembre 1934, Boll. crim. 198).

---

<sup>25</sup> D. REBUT, *Les revirements de jurisprudence en matière pénale*, cit., 100.

L'errore di diritto non è opponibile, invece, ai mutamenti giurisprudenziali che siano sfavorevoli, ma che non mutino la qualificazione di illecito penale del fatto, in quanto l'autore non può avere creduto di compiere un atto lecito. In questo caso l'errore di diritto non può dunque impedire la lesione del principio di irretroattività delle norme penali più severe<sup>26</sup>.

Il quadro che ne emerge pare, in definitiva, piuttosto insoddisfacente da un punto di vista delle garanzie per i consociati. L'opportunità di una evoluzione è resa particolarmente viva anche dalla posizione della Corte di Strasburgo, la quale già ha avuto occasione di sanzionare in modo abbastanza palese la situazione dell'ordinamento francese allorché ha dichiarato che “in carenza di un'interpretazione giurisprudenziale accessibile e ragionevolmente prevedibile, le esigenze dell'articolo 7 [della CEDU] non possono essere considerate come rispettate nei confronti di un imputato. [Imputato per il quale,] pur nella sua qualità di professionista che poteva avvalersi di consulenze di giuristi, era difficile, se non impossibile [...] prevedere il cambiamento giurisprudenziale della Corte di cassazione e dunque sapere che al momento in cui commetteva i fatti questi potevano comportare una sanzione penale (Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c/ Francia*)<sup>27</sup>”.

Per concludere, può constatarsi che, anche in materia processuale, gli effetti retroattivi dei cambiamenti giurisprudenziali, hanno degli effetti diversi da quelli che sono propri delle leggi. In effetti, se le leggi che modificano la procedura penale sono di applicazione immediata, le modifiche giurisprudenziali – sia favorevoli che sfavorevoli al reo – implicano una retroattività piena, ciò che implica una “vera e propria insicurezza giuridica”: ad esempio, sono stati ritenuti nulli retroattivamente tutti gli atti di fermo che non fossero stati notificati direttamente agli interessati, nonostante l'orientamento seguito al momento in cui le notifiche erano state eseguite lo consentisse (Cass. Crim. 18 giugno 1998, Boll. crim. 200). Anche per l'ambito processuale, la sezione penale ha ribadito che il principio di non retroattività non si applica ad una mera (nuova) interpretazione giurisprudenziale (Cass. Crim. 5 maggio 2004, n. 03-82801).

---

<sup>26</sup> Per maggiori dettagli e riferimenti giurisprudenziali sul punto, v. D. REBUT, *Les revirements de jurisprudence en matière pénale*, cit., 101.

<sup>27</sup> P. MORVAN, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable*, cit.

# GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

## 1. L'incidenza del principio di legalità dei reati e delle pene sulla efficacia nel tempo delle norme penali

### 1.1. Il principio di legalità dei reati e delle pene

Come nell'ordinamento italiano, anche in Germania il principio di legalità in materia penale assume rango costituzionale, trovando la propria fonte nell'art. 103, comma 2, Legge fondamentale (LF), che recita: "Un'azione è punibile solo se la punibilità della medesima sia stata stabilita per legge prima che l'azione sia commessa". A livello sub-costituzionale, il codice penale (StGB) ribadisce espressamente tale principio all'articolo 1<sup>1</sup>. Si tratta di un diritto fondamentale che può essere fatto valere anche attraverso ricorso diretto individuale al *Bundesverfassungsgericht*.

La norma costituzionale ha, secondo il Tribunale costituzionale federale, una doppia funzione: da un lato, mira a garantire che il destinatario della norma penale possa prevedere quale condotta è, non solo vietata, ma anche punibile (è l'aspetto della tutela della fiducia o dell'affidamento); dall'altro lato, si intende garantire che la decisione circa la punibilità di una determinata condotta venga assunta antecedentemente da parte del legislatore e non solo dal potere esecutivo o dal potere giudiziario (è l'aspetto della separazione dei poteri). Al fine di garantire tale doppia funzione, l'art. 103, comma 2, LF prevede una riserva di legge rigorosa<sup>2</sup>.

La funzione di garanzia di legge penale è, in particolare, assicurata dagli irrinunciabili postulati costituiti dalla (i) riserva di legge (*nulla poena sine lege*), (ii) dalla determinatezza della fattispecie (*nulla poena sine lege certa*), (iii) dal divieto di analogia (*nulla poena sine lege stricta*) e, infine, (iv) dall'irretroattività della legge penale (*nulla poena sine lege praevia*)<sup>3</sup>, cui si dedicherà particolare attenzione in questa sede. Quest'ultimo postulato viene peraltro anche dedotto dal principio dello Stato di diritto (che sancisce anche la tutela del legittimo affidamento) e dalla tutela della dignità umana, in combinazione con il disposto del principio "*sine culpa*" (ricavabile, a sua volta, dal principio dello Stato di diritto – art. 20, comma 3, LF – nonché dallo stesso art. 103, comma 2, LF)<sup>4</sup> (v. anche *infra*).

Il primo corollario dell'assunto "*nulla crimen sine lege*" è rappresentato dalla necessità di prevedere la punibilità di una condotta solo per il tramite di una *lex (praevia) scripta*. L'art. 104 LF impone che qualunque pena privativa della libertà debba essere irrogata solo in base ad una *legge*

---

<sup>1</sup> "Un fatto può essere punito solo se la punibilità è prevista per legge prima della sua commissione".

<sup>2</sup> Cfr. ad es.: BVerfGE 47, 19, 120; 71, 108, 114; 73, 206, 234 s.; 92, 1, 12; 95, 96, 130s.

<sup>3</sup> V. anche G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, 23 ss.

<sup>4</sup> Alcuni ne ravvisano anche funzioni criminal-politici di tipo generalpreventivo: v. ESER/HECKER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch StGB*, München, Beck (*online*), 28<sup>a</sup> ed., 2010, § 2, n° 1.

*formale* ovvero parlamentare<sup>5</sup>. Il principio di riserva di legge ha come conseguenza il divieto di utilizzazione della consuetudine come fonte di diritto a carico dell'autore di una condotta, sebbene alcuni dettagli siano controversi al riguardo (in ciò il disposto dell'art. 103, comma 2, LF si distingue, del resto, da quello dell'art. 7 CEDU<sup>6</sup>). Si ammette però solitamente che il diritto consuetudinario possa acquisire un'efficacia, purché a favore dell'autore<sup>7</sup>. Da sottolineare è come il diritto consuetudinario possa anche svilupparsi dal diritto giurisprudenziale favorevole che abbia raggiunto una certa continuità, una sufficiente autorità ed un'ampia accettazione<sup>8</sup>. Salvo che abbia dato luogo ad una consuetudine, la giurisprudenza, anche se costante e continuativa delle corti supreme, viene configurata semplicemente alla stregua di una forma di *concretizzazione* della legge<sup>9</sup>.

## 1.2. L'efficacia della legge penale nel tempo ed i limiti alla retroattività

L'efficacia della legge penale nel tempo viene disciplinata a livello sub-costituzionale da un apposito articolo del codice penale tedesco. L'art. 2 StGB così recita:

“(1) La pena e le sue conseguenze accessorie si determinano secondo la legge vigente al tempo del fatto.

“(2) Se la pena viene modificata durante la commissione del fatto, si applica la legge in vigore al momento della cessazione di esso.

“(3) Se la legge in vigore al momento della cessazione del fatto viene modificata prima della decisione, si deve applicare la legge più mite<sup>10</sup>.

“(4) Una legge temporanea deve essere applicata ai fatti commessi durante la sua vigenza anche se non è più in vigore. Ciò non vale allorché una legge disponga altrimenti.

---

<sup>5</sup> Di regola, alla legge in senso formale possono invece essere parificate anche quelle fonti secondarie (*Rechtsverordnungen*: regolamenti, ordinanze, decreti) che provengano da un'autorità legittimata ai sensi dell'art. 80, comma 1, della Legge fondamentale (che autorizza il Governo federale, un ministero federale o i governi dei *Länder* ad emettere atti aventi forza di legge, a condizione che una legge in senso formale determini contenuto, scopo e limiti della delega).

<sup>6</sup> La Germania ha peraltro ratificato la CEDU nel 1953 con una riserva secondo cui avrebbe applicato l'art. 7 CEDU solo nei limiti di cui all'art. 103, comma 2, LF.

<sup>7</sup> In particolare, attraverso: (i) una desuetudine, ossia la soppressione *de facto* di una norma vigente (che deve però essere determinata da una convinzione giuridica generalizzata, non essendo sufficiente una temporanea disapplicazione); (ii) la limitazione dell'area di efficacia della fattispecie tramite la restrizione consuetudinaria di un suo elemento (ad esempio, l'organizzazione non consentita di giochi d'azzardo viene in realtà punita da tempo solo nei casi in cui la posta in palio assume un valore non irrilevante); (iii) l'assunzione in sede penale di principi consuetudinari affermatasi in altri settori del diritto ed incidenti su un elemento di fattispecie; (iv) la creazione di cause di non punibilità, come, ad esempio, il consenso dell'avente diritto, che nello StGB non è previsto come scriminante comune, o il conflitto di doveri. Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 25 ss.

<sup>8</sup> Tale ipotesi si è verificata, ad esempio, per alcune cause di non punibilità.

<sup>9</sup> V., anche per ulteriori riferimenti, G. NOLTE, in MANGOLD/KLEIN (a cura di), *Das Bonner Grundgesetz*, 3° ed., München, Vahlen, 2001, Art. 103 LF, n° 136.

<sup>10</sup> Cfr. anche l'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

“(5) I commi da 1 a 4 valgono anche per l’acquisizione pubblica, la confisca e l’inutilizzazione.

“(6) Se una legge non dispone diversamente, riguardo alle misure di rieducazione e di sicurezza<sup>11</sup>, la decisione deve fondarsi sulla legge vigente al tempo della decisione”.

### ***1.2.1. Il principio di irretroattività***

Il principio sancito dal comma 1 dell’art. 2 StGB, che assume, in riferimento all’art. 103, comma 2, LF, rango costituzionale<sup>12</sup>, vincola non solo il giudice ma anche il legislatore. Al giudice impone come regola quella di applicare la legge vigente *al tempo del fatto*, a prescindere da un’eventuale nuova legge vigente al momento della decisione<sup>13</sup>, salvo quanto disposto al comma 3 dell’art. 2 sulla *lex mitior* (v. *infra*).

Nell’esperienza tedesca, il *tempus commissi delicti* è comunemente individuato nel momento della condotta, per i reati commissivi, e, in caso di omissione, nel momento in cui l’autore avrebbe dovuto agire. Il momento in cui si verifica l’evento causato dalla condotta è invece irrilevante<sup>14</sup>.

Il principio viene garantito nei limiti della retroattività *contra reum*, come si evince chiaramente dal comma 3, che ha in tal senso una funzione esplicativa.

Il divieto di retroattività nel diritto penale, che sancisce quindi solo l’irretroattività *in malam partem*, non si estende infatti all’introduzione di norme a favore del reo che abrogano o modificano in senso favorevole la normativa penale vigente al tempo del fatto<sup>15</sup>.

L’applicazione del principio di irretroattività, che è stato descritto dal Tribunale costituzionale alla stregua di un divieto “assoluto” di retroattività<sup>16</sup>, ha comunque subito alcune restrizioni in casi estremi e situazioni particolari, come ad esempio quelli legati alla sanzione penale di persone compromesse con il regime nazionalsocialista, di funzionari del regime della *ex DDR* (in particolare, dei c.d. *Mauerschützen*, i “tiratori” al confine del Muro di Berlino)<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Con riferimento a tali misure, che non vengono considerate alla stregua di una pena e che dunque pongono problematiche autonome relativamente alla loro retroattività, si fa riferimento alle recenti sentenze del Tribunale costituzionale federale, segnalate nei *Bollettini di informazione sull’attualità giurisprudenziale straniera* del Servizio Studi di maggio e luglio 2011.

<sup>12</sup> BGH NStZ 2007, 211.

<sup>13</sup> W. HASSEMER/W. KARGL, in KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, München, Beck (*online*), 3° ed., 2010, § 2 StGB, n. 13; v., però, ESER/HECKER, cit., § 2, n° 2.

<sup>14</sup> W. HASSEMER/W. KARGL, cit., § 2 StGB, n. 11.

<sup>15</sup> Cfr. BVerfGE 8, 197, 201 ss.; SCHMID-ASSMANN, in MAUNZ/DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, Beck (*online*), 2011, Art. 103 LF, n° 235.

<sup>16</sup> BVerfGE 30, 367, 385.

<sup>17</sup> V. al riguardo BVerfGE 95,96; BVerfG, EuGRZ 1997, 413; BVerfG, NJW 1998, 2585 ss.; BVerfG, NJW 2000, 1480; BGHSt 39, 1 e 168; 40, 218 e 241; 41, 101; 42, 65.

Uno dei problemi interpretativi posti dal comma 1 è quello di stabilire a quali leggi in realtà esso si riferisca. Nessun dubbio sussiste in ordine al fatto che si riferisca alle fattispecie incriminative della parte speciale del codice penale e delle norme di parte generale che ne integrano l'efficacia<sup>18</sup>.

Più problematico e discusso è lo statuto delle norme penali in bianco, delle norme di diritto processuale<sup>19</sup> e di quelle inerenti alla disciplina della prescrizione. Sebbene tale problematica non possa essere approfondita in questa sede, è almeno da rilevare che: a determinate condizioni, la norma richiamata dalla norma penale in bianco in chiave di integrazione del precetto può essere riassunta nella nozione di "legge penale"; secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente (ma non unanime), le norme di diritto processuale non sono invece riconducibili al concetto di legge penale e dunque non si applica loro il divieto di retroattività<sup>20</sup>; particolarmente controversa è, infine, la questione delle norme sulla prescrizione<sup>21</sup>.

### ***1.2.2. Effetti nel tempo della legge e reati di durata***

Il comma 2 dell'art. 2 StGB disciplina la particolare ipotesi in cui avvenga un mutamento legislativo riguardo alle pene edittali (c.d. "minaccia di pena": *Strafdrohung*) durante la commissione del fatto. La previsione concerne, evidentemente, i casi di reato continuato e gli altri "reati di durata", quali il reato permanente ed il reato abituale. Per tali fattispecie, decisivo è il momento in cui cessa la continuazione o la permanenza o in cui la condotta abituale è portata a termine, essendo irrilevanti eventuali modificazioni avvenute nel corso dell'azione criminosa. Ciò vale anche con precipuo riferimento al reato continuato, ma anche qui solo quando si è in presenza di una modifica del regime sanzionatorio; se, invece, la modifica riguarda l'*an* della pena, si devono valutare separatamente le singole condotte che integrano il reato, scindendo quelle poste in essere prima e quelle poste in essere dopo la modifica, valutandole ai sensi del comma 1 (e, se del caso, del comma 3) dell'art. 2 StGB, onde evitare un'applicazione retroattiva sfavorevole.

### ***1.2.3. La retroattività della lex mitior***

L'art. 2, comma 3, StGB stabilisce l'obbligo per il giudice di applicare retroattivamente la *lex mitior*, entrata in vigore dopo la commissione del fatto ed antecedentemente al passaggio in giudicato della sentenza<sup>22</sup>. Questo principio del maggiore favore per il reo non gode di rango costituzionale, ciò che è stato espressamente affermato dal Tribunale costituzionale in una pronuncia concernente un caso in cui tale principio era stato dalla legge derogato (in riferimento,

---

<sup>18</sup> ... e quindi tutti gli elementi che costituiscono o aumentano la pena, le cause di giustificazione e di non punibilità, etc.

<sup>19</sup> Ed in particolare di quelle inerenti ai presupposti ed agli impedimenti processuali per l'esecuzione della pena. V. ESER/HECKER, cit., § 2, n° 6.

<sup>20</sup> V. W. HASSEMER/W. KARGL, cit., § 2 StGB, n° 12, con ulteriori riferimenti; V. ESER/HECKER, cit., § 2, n° 6, anche per ulteriori ragguagli.

<sup>21</sup> Sono molteplici le altre questioni di carattere dogmatico particolarmente controverse, per l'analisi delle quali non può che rinviarsi a G. NOLTE, cit., Art. 103 LF, n° 121 ss.

<sup>22</sup> SCHMITZ, cit., § 2 StGB, n° 25.



peraltro, ad un illecito amministrativo) (BVerfG, ordinanza del 18 settembre 2008 - 2 BvR 1817/08). Il legislatore è quindi libero di derogare al principio di retroattività della *lex mitior*<sup>23</sup>.

La previsione codicistica riguarda, come detto, soltanto i casi in cui il fatto non sia ancora stato giudicato in maniera definitiva. Da ciò si deduce che, a stretto rigore, può parlarsi in proposito di una c.d. “retrospettività”, cioè di una “pseudo” retroattività (*unechte Rückwirkung*), e non di una vera e propria (una “reale”) retroattività (*echte Rückwirkung*)<sup>24</sup>. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale e la prevalente dottrina distinguono la c.d. “retroattività” e la “retrospettività”, definendole come due categorie non assimilabili<sup>25</sup>. Si considera che una norma abbia un *effetto retroattivo* quando si applica a fatti, transazioni o casi conclusi prima della promulgazione della nuova legge: in questo caso, la nuova legge altera le conseguenze giuridiche di rapporti che già potevano dirsi definiti. Di contro, si parla di *retrospettività* quando la nuova legge si applica a fatti o azioni che sono state iniziate nel passato, ma hanno dato luogo a rapporti che non si sono ancora conclusi.

La riconduzione all’una o all’altra delle due categorie è di fondamentale importanza – però soprattutto al di fuori del diritto penale e del campo di applicazione dell’esplicito “*ex post facto*” di cui all’art. 103, comma 2, LF<sup>26</sup> – in quanto il Tribunale costituzionale ritiene che la legge autenticamente retroattiva violi, salvo casi eccezionali, il legittimo affidamento e sia pertanto costituzionalmente illegittima, mentre la legge retrospettiva generalmente non lo è. Al riguardo, si evidenzia come il Tribunale costituzionale concepisca gli effetti per il passato principalmente come un problema dello Stato di diritto il quale ha due aspetti fondamentali, uno obiettivo (*id est*, il principio della certezza del diritto) ed uno che esprime i diritti individuali (il principio dell’affidamento)<sup>27</sup>. In concreto, sono comunque molto limitate le sentenze nelle quali la retrospettività di una previsione è stata all’origine di una declaratoria di incostituzionalità per violazione del principio del legittimo affidamento del ricorrente nella continuità della legislazione.

In ordine alla applicazione in concreto della *lex mitior*, la corte suprema federale (BGH) ha ritenuto (BGH 26, 94) che il giudice di cassazione debba considerare una modifica legislativa solo a seguito di una apposita eccezione (c.d. *Sachrüge*), mentre in dottrina si propugna l’operatività *ex officio* (in applicazione dell’art. 354a del codice di procedura penale - StPO<sup>28</sup>)<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> V. anche SCHMID-ASSMANN, cit., Art. 103 LF, n° 237.

<sup>24</sup> V. ESER/HECKER, cit., § 2, n° 2.

<sup>25</sup> V. BVerfGE 11, 139 del 31 maggio 1960; BVerfG, 3 ottobre 1973 - 1 BvL 30/71; BVerfG, 23 giugno 1993 - 1 BvR 133/89.

<sup>26</sup> In altri campi del diritto, il principio di irretroattività viene fondato sul principio dello Stato di diritto (art. 20, comma 3, LF). Da tale principio scaturiscono poi quello di certezza giuridica e quello di tutela del legittimo affidamento (principio di fiducia, principio della fiducia pubblica – *Vertrauensschutzprinzip*). Mentre il divieto di (vera) retroattività si basa sul principio dello Stato di diritto, per i limiti alla retrospettività il Tribunale fa riferimento anche alle garanzie costituzionali di libertà personali.

<sup>27</sup> La struttura del test di questo principio di pubblica fiducia è essenzialmente il seguente: (1) Basi sufficienti di fiducia; (2) Fiducia; (3) Merito di essere protetti.

<sup>28</sup> Una traduzione inglese della StPO (*Strafprozessordnung*) è reperibile online: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>.

<sup>29</sup> V., per ulteriori ragguagli, ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n. 17.

Una modifica legislativa favorevole (che attenua la pena o che depenalizza la condotta) deve essere presa in considerazione anche laddove il giudizio sia già passato parzialmente in giudicato<sup>30</sup>, ad esempio perché si è pronunciato soltanto il verdetto di colpevolezza (“1’an” della condanna)<sup>31</sup> ma non è ancora stata determinata la sanzione, oppure non si è ancora deciso sulla sospensione condizionale della pena<sup>32</sup>. La modifica legislativa, però, può rilevare solo nei limiti della decisione ancora da rendere.

Il mutamento legislativo deve inoltre essere rilevante ai fini della pena nel caso concreto. Ciò viene affermato solitamente nel caso dell’abrogazione di una norma sostanziale preesistente e, almeno in linea generale, negli altri casi di modificazione con introduzione di nuove norme sostanziali secondo il principio *lex posterior derogat priori*, salvo diversa indicazione nella nuova normativa, i cui effetti vengano limitati al futuro.

La determinazione di quale sia la legge più favorevole può risultare, in certe circostanze, piuttosto problematica, specie allorché non sia chiaro se la *lex posterior* abroghi totalmente o parzialmente quella precedente. L’opinione prevalente paragona al riguardo la vecchia e la nuova fattispecie onde valutare se esse risultino essenzialmente identiche in ragione del protrarsi dello stesso tipo di disvalore (*Kontinuität des Unrechtstyps*)<sup>33</sup>.

Manca nel codice penale tedesco una norma che regoli l’ipotesi dell’*abolitio criminis* da parte di una legge successiva al fatto. Si deduce però in via interpretativa dallo stesso comma 3 che, là dove si parla di legge più mite, non si può non considerare anche quella che prevede la più estrema delle mitigazioni, quale l’*abolitio criminis* indubbiamente è<sup>34</sup>.

Infine, nel caso particolare in cui una legge intermedia più favorevole abbia avuto vigore tra un momento successivo alla commissione del fatto e uno precedente alla definizione del giudizio, sarà questa a dover essere applicata dal giudice, a meno che il motivo della sua caducazione non sia stata rappresentato da una dichiarazione di incostituzionalità.

#### **1.2.4. Le leggi temporanee**

Ai sensi del comma 4 dell’art. 2 StGB, se la legge non dispone diversamente, una legge che abbia un’efficacia temporale limitata è da applicare ai fatti commessi durante la sua vigenza, anche se successivamente al suo venir meno. Si considerano leggi temporanee sia quelle che prevedono già la propria data di scadenza, sia quelle il cui venir meno dipende da un fattore esterno al quale sono rapportate. L’irretroattività della legge più favorevole è in questi casi esclusa perché ciò farebbe perdere ogni autorità ed efficacia a tali norme nel periodo prossimo al termine della loro vigenza.

---

<sup>30</sup> V. OLG Düsseldorf del 16 ottobre 1990, NStZ 1991, 133.

<sup>31</sup> Cfr. BGH - 3 StR 35/64 - del 2 dicembre 1964, BGH - 4StR 386/70 - del 4 marzo 1971 (NJW 1971, 1189), v. anche ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n. 17.

<sup>32</sup> BGHSt 20, 1.

<sup>33</sup> V. per ulteriori rif. ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n. 22.

<sup>34</sup> V. W. HASSEMER/W. KARGL, cit., § 2, n° 25; SCHMITZ, cit., § 2 StGB, n° 27; v. anche BGH - 3 StR 35/64 - del 2 dicembre 1964; AG Potsdam, 86 Cs 1220 Js 32267/09 del 20 agosto 2010.



### **1.2.5. Retroattività ed irretroattività delle norme penali**

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo, si può constatare che, in Germania, esiste un divieto, sancito già nella Carta fondamentale, di leggi penali retroattive. Tale previsione è stata interpretata nel senso di precludere qualunque retrospettività di norme sostanziali che aggravino la situazione del reo, mentre per le norme penali di favore il principio è stato declinato in senso opposto, veicolando una retroattività della *lex mitior*, con l'eccezione delle norme temporanee e delle misure di rieducazione e di sicurezza, per le quali si applicano in ogni caso le norme vigenti al momento della decisione.

### **1.3. Gli effetti della *lex mitior* dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna**

Nell'ordinamento tedesco, l'incidenza della *lex mitior* viene presa in considerazione solo per i casi in cui essa interviene prima del formarsi del giudicato di condanna, e non anche quando interviene dopo il passaggio in giudicato della stessa o durante l'esecuzione della pena, né, *a fortiori*, quando la pena sia stata espiata. Ciò si spiega alla luce del rilievo che l'ordinamento riconosce al principio della certezza del diritto, che generalmente prevale sulla c.d. "giustizia materiale" nel caso singolo<sup>35</sup>.

Alla luce di ciò, i mezzi e le condizioni con cui si può cercare di "riformare" una sentenza di condanna già passata in giudicato sono infatti molto limitati e circoscritti.

In particolare, un mutamento normativo favorevole al reo che sia successivo al giudicato non costituisce un titolo valido per ricorrere alla c.d. revisione della condanna (c.d. *Wiederaufnahme*). La revisione a favore dell'imputato di un procedimento definito con sentenza passata in giudicato è, ai sensi dell'art. 359 StPO, ammissibile soltanto nelle seguenti ipotesi:

"1) se un documento, prodotto in dibattimento e valutato contro l'imputato, è stato falsificato;

"2) se un teste o un consulente tecnico ha reso dichiarazioni contro l'imputato o ha depositato una relazione di consulenza tecnica sfavorevole all'imputato ed è provato che il teste o il consulente tecnico – dolosamente o per colpa – ha violato il proprio dovere di riferire la verità o, rispettivamente, di far conoscere al giudice la verità o ha, comunque, reso – anche non sotto il vincolo del giuramento – dichiarazioni false;

"3) se alla deliberazione della sentenza ha partecipato un giudice o uno Schoeffen (un giudice non togato), il quale, con riferimento a tale deliberazione, si è reso colpevole di una violazione dei doveri assunti, fatta eccezione per il caso in cui ciò sia avvenuto su iniziativa del condannato;

"4) se una sentenza civile, sulla quale è basata la sentenza penale, è stata annullata o riformata per effetto di altra sentenza passata in giudicato;

"5) se vengono dedotti fatti nuovi o prove nuove che sono idonei, da soli o insieme con le prove già acquisite, a determinare l'assoluzione dello imputato o, in applicazione di una norma più favorevole allo stesso, la inflizione di una pena più mite o una decisione più favorevole in materia di misure di sicurezza;

---

<sup>35</sup> M. GRABHOF, in UMBACH/CLEMENS/DOLLINGER (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, Müller, 2° ed., 2005, § 79, n°1.

“6) se la Corte europea dei diritti dell’uomo ha accertato che dalla sentenza risulta una violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali o dei protocolli addizionali”.

Sebbene il tema non abbia ricevuto, almeno per ora, una particolare attenzione, la giurisprudenza e la dottrina sembrano ritenere che il successivo mutamento di norme non possa essere considerato alla stregua di uno dei “fatti o prove nuovi” idonei a determinare l’assoluzione dell’imputato o a mitigarne la pena (comma 5 dell’art. 359 StPO)<sup>36</sup>. La norma non ha d’altronde l’obiettivo di sanare o correggere successivamente eventuali errori commessi nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto.

Le disposizioni in materia di revisione recano una disciplina volutamente tassativa e molto restrittiva per conciliare due principi contrastanti, ma entrambi derivanti dal principio dello Stato di diritto, e cioè quello di giustizia nel caso concreto (legata alla tutela dell’affidamento), da un lato, e quello che sancisce la conclusione definitiva del procedimento passato in giudicato (la certezza del diritto), dall’altro<sup>37</sup>.

Di conseguenza, l’applicazione erronea del diritto non è di per sé un motivo di revisione ai sensi della StPO. Tale tipo di vizio deve invece essere fatto valere nei termini previsti per i regolari mezzi di impugnazione e ovviamente prima del passaggio in giudicato (ed in certi casi, con i necessari requisiti, anche successivamente, davanti al *Bundesverfassungsgericht* nell’ambito di un ricorso diretto individuale).

Fatto salvo il caso in cui un giudice colpevole di una violazione dei propri obblighi partecipa al giudizio (art. 359 n° 3 StPO), una decisione che si fonda su una erronea valutazione giuridica (*falsche Rechtsauffassung*), per “quanto sbagliata sia”, non può quindi essere annullata nel procedimento della revisione a meno che, ovviamente, la decisione non sia al contempo basata su fatti (o fattispecie) che risultano erronei<sup>38</sup>.

Il mero mutamento della valutazione giuridica della fattispecie a causa dell’abrogazione o della modifica della legge applicata nel caso deciso (e, a maggior ragione, a causa di un mutamento giurisprudenziale), non è sufficiente, in altre parole, ad ammettere la revisione ai sensi dell’art. § 359 n° 5 StPO “per fatti nuovi”<sup>39</sup>.

L’opinione prevalente ritiene, infatti, con la corte suprema federale, e contrariamente alla posizione di una minoranza<sup>40</sup>, che c.d. “fatti di diritto” (“*Rechtstatsachen*”) non debbano essere presi in considerazione nell’ambito dell’art. 359 n° 5 StPO: la disposizione deve essere riferita esclusivamente modifiche inerenti a fatti che riguardano le circostanze o i rapporti ed eventi che sono stati accertati come sussistenti nel giudizio passato in giudicato o che sono alla base dello stesso<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> BVerfG 12, 338, 340; BGH StB 6/92 – 3 dicembre 1992 con numerosi riferimenti ulteriori.

<sup>37</sup> BVerfG, MDR 1975, 468, 469.

<sup>38</sup> HOFFMANN in GRAF (a cura di), *Holland-Beck’scher Online-Kommentar StPO*, München, Beck 2012, § 359, n° 21 con ult. rif.; BGH StB 6/92 – 3 dicembre 1992 con numerosi rif.

<sup>39</sup> BVerfG 12, 338, 340; BGH StB 6/92 – 3 dicembre 1992 con numerosi rif.

<sup>40</sup> K. PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozeß*, 3° vol., Karlsruhe, F.C. Müller, 1974, 63 ss.

<sup>41</sup> BGH StB 6/92 – 3 dicembre 1992 con numerosi rif.

Deve peraltro rilevarsi che un eventuale mutamento della situazione normativa e anche quella dell'orientamento giurisprudenziale può essere preso in considerazione, anche se emerso successivamente alla condanna passata in giudicato, in un procedimento di revisione che viene istaurato per altri motivi. Pertanto, se la revisione è ammissibile nei casi previsti nell'art. 359 StPO, il giudice di cassazione deve in tale procedimento anche tenere conto della *lex mitior* che è nel frattempo intervenuta<sup>42-43</sup>.

Un peculiare caso di revisione in materia penale è poi disciplinato dall'art. 79, comma 1, della Legge sul tribunale costituzionale federale (BVerfGG), che così recita: “(1) Contro una sentenza penale passata in giudicato, fondata su una norma dichiarata incompatibile con la legge fondamentale o, ai sensi dell'art. 78, nulla, o fondata sull'interpretazione di una norma che dal tribunale costituzionale federale è stata dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale, è ammessa la revisione della sentenza, secondo le norme del codice di procedura penale”.

Con l'eccezione della caducazione della legge da parte del *Bundesverfassungsgericht*, in tutti gli altri casi non contemplati, la condanna passata in giudicato non può essere riformata. Può quindi accadere che, nel caso concreto, che il principio della certezza del diritto prevalga su quello della “giustizia materiale”.

Conseguenze di tal segno possono, tuttavia, condurre il legislatore ad intervenire direttamente, conferendo alla propria disciplina più favorevole effetti (non meramente retrospettivi, ma) autenticamente retroattivi.

In alternativa (ma si tratta di ipotesi piuttosto remota), il reo può giovare di un'amnistia, che deve essere prevista da una legge parlamentare<sup>44</sup>.

In assenza di una legge favorevole retroattiva e/o di un'amnistia, qualora la condanna sia passata in giudicato, il condannato può solo sperare nella concessione della grazia<sup>45</sup>. L'art. 60, comma 2, LF prevede, in capo al *Bundespräsident*, l'esercizio per il *Bund* del diritto di grazia nei casi individuali. Per il resto, la concessione della grazia rientra nella competenza dei singoli *Länder* (art. 452 StPO), che emettono appositi regolamenti in materia (c.d. *Gnadenordnungen*), nei quali si può tener conto, per situazioni di estrema durezza, della giustizia nel caso singolo.

Solitamente, le istanze per la grazia devono essere presentate ai pubblici ministeri, cui spetta dar loro seguito. Ai fini della presentazione, si richiede che le vie legali siano state esaurite, che sussistano circostanze straordinarie che possono giustificare la grazia e che solo le conseguenze della sentenza – e non il giudizio in quanto tale – vengano toccate dall'eventuale concessione della grazia.

Contro la decisione dell'autorità competente in merito alla concessione della grazia non sussiste un formale mezzo di impugnazione. Alcune *Gnadenordnungen* prevedono però la possibilità di un'obiezione presso l'autorità superiore.

---

<sup>42</sup> Cfr. SCHMITZ, cit., § 2 StGB, n° 71 con ulteriori rif.

<sup>43</sup> In ogni caso, la proposizione dell'istanza di revisione non ha effetti sospensivi automatici dell'esecutività dell'impugnata sentenza, ma è solo il giudice che può disporre in tal senso (art. 360 StPO).

<sup>44</sup> Cfr. BVerfGE 2, 213 (222); 10, 234 (239).

<sup>45</sup> Cfr. ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n° 1 con ulteriori riferimenti. Cfr. SCHMITZ, cit., § 2 StGB, n° 71 con ulteriori rif.

## 2. I mutamenti di giurisprudenza in materia penale

Spostando l'attenzione dal diritto di matrice politica a quello di stampo giurisprudenziale, si deve preliminarmente dar conto di come, nell'ordinamento tedesco, la giurisprudenza, ivi inclusa ed in particolar modo quella in materia penale, non viene tradizionalmente considerata una "fonte di diritto positivo", ma (solo) una fonte "di cognizione del diritto" (*Rechtserkenntnisquelle*) che generalmente non ha valore vincolante<sup>46</sup>.

Una posizione peculiare, propria di una fonte produttiva di diritto vincolante, è attribuita soltanto alla giurisprudenza della giurisdizione costituzionale. Infatti, ai sensi dell'art. 31 BVerfGG, "(1) le decisioni del Tribunale costituzionale federale vincolano gli organi costituzionali della Federazione e dei *Länder*, nonché tutti gli organi giudiziari e le autorità amministrative.

"(2) Nei casi di cui al § 13, nn. 6, 11, 12 e 14 [ovvero nell'ambito di vari ricorsi, come ricorsi in via principale ed in via incidentale], la decisione del Tribunale costituzionale federale ha forza di legge. Ciò vale anche nei casi di cui al § 13 n. 8a [ricorso diretto individuale], se il tribunale costituzionale federale dichiara una legge compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale, ovvero nulla. Qualora una legge sia dichiarata compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale o con altre norme federali, ovvero nulla, il dispositivo della decisione deve essere pubblicato, a cura del ministro federale della giustizia, nel Bollettino ufficiale federale (*Bundesgesetzblatt*). Lo stesso vale per il dispositivo della decisione di cui al § 13, nn. 12 e 14".

### 2.1. I mutamenti *in bonam partem*

Se il caso del *Bundesverfassungsgericht* è risolto già "in via legislativa", le problematiche maggiori si annidano nel diritto giurisprudenziale c.d. "comune". Vengono in rilievo, per quanto qui specificamente interessa, i mutamenti nell'interpretazione di disposizioni legislative penali dalle quali conseguano effetti favorevoli o sfavorevoli al reo.

Sin d'ora, è opportuno tener presente che la questione relativa agli effetti del mutamento di giurisprudenza in materia penale non può non essere, in buona misura, condizionata dal regime piuttosto restrittivo che connota i mutamenti legislativi, relativamente ai quali - come si è visto - neppure per l'*abolitio criminis* è previsto alcun tipo di rimedio.

In generale l'opinione prevalente nega in radice la possibilità di un'estensione al "diritto giurisprudenziale" (e dunque agli *overrulings*) del divieto di retroattività di cui all'art. 103, comma 2, LF ed agli artt. 1 e 2 del codice penale, in quanto tali disposizioni debbono intendersi come rigorosamente riferite alle *leggi*<sup>47</sup>. Il mutamento di orientamento giurisprudenziale può quindi esplicare effetti retroattivi, senza che a ciò osti il divieto costituzionale di cui all'art. 103, comma 2, LF<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Tale impostazione è esposta a sempre maggiori critiche, in particolare nell'ambito del diritto privato, non da ultimo perché la magistratura è legata al principio dello Stato di diritto e perché, nonostante le decisioni non abbiano un effetto *erga omnes*, crea situazioni giuridiche su cui l'imputato o un soggetto altrimenti coinvolto può (o potrebbe) fare affidamento.

<sup>47</sup> Cfr. ESER/HECKER, cit., § 2, n° 7.

<sup>48</sup> Cfr. per rif.: SCHMID-ASSMANN, cit., Art. 103 LF, n° 240.

Come è chiaro, una siffatta impostazione rende del tutto scontato che i mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* spieghino i propri effetti retrospettivamente. Altrettanto scontato, però, è che il limite che incontra il legislatore non può non opporsi anche alla giurisprudenza: così, di fronte al giudicato, un *overruling* non ha alcuna possibile influenza, al pari di quanto si è constatato per la legge. La differenza che residua è semmai data dalla circostanza che, se il legislatore può – al limite – superare l’ostacolo con disposizioni *ad hoc*, al giudice tale possibilità non è data in alcun caso.

## 2.2. I mutamenti *in malam partem*

Le problematiche maggiori si pongono in relazione all’incidenza del divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli sul mutamento di giurisprudenza *in malam partem*<sup>49</sup>.

L’efficacia nel passato per il cambiamento di orientamento giurisprudenziale con effetti sfavorevoli viene solitamente inquadrato nella problematica inerente alla tutela del legittimo affidamento, che si deduce, come accennato, anche dal principio dello Stato di diritto (art. 20, comma 3, LF, in combinato disposto con l’art. 2, comma 2, sulla libertà personale). In linea di principio, si tiene conto del legittimo affidamento nei casi in cui la giurisprudenza venga elevata quasi al rango normativo, quindi, ad esempio, nei casi in cui una determinata materia che non è stata regolamentata dalla legge ovvero lo è stata in maniera approssimativa, sia stata oggetto di una creazione giurisprudenziale di diritto (*praeter legem*), ciò che però, per il diritto penale, è difficile da riscontrare, stante la rigorosa riserva di legge costituzionalmente prevista<sup>50</sup>.

Con precipuo riferimento al mutamento giurisprudenziale nel diritto penale, l’opinione dottrinale prevalente e la giurisprudenza costituzionale<sup>51</sup> sono nel senso che l’art. 103, comma 2, LF non tuteli

---

<sup>49</sup> Cfr. ESER/HECKER, cit., § 2, n° 7.

<sup>50</sup> Con riferimento a settori del diritto diversi da quello penale, si è, infatti, ritenuto che l’affidamento nella giurisprudenza che intervenga su tematica ad “alta densità” di normazione legislativa o regolamentare non è meritevole di tutela. In tale situazione, un cambiamento dell’orientamento è da ritenersi, per solito, prevedibile. Peraltro, un legittimo affidamento si potrebbe creare nei casi in cui la giurisprudenza enunciasse principi generali e regole di base sempre più concreti e puntuali.

Di importanza centrale per la tutela del legittimo affidamento è l’effetto diretto della giurisprudenza sulla condotta dei destinatari delle norme che hanno nutrito affidamento nella stessa. Si distingue al riguardo tra la creazione giurisprudenziale di diritto (diritto giurisprudenziale) e l’interpretazione giurisprudenziale del diritto. Nell’ultimo caso, la tutela dell’affidamento può solo riguardare – in casi eccezionali di particolare e di irragionevole durezza per i destinatari – le conseguenze della condotta ma non la legittimità della condotta stessa. Si deve effettuare una ponderazione degli interessi coinvolti.

Un criterio importante è inoltre la prevedibilità del cambiamento della giurisprudenza nonché l’intensità dell’effetto che si produce per il passato. Mentre un effetto retroattivo del “diritto giurisprudenziale” relativo alle conseguenze giuridiche (cioè nei rapporti esauriti) non è, in principio, ammissibile, l’effetto retroattivo del “diritto giurisprudenziale” relativo alla fattispecie normativa stessa (nei rapporti in corso) è ammesso se risulta prevedibile e ragionevole (rispetto all’affidamento nutrito). Anche in questo caso, comunque, centrale è la ponderazione degli interessi coinvolti.

<sup>51</sup> BVerfGE del 11 novembre 1964 – 1 BvR 488/62, 1 BvR 562/63, 1 BvR 216/64; BVerfGE 18, 224 (240 s.) = NJW 1965, 243 (245 s.); BVerfGE del 12 gennaio 2000 – 2 BvQ 60/99 e 2 BvR 2414/99, NJW 2000, 139 (140); BGH, 28 ottobre 1969 – 1 StR 227/69, BGH - Dallinger MDR 1970, 196; BayObLG, 20 luglio 1990 – RReg 1 St 164/90, maggio 2012

l'affidamento nella stabilità di una determinata prassi posta in essere dall'amministrazione o di una determinata interpretazione fornita dai giudici<sup>52</sup>: l'affidamento nella stabilità di una prassi interpretativa non è tutelabile in quanto l'art. 103, comma 2, LF si riferisce solo alla "legge". Il consociato può e deve, quantomeno, assumere e tenere in considerazione che una condotta che risulta punibile secondo la formulazione letterale di una disposizione possa venire in concreto punita<sup>53</sup>. Se, pertanto, l'interpretazione giurisprudenziale di una norma cambia, tale cambiamento può, secondo l'opinione prevalente, anche essere esteso a fatti-reato commessi prima del mutamento. Un giudice può quindi punire un fatto che in base all'orientamento giurisprudenziale del momento in cui il fatto è stato commesso non sarebbe stato punito. La nuova interpretazione della disposizione penale non rappresenta, infatti, una punizione o un inasprimento sanzionatorio retroattivo, perché realizza – secondo tale impostazione – la volontà del legislatore che esisteva già da prima e che solo in un secondo momento è stata correttamente rilevata<sup>54</sup>. Del resto, ad opinare diversamente, si rischierebbe di ipostatizzare l'interpretazione delle disposizioni penali, paralizzando l'evoluzione della giurisprudenza. L'estensione dell'irretroattività alla giurisprudenza si potrebbe solo eccezionalmente accettare in presenza di un mutamento sorprendente e non pre-annunciato di una giurisprudenza costante circa le basi di valutazione di un fatto<sup>55</sup>.

Particolare attenzione merita la pronuncia 2 BvR 752/90 del *Bundesverfassungsgericht* del 23 giugno 1990 (NJW 1990, 3140), relativa al mutamento giurisprudenziale avente ad oggetto il tasso alcolemico alla guida, che, a causa di nuove conoscenze e rilevamenti scientifici, era stato retroattivamente abbassato dalla giurisprudenza comune, con evidenti ripercussioni negative sugli imputati. Il Tribunale costituzionale federale ha, nel caso specifico, negato che potesse darsi una incostituzionalità per violazione dell'art. 103, comma 2, LF (*sub specie* di difetto della determinatezza della norma penale e/o di violazione del divieto di retroattività della pena) o dell'art. 3, comma 1, LF (divieto di decisioni arbitrarie, in relazione al principio di uguaglianza), poiché il fatto che la magistratura si fosse basata su nuove conoscenze scientifiche rendeva il mutamento di orientamento ragionevole.

Da notare, tuttavia, è che il Tribunale ha sottolineato che la decisione oggetto del ricorso (trattavasi del ritiro del permesso di circolazione) era basata su un cambiamento delle *basi di conoscenza* (*Änderung der Erkenntnisgrundlagen*) e non invece su una modifica del giudizio penale

---

BayObLGSt 1990, 78 = NJW 1990, 2833; ESER/HECKER, cit., § 2 n° 7 con ulteriori rif.; per un'applicazione in via analogica dell'art. 103, comma 2, LF: NEUMANN, ZStW 103 (1991), 331 ss. (336).

<sup>52</sup> BVerfGE del 12 gennaio 2000 - 2 BvQ 60/99 e 2 BvR 2414/99 in NJW 2000, 1480, con riferimento ad un caso in cui la prassi dei pubblici poteri (nella specie, della DDR) era in contrasto con i diritti umani, ha peraltro dato prevalenza alla giustizia materiale rispetto all'affidamento. Sul punto, deve sottolinearsi come il Tribunale costituzionale abbia stabilito, in una pronuncia del 24 ottobre 1996 (BVerfGE 95, 96), che il divieto di retroattività di cui all'art. 103, comma 2, LF trova la sua giustificazione, nel quadro di uno Stato di diritto, nel particolare affidamento che radicano le norme penali, ma ciò solo se queste ultime sono state emanate da un legislatore democratico, che sia istituzionalmente vincolato al rispetto dei diritti fondamentali; v. anche BGHSt 41, 111.

<sup>53</sup> BVerfG, NJW 2008, 3206, v. *infra*.

<sup>54</sup> ESER/HECKER, cit., § 2, n° 7 con rif.

<sup>55</sup> G. NOLTE, cit., *Art. 103 LF*, n° 120. Critica, al riguardo, è H. POHL, *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, in *Schriften zum Öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot 2005, che nega la fondatezza di tale conclusione.



in termini di disvalore (*geänderten strafrechtlichen Unwerturteil*)<sup>56</sup>. Ciò sembrerebbe lasciare uno spiraglio per una conclusione diversa nel caso di un mutamento giurisprudenziale relativo al giudizio di disvalore e, dunque, per una presa in considerazione dello stesso nel quadro del divieto di retroattività<sup>57</sup>. Questa tesi è stata confermata ulteriormente da una più recente pronuncia, del 7 maggio 2008, in cui il Tribunale ha negato la tutela del legittimo affidamento, in base all'art. 103, comma 2, LF, del ricorrente che riteneva nulla una disposizione legislativa la cui applicazione – non verificatasi nel passato – a suo avviso violava il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, LF. In questa occasione il Tribunale si è anche espresso sull'incidenza di mutamenti giurisprudenziali in generale che potrebbero, se mai, rilevare laddove riguardassero una modifica del giudizio di disvalore nel suo insieme (2 BvR 2392/07 in NJW 2008, 3205 s.).

Anche il BGH ha, tra l'altro, sottolineato, in una decisione del 4 febbraio 2003 (BGHSt 48, 197), che il mutamento di giurisprudenza in merito all'interpretazione di un elemento costitutivo del reato non solleva dubbi dal punto di vista costituzionale ed ha specificato – richiamando BVerfGE - 2 BvR 1269/94 - del 27 giugno 1994 (NJW 1995, 125 s.) – che tale diversa interpretazione non può rappresentare un'applicazione retroattiva di una nuova disposizione di legge a scapito dell'autore: il principio del divieto di retroattività e quello di tutela del legittimo affidamento non impediscono ai giudici di valutare certe fattispecie alla luce di nuove conoscenze e rilevamenti in maniera differente rispetto alla giurisprudenza precedente.

Infine, il Tribunale costituzionale federale ha ribadito, in una recente pronuncia (2 BvR 1230/10 del 16 maggio 2011), che la giurisprudenza delle corti supreme (c.d. *höchstrichterliche Rechtsprechung*) non è configurabile come diritto positivo (diritto di rango legislativo – *Gesetzesrecht*)<sup>58</sup> e non crea pertanto alcun vincolo giuridico paragonabile a quello derivante dalla

---

<sup>56</sup> Cfr. anche BVerfG, 19 ottobre 1977, 2 BvR 689/76, BVerfGE 46, 188 (192); BVerfG, 11 novembre 1964, 1 BvR 488/62; BVerfGE 18, 224 (240s.).

<sup>57</sup> Cfr., al riguardo, con ult. riferimenti: SCHMID-ASSMANN, cit., *Art. 103 LF*, n° 241.

<sup>58</sup> V. già BVerfGE 84, 212 (227) = NJW 1991, 2549, in cui il Tribunale costituzionale ha escluso la violazione dell'art. 20, comma 3, LF lamentata dal ricorrente a causa di un inaspettato e asseritamente immotivato mutamento della giurisprudenza. Il Tribunale, negando che le sentenze delle supreme corti facciano parte del diritto positivo avente effetti vincolanti, ha posto in rilievo la libertà dei giudici di discostarsi dalla precedente giurisprudenza anche senza la necessità di dimostrare cambiamenti fondamentali delle circostanze e dell'opinione pubblica, dato che la loro autorità non si estende oltre il singolo caso deciso, se no in base alla capacità di convincimento propria della loro motivazione o dell'*auctoritas* del giudice (le sentenze possono, quindi, avere effetti generali *de facto*, ma non, *a rigori*, effetti normativi). Nello stesso senso v. anche: BVerfGE 38, 386 (396).

Non può tuttavia trascurarsi che, in Germania, esiste un'accesa discussione intorno al *Richterrecht* ("diritto giurisprudenziale" o, più precisamente, "diritto giudiziale"), che verte non tanto sulla natura della giurisprudenza, quanto sulla distribuzione del potere di creare norme giuridiche. Diventa comunque sempre più evidente che la differenziazione frequentemente operata nello Stato di diritto tra atti di posizione ed atti di applicazione delle norme, come due attività attribuite rispettivamente al potere legislativo e al potere giudiziario, non riesce a descrivere adeguatamente la realtà sociale attuale. Negli ultimi decenni, si è fatta strada, anche con autorevolezza, l'idea che il diritto giudiziale possa assurgere a dignità di fonte del diritto, al fianco del diritto legale e del diritto consuetudinario. Il problema del diritto giudiziale viene essenzialmente analizzato da tre punti di vista: (i) vincolo costituzionale del giudice alla legge, (ii) teoria delle fonti (configurabilità o meno della giurisprudenza alla stregua di una fonte del diritto) e (iii) conseguenze ed applicazioni della divisione dei poteri. Per ulteriori dettagli al riguardo, v. G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, Vita e Pensiero, 1989.

legislazione. Secondo tale pronuncia, l'abbandono di una interpretazione fino allora sostenuta dalla giurisprudenza non viola, di per sé, il principio dello Stato di diritto (art. 20, comma 3, LF). Il mutamento della giurisprudenza delle corti supreme solitamente non implica nemmeno dubbi sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento, quantomeno a condizione che il mutamento sia sufficientemente motivato e si mantenga nell'ambito di uno sviluppo prevedibile. Nella misura in cui una giurisprudenza costante e consolidata sia divenuta la base di un affidamento, se ne potrebbe tenere conto, se necessario, tramite disposizioni sull'applicabilità della legge nel tempo o considerazioni di equità nel caso singolo<sup>59</sup>.

La pronuncia ha ulteriormente rilevato che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, non possa prescindersi dal rispetto del principio della colpa. Il principio "*nulla poena sine culpa*" è ancorato alla garanzia della dignità e della responsabilità dell'uomo (art. 1, comma 1, e art. 2, comma 1, LF), nonché nel principio dello Stato di diritto ed esclude la punizione di un fatto senza che sussista una colpa dell'autore<sup>60</sup>. Pertanto, l'affidamento nella interpretazione e nella prassi applicativa precedente di una norma penale potrebbe, al più, trovare riscontri nell'ambito del c.d. sull'errore sulla legge penale (*Verbotsirrtum*) di cui all'art. 17 StGB. Si afferma infatti la sussistenza di un errore inevitabile sulla legge penale allorché la precedente e consolidata giurisprudenza considerasse al momento del fatto una determinata condotta non punibile e se il mutamento di tale giurisprudenza non fosse prevedibile<sup>61</sup>.

Nel caso di specie, il Tribunale costituzionale federale non è stato chiamato a decidere se una condanna penale fondata su un mutamento *contra reum* dell'orientamento giurisprudenziale possa violare il disposto dell'art. 103, comma 2, LF. Ciò nondimeno, si è evidenziato che l'applicazione della norma costituzionale in relazione a mutamenti giurisprudenziali presupporrebbe, in ogni caso, una certa continuità della giurisprudenza preesistente, una continuità sufficientemente solida da creare affidamento.

Sulla scorta di queste considerazioni, nella pronuncia del 2011, il Tribunale costituzionale è sembrato ulteriormente dirigersi verso una futura, pur limitata estensione al diritto giurisprudenziale, della norma costituzionale.

Una tale estensione, peraltro, non manca di sostenitori in dottrina<sup>62</sup>. Taluni autori, infatti, hanno propugnato una applicazione del divieto di retroattività a mutamenti giurisprudenziali delle supreme corti, quantomeno nei casi in cui si tratti dell'interpretazione inerenti ad elementi costitutivi del fatto-reato che vengano concretizzati solo tramite l'interpretazione praticata in maniera continuativa dalla giurisprudenza. Quest'ultima assume, secondo tale orientamento, almeno in casi di questo genere, una funzione legislativa complementare, in quanto il giudice sembra esercitare la stessa funzione del legislatore. Ciò non potrebbe, ovviamente, implicare un generale

---

<sup>59</sup> BVerfGE 18, 224 (240 s.); 74, 129 (151 ss.); 78, 123 (126 s.); 84, 212 (227); 122, 248 (277s.).

<sup>60</sup> BVerfGE 9, 167 (169); 20, 323 (331); 41, 121 (125); 110, 1 (13).

<sup>61</sup> BGHSt 37, 55 (67 ss.); BGH, NJW 1976, 1949 (1950); 2010, 2595 (2597); OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2002, 277 (279); v. anche STERNBERG-LIEBEN, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, cit., § 17 StGB, n° 20 ss.

<sup>62</sup> SCHMITZ in JOECKS ED ALTRI (a cura di), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2° ed., München, Beck, 2011, § 1 StGB, n° 33 ss.; W. HASSEMER/W. KARGL, cit., § 1, n° 51 ss.; v. per ulteriori rif. anche ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n° 7.



divieto di mutamento della giurisprudenza, ma dovrebbe sfociare in un divieto di attribuire ai mutamenti giurisprudenziali *contra reum* una efficacia estesa a fatti anteriori.

Ponendosi in tale ottica, il richiamo alla disciplina dell'errore sulla legge penale, operato da parte dell'opinione prevalente per i casi in cui un legittimo affidamento nella giurisprudenza preesistente venga deluso, non può – secondo tale orientamento – convincere, in quanto insufficiente.

Si giunge, per tal via, a proporre l'introduzione di un limitato “*prospective overruling*”, che consenta di decidere il caso concreto secondo il vecchio orientamento, annunciandosi nella stessa sentenza un mutamento giurisprudenziale *pro futuro*<sup>63</sup>.

Contro il *prospective overruling* è però schierata l'opinione prevalente<sup>64</sup>, la quale sottolinea che, nonostante l'apparente opportunità di un tale istituto, le conseguenze pratiche ingenerate da una sua eventuale introduzione sarebbero di difficile gestione, senza contare i rischi rilevabili in termini di violazione del principio della separazione del potere legislativo da quello giudiziario (che dell'art. 103, comma 2, LF è, in certa misura, la base), finendo il *prospective overruling* per attribuire ai giudici una funzione (quasi) legislativa<sup>65</sup>. Sebbene una funzione legislativa complementare e “concretizzante della legge” venga riconosciuta al potere giudiziario, quest'ultimo non potrebbe in alcun caso essere assimilato al potere legislativo<sup>66</sup>.

Semmai, facendo riferimento al principio del legittimo affidamento, si sottolinea come possa agirsi nel senso di limitare la libertà interpretativa del giudice, circoscrivendo la sua possibilità di innovare rispetto ai precedenti solo in presenza di “migliori ed importanti argomenti”<sup>67</sup>: proprio tenendo conto delle conseguenze di mutamenti giurisprudenziali con effetti per il passato, il principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, LF) imporrebbe di limitare tali mutamenti alle situazioni nelle quali se ne avvertisse la reale necessità; in tutte le altre situazioni, il giudice dovrebbe contenersi entro la giurisprudenza precedente<sup>68</sup>.

### 2.3. Conclusioni

In conclusione, può senz'altro rilevarsi che la questione della retroattività dei mutamenti nel diritto giurisprudenziale non è del tutto chiarita e sarà probabilmente oggetto di ulteriori giudizi e dibattiti dottrinali. Tuttavia, allo stato, i problemi che sono stati posti all'attenzione sono limitati alla retroattività di mutamenti in *malam partem*, mentre per i mutamenti in *bonam partem* non paiono emergere questioni significative. Sul punto, sembrano acquisiti e consolidati i principi secondo cui, per un verso, si ha una efficacia per il passato dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli, in parallelo con quanto disposto per la legislazione, e, per altro verso, tali effetti per il passato non possono non arrestarsi di fronte ad una *res judicata*.

---

<sup>63</sup> Per ulteriori dettagli v. SCHMID-ASSMANN, cit., Art. 103 LF, n° 240 ss.

<sup>64</sup> V. ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n° 7.

<sup>65</sup> V., però, anche la nota 58.

<sup>66</sup> G. NOLTE, cit., Art. 103 LF, n° 120.

<sup>67</sup> V. per rif.: ESER/HECKER, cit., § 2 StGB, n° 7.

<sup>68</sup> V. H. POHL, cit., in particolare p. 233.

# INGHILTERRA

di Sarah Pasetto

## 1. Diritto penale e successione delle norme nel tempo

Il diritto penale e la dottrina penalistica inglesi affondano le proprie radici nell'epoca medievale. Mantenendo, essenzialmente, la terminologia sviluppata da Bracton, l'ordinamento ha poi visto gli interventi di Hale, Hawkins, e soprattutto Blackstone, Bentham ed Austin, che hanno tratteggiato una sistemazione della gran mole di normativa penalistica secondo alcuni principi fondamentali, nell'ottica di dare a questa branca del diritto una forma organica. Nonostante ciò, e nonostante i ripetuti appelli di Bentham alla codificazione, l'ordinamento penalistico inglese manca ancora oggi di organicità; carattere, questo, che non è riscontrabile in generale, nel resto dell'ordinamento giuridico, ma che in materia penale dà luogo a particolare disagio, vista la gravità delle conseguenze sanzionatorie e della riprovazione sociale che le condanne implicano<sup>1</sup>.

### 1.1. Principio di legalità dei reati e delle pene e limiti alla retroattività delle norme

L'ordinamento penale inglese è costituito da un insieme di leggi riconducibili al Parlamento ed alla giurisprudenza, nonché, soprattutto in materia procedurale, da una ingente normativa secondaria (come, ad es., le *Criminal Procedure Rules*). Anche se il Parlamento è titolare sin dal XVII secolo della sovranità, la legislazione (anche in materia penale) è proliferata solamente in tempi recenti (a partire dalla fine del XIX secolo).

Nella storia inglese, il principio di legalità è presente sin dalla promulgazione della Carta di Enrico I, ma è la Magna Carta ad essere il simbolo delle nuove forze sociopolitiche che hanno instaurato la *rule of law* in Inghilterra e stabilito che nessun uomo libero poteva essere privato della propria libertà, della proprietà, della garanzie legali o della vita, se non in conformità alla legge. Anche l'ascesa del Parlamento nel XVII secolo ha avuto un impatto notevole, non solo perché la produzione legislativa è divenuta più frequente e regolare, ma anche perché la sovranità parlamentare è stata alla base delle tecniche e delle pratiche di interpretazione giudiziaria del diritto legislativo penale. A dare ulteriore spinta al radicamento della legalità è stato l'Illuminismo, che dalla Francia è giunto anche in Inghilterra, sia pure in forme parzialmente diverse da quelle continentali.

Il principio di legalità in ambito penale comporta essenzialmente la limitazione del potere dello Stato (o, se del caso, della Corona), attraverso le sue due fondamentali estrinsecazioni secondo cui *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*. Il principio di legalità ha due importanti corollari:

---

<sup>1</sup> J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, II ed., Indianapolis, The Bobbs Merrill Company, 1960, il quale registra preoccupazioni circa la scarsa chiarezza e l'eccessivo volume delle norme penali, preoccupazioni che, ai giorni nostri, sono rimaste immutate: v. K. STEVENSON e C. HARRIS, *Breaking the Thrall of Ambiguity: Simplification (of the Criminal Law) as an Emerging Human Rights Imperative*, in *Journal of Criminal Law*, 2010, vol. 74, 516 ss.

le leggi penali devono essere interpretate in maniera restrittiva da parte delle corti e le stesse leggi non possono avere efficacia retroattiva.

Visto il ruolo centrale delle corti nell'attuazione del principio di legalità, è evidente come questo, in un ordinamento come quello inglese, presenta caratteristiche assai particolari.

Innanzitutto, la giurisprudenza assume il rango di fonte del diritto; pertanto, il "diritto" cui i pubblici poteri debbono attenersi per rispettare il principio di legalità ricomprende necessariamente anche il *common law*, il diritto di origine giurisprudenziale.

La giurisprudenza non può però operare come fonte di diritto senza che operi il principio della vincolatività – sia pure a certe condizioni – del precedente (principio dello *stare decisis*, sul quale v. *infra*, par. 3). A sua volta, il principio dello *stare decisis* opera inevitabilmente per mezzo dell'analogia (*legal analogy*), pratica che incontra forti resistenze nel diritto penale degli ordinamenti di *civil law*. Peraltro, nel contesto inglese, questo processo di applicazione analogica, operato attraverso la *statutory construction* (o *interpretation*), è in concreto "un processo talmente circoscritto in termini di cambiamenti prodotti da essere raramente percettibile. A parte i grandi salti che indubbiamente avvengono, [l'analogia] va di pari passo con l'evoluzione quotidiana del diritto penale [...] producendo così un aggiornamento di termini antichi [...] in modo che gli stessi possano applicarsi più adeguatamente alle nuove condizioni"<sup>2</sup>.

Per quanto riguarda il principio di irretroattività delle leggi, originario del diritto romanistico, già Bracton, nel 1250, Coke e Hobbes, tra il XVI ed il XVII secolo, e Blackstone, in pieno Settecento, ne hanno rilevato la fondamentale<sup>3</sup>. A partire dal XVII secolo, la irretroattività è stata inserita tra le regole ben consolidate della *statutory construction*. Se in origine la regola si fondava su una percezione dell'ingiustizia dell'eventuale retroattività della legge, già per Blackstone la regola era divenuta un principio positivizzato dal legislatore. Infatti, una legge non poteva dirsi efficace prima di essere promulgata; pertanto, non si poteva applicare ad eventi avvenuti prima della sua emanazione<sup>4</sup>.

Il principio è giunto ai giorni nostri sostanzialmente inalterato, esprimendo l'essenziale condizione temporale del principio di legalità: la legge penale deve essere stata in vigore quando è avvenuto il comportamento asseritamente rilevante.

---

<sup>2</sup> HALL, *General Principles of Criminal Law*, cit.

<sup>3</sup> T. HOBBS, *The Leviathan*, 1651, capp. XXVII e XXVIII, reperibile al seguente indirizzo *Internet*: <http://archive.org/details/hobbessleviathan00hobbuoft>.

<sup>4</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England, in four books*, London, John Murray, 1865, reperibile al seguente indirizzo *Internet*: [http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2140&Itemid=27](http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2140&Itemid=27).

Nella dottrina (per lo più) straniera non mancano affermazioni circa l'incompatibilità del principio di legalità con i sistemi di *common law*, fondate sul ruolo della giurisprudenza nell'ordinamento ed il collegato principio dello *stare decisis*. Affermazioni di questo tenore non paiono del tutto giustificate, in quanto l'epoca in cui le corti erano attive nel formulare nuovi reati si è ormai conclusa, a favore della predominanza assoluta delle attività di interpretazione della legislazione e dei principi di *common law* presenti nell'ordinamento ed indispensabili alla comprensione del diritto in generale. Inoltre, grazie al principio di *stare decisis* – si dice – le formulazioni giurisprudenziali possono essere equiparate a quelle legislative, al punto che non è necessario svolgere analisi distinte con riguardo alle due diverse fonti; le problematiche connesse ad una incerta interpretazione letterale si pongono, del resto, per il diritto legislativo allo stesso modo che per la giurisprudenza.

Non esiste, in Inghilterra, alcuna previsione costituzionale esplicita del divieto di retroattività; anzi, in virtù del principio costituzionale della *Parliamentary sovereignty* e l'interpretazione che di tale supremazia legislativa si dà, l'emanazione di una legge retroattiva è teoricamente sempre possibile. Se si considera anche l'ambiguità che spesso connota la formulazione degli *Acts of Parliament* in materia penale, preoccupazioni circa l'effettiva osservanza del principio di legalità non sembrano affatto fuori luogo, nella misura in cui l'interpretazione giudiziale gode senz'altro di maggiori margini di discrezionalità di fronte a lessico equivoco<sup>5</sup>.

In generale, l'opposizione alla retroattività del diritto è un principio profondamente radicato nel *common law*, e non solo in ambito penale. Le eccezioni al principio di irretroattività sono state assai rare nel corso della storia giuridica inglese, concentrate soprattutto nel periodo sanguinario della dinastia Stuart, anche se motivi politici hanno anche in tempi più recenti condotto ad applicazioni retroattive delle norme penali<sup>6</sup>. Più frequenti sono stati i casi di legiferazione *in bonam partem*, in cui si è provveduto a risolvere ingiustizie patite da individui o da determinati gruppi sociali<sup>7</sup>.

Attualmente, lo *Human Rights Act 1998*, legge con cui si è incorporata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico inglese, svolge una funzione costituzionale preminente, contribuendo ad ovviare alle problematiche derivate dall'indeterminatezza del diritto e dall'inerzia del legislatore. Infatti, le autorità pubbliche, comprese le corti, hanno l'obbligo di prendere in considerazione la normativa CEDU, tra cui le previsioni contrarie alla retroattività delle norme penali<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Si v. in tal senso l'articolo di STEVENSON e HARRIS, *supra*, nota 1, che riportano le parole di Lord Phillips, Presidente della Corte suprema del Regno Unito, secondo cui “‘infernale’ è una descrizione accurata del problema dell'interpretazione” dei *transitional arrangements* del *Criminal Justice Act 2003* (sentenza *R (on the application of Noone) v Governor of HMP Drake Hall* [2010] UKSC 30).

<sup>6</sup> Una vicenda piuttosto significativa risale al 1965. Le proprietà immobiliari del ricorrente nel caso *Burmah Oil Co. v Lord Advocate* erano state distrutte su ordine delle forze militari britanniche il giorno dell'occupazione giapponese della capitale birmana Rangoon, durante la II Guerra mondiale. Dopo la guerra, il ricorrente aveva chiesto il risarcimento del danno in base al *common law*, poiché la legislazione vigente in materia non si applicava al caso di specie, e la *House of Lords* ha accolto il suo appello. Poco tempo dopo, è stato emanato un *Act of Parliament* che aboliva con effetti retroattivi il diritto al risarcimento del danno in base al *common law* sul quale si era fondato il ricorrente, annullando pertanto la decisione a suo favore.

In tema di retroattività, K. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, richiama l'attenzione anche su: le *felonies* di *common law*, che hanno conosciuto una costante evoluzione, talvolta anche in senso espansivo; la *Court of Star Chamber*, che era stata creata per amministrare l'*equity* in ambito penale, andando a giudicare anche di fatti anteriori alla sua istituzione; il riconoscimento, all'inizio dell'Ottocento, del potere del Parlamento di creare leggi penali *ex post facto*, senza contare che è sempre possibile, in sede giudiziaria, affermare *ex post* la sussistenza di un reato per comportamenti contrari alla “pubblica morale”.

<sup>7</sup> HALL, *General Principles of Criminal Law*, cit., 60.

<sup>8</sup> L'articolo 7 CEDU, attraverso l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, è diventato un “principio di legalità” secondo cui il diritto penale deve essere “adeguatamente accessibile e formulato con sufficiente precisione da permettere al cittadino di orientare il proprio comportamento”. In *Kokkinakis c. Grecia*, la Corte EDU ha stabilito che l'articolo 7 “incarna, generalmente, il principio che solo la legge può definire un reato e prescrivere una sanzione ed il principio che il diritto penale non deve essere interpretato in maniera lata a danno di un imputato, ad esempio per maggio 2012

## 1.2. Le applicazioni del principio

### 1.2.1. L'assimilazione tra diritto penale sostanziale e diritto processuale

Generalmente, non sussistono differenze tra il diritto penale sostanziale e quello processuale per quanto riguarda il divieto generale di retroattività.

In tal senso, può citarsi il *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* che stabilisce, alla *Section 1, Subsection 3*, che la legge si applica “a reati contestati per i quali non è stata intrapresa alcuna indagine penale prima del giorno prefissato”, ovvero “il giorno indicato ai fini [della operatività della norma] dal Ministro, per mezzo di un’ordinanza<sup>9</sup>”.

Il diritto penale processuale è in Inghilterra contenuto essenzialmente nelle *Criminal Procedure Rules*, l’ultima versione delle quali è stata emanata il 3 ottobre 2011. La *Rule 2.1 (3)* stabilisce che “[l]e *Rules* si applicano dal e successivamente al 3 ottobre 2011, e, a meno che la corte [adita] stabilisca diversamente, esse non influiscono su alcun diritto od obbligo derivante dalle *Criminal Procedure Rules 2010*”. Gli ultimi aggiornamenti della versione più recente delle *Rules* sono entrati in vigore il 2 aprile 2012<sup>10</sup> con effetti solamente *pro futuro*.

Anche per quanto riguarda il *Police and Criminal Evidence Act 1984* ed i relativi *Codes of Practice*, che regolano la condotta degli agenti di polizia, non possono avere efficacia retroattiva. Ciò vale anche per il *Criminal Justice Act 2003*<sup>11</sup>.

### 1.2.2. La differenziazione tra modifiche in bonam o in malam partem

Nella dottrina e nell’ordinamento inglesi non si riscontrano distinzioni espresse tra modifiche normative *in bonam* o *in malam partem*. Il diritto sovranazionale, anche al riguardo, introduce un elemento di chiarezza. Infatti, il principio di irretroattività delle modifiche normative si applica solo

---

analogia; ne consegue che un reato deve essere descritto chiaramente nella legge. Questa condizione è soddisfatta là dove un individuo può conoscere dalla formulazione della norma in questione e, se del caso, con l’assistenza dell’interpretazione in via giudiziale, quali atti ed omissioni lo possono rendere colpevole”. Si è stabilito, in *Achour c. Francia* (ric. n. 67335/01), che la “legge”, ai sensi dell’articolo 7 e di altre previsioni della Convenzione, deve essere interpretata in modo da “includere leggi emanate dal Parlamento ma anche la giurisprudenza ed implica delle condizioni qualitative, comprese l’accessibilità e la prevedibilità”. La condizione di prevedibilità non impedisce, tuttavia, “il chiarimento graduale delle regole che disciplinano la responsabilità penale attraverso l’interpretazione giudiziale nei singoli casi, a condizione che lo sviluppo risultante sia coerente con l’essenza del reato e sia ragionevolmente prevedibile”: *Scoppola c. Italia (N. 2)* (ric. n. 10249/03); si v. anche *Streletz, Kessler e Krenz c. Germany* [2001] ECHR 34044/96.

<sup>9</sup> *Section 1(5)*.

<sup>10</sup> Si v. la *Section 1 del Criminal Procedure (Amendment) Rules 2011*, reperibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/3075/contents/made>.

<sup>11</sup> I *Codes* e le *Rules* di cui nel testo ed altre normative simili sono espressione di un potere normativo secondario, prodotto da organi del potere esecutivo su delega del Parlamento; ciò potrebbe essere rilevante ai fini dell’applicazione del principio di legalità, se la normazione da parte degli enti venisse definita come *ultra vires*, ovvero eccedente i poteri normativi conferiti dal legislatore.

alle modifiche *in malam partem*, come può desumersi dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>12</sup>. La CEDU stessa non contiene espressi rilievi in tal senso, ma l'articolo 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che “[s]e, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima”<sup>13</sup>. In proposito, deve tuttavia rilevarsi che, nel corso dei negoziati sul rapporto tra la Carta di Nizza ed il Trattato di Lisbona, il Regno Unito ha ottenuto un Protocollo per chiarire l'applicazione della Carta all'ordinamento britannico: il Protocollo stabilisce che né le corti nazionali né la Corte di giustizia possono dichiarare incompatibile il diritto britannico alla luce della Carta. Ed infatti, nel marzo 2011, il Parlamento britannico ha ribadito che “la Carta non conferisce alle corti nazionali o europee altri motivi sui quali fondare un'incompatibilità tra le leggi del Regno Unito col diritto dell'Unione europea”<sup>14</sup>.

## 2. La irretroattività della norma penale ed il principio dell'affidamento

### 2.1. Definizione generale del principio dell'affidamento

Il dovere delle autorità pubbliche di agire secondo giustizia, ed il concetto di legittimo affidamento, si pongono a fondamento del diritto amministrativo inglese. Il concetto di legittimo affidamento è strettamente collegato con la regola di *common law* secondo cui gli individui hanno il diritto di poter prevedere, con una certa sicurezza, le conseguenze delle proprie azioni.

Una *legitimate expectation* può insorgere in numerose circostanze, ma più frequentemente nei casi in cui un ente pubblico rilascia una dichiarazione al richiedente (in sede di giudizio) oppure adotta un comportamento sul quale il richiedente ha fatto affidamento e l'ente decide successivamente di negare la dichiarazione o il comportamento. Esistono molteplici pronunce secondo cui una corte deve decidere se la violazione dell'affidamento crea una tale ingiustizia che il nuovo, diverso, comportamento costituisce un abuso di potere.

Nel caso *R v Inland Revenue Commissioner, ex parte Preston*<sup>15</sup>, la *Inland Revenue* aveva assicurato il richiedente che non avrebbe proseguito con le indagini su talune questioni fiscali, se il richiedente accettava di rinunciare ad un rimborso per interessi non corrisposti e di versare una certa

---

<sup>12</sup> In *Kokkinakis c. Grecia* (ric. n. 14307/88), la Corte EDU ha stabilito che l'articolo 7, comma 1, della Convenzione “non è limitato al divieto dell'applicazione retrospettiva del diritto penale a svantaggio di un imputato. Esso incarna, in maniera generale, [...] il principio che il diritto penale non deve essere interpretato in senso lato a svantaggio di un imputato, ad esempio per mezzo dell'analogia; ne consegue che i reati devono essere chiaramente definiti per legge”.

<sup>13</sup> I periodi precedenti dello stesso comma stabiliscono che “[n]essuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

<sup>14</sup> *The European Charter of Fundamental Rights: the Commission's Strategy for Implementation*, relazione redatta il 16 maggio 2011 dalla *Library of the House of Commons* e reperibile al seguente indirizzo *Internet*: <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05963>.

<sup>15</sup> [1985] AC 835.



quota come imposta sulle plusvalenze. La *House of Lords* ha affermato che se un ente pubblico si impegna in un modo che contrasta con i suoi doveri stabiliti per legge, ha in linea di principio il diritto di non agire secondo la propria dichiarazione. Tuttavia, se l'ente ha effettuato una promessa ed ha poi esercitato il proprio potere in un modo che ha dato luogo ad ingiustizia, tale esercizio si può definire come un abuso di potere. Nella specie, la promessa doveva essere mantenuta.

Nel caso *R v (Nadarajah) v SoS Home Department, R (Abdi) v Same*<sup>16</sup>, la *Court of Appeal* ha stabilito che “nei casi in cui un'autorità pubblica abbia formulato una promessa o adottato una prassi che rappresentava il modo in cui intendeva agire in un determinato settore, la legge richiede che la promessa o la pratica venga seguita, a meno che non vi sia un buon motivo per richiedere altrimenti”.

Non è presente nell'ordinamento costituzionale inglese una forma esplicita di tutela del legittimo affidamento. Ciononostante, è evidente l'attenzione delle corti per questo principio, vista, ad esempio, la riluttanza generale ad operare rovesciamenti (*overruling*) di precedenti giurisprudenziali<sup>17</sup>. Una tale affermazione deve, tuttavia, essere temperata, ricordando che le esigenze concorrenti di certezza e flessibilità del diritto hanno portato, in pratica, a conclusioni giudiziali ben diverse, per mezzo dell'*overruling* “puro” o per mezzo di altre pratiche, quali una nuova *statutory interpretation* o il *distinguishing* rispetto a precedenti (*id est*, la constatazione che i fatti della causa in corso divergono rispetto a quelli su cui la decisione anteriore si è fondata).

## 2.2. Le applicazioni del principio dell'affidamento nella materia penale

Alla giurisprudenza sopra ricordata relativa al diritto amministrativo si collega quella emersa in ambito penale, nella misura in cui anche quest'ultima riconosce il potere degli enti pubblici di discostarsi da, oppure smentire, le proprie decisioni, a meno che da ciò non derivi un'ingiustizia inaccettabile. In linea di principio, però, ogni caso deve essere deciso in base ai fatti specifici che lo connotano<sup>18</sup>.

Aspetto significativo della valutazione della condotta processuale abusiva è quello di stabilire se la decisione di procedere in giudizio contro l'imputato è incompatibile con il principio del legittimo affidamento di questi. Nel caso *LM*<sup>19</sup>, il *Lord Justice Hughes* ha affermato che “le corti penali in Inghilterra [...] non decidono se un individuo debba essere perseguito per legge o meno. Decidono se è stato commesso un reato. Possono, tuttavia, trovarsi anche a dover decidere se una procedura alla quale un individuo ha diritto, o nei confronti della quale ha riposto un legittimo affidamento, è stato ignorato a suo svantaggio”. Il *Lord Justice* ha proseguito citando il caso *Uxbridge Magistrates' Court ex parte Adimi*<sup>20</sup>, in cui la *Divisional Court* è stata chiamata a determinare le conseguenze del

---

<sup>16</sup> [2005] TLR 14 December.

<sup>17</sup> Ad esempio, *Lord Greene*, nella sentenza *Re Compton*, ha sottolineato l'importanza di preservare il precedente al fine di tutelare i *vested interests* e la *faith* che le parti hanno riposto nel diritto.

<sup>18</sup> *R v Yacub Ebrahim* [2003] EWCA Crim 1881; per ulteriore giurisprudenza, v. le informazioni sull'abuso processo nel processo redatte dal *Crown Prosecution Service*, reperibili al seguente indirizzo *Internet*: [http://www.cps.gov.uk/legal/a\\_to\\_c/abuse\\_of\\_process/](http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/abuse_of_process/).

<sup>19</sup> [2011] 1 Cr App R 135.

<sup>20</sup> [2001] QB 667.

fatto che, sebbene la norma di un trattato internazionale (l'articolo 31, comma 1, della Convenzione sullo *status* dei rifugiati) vincolasse il Regno Unito a non imporre una sanzione, gli imputati fossero stati comunque perseguiti. La *Divisional Court* ha affermato che l'obbligo, accolto dallo Stato per mezzo della ratifica della Convenzione, aveva dato luogo ad una *legitimate expectation* che l'immunità conferita dalla Convenzione si sarebbe applicata anche ad un imputato cui la norma convenzionale doveva applicarsi. Il *Lord Justice* ha poi citato la pronuncia della *House of Lords*, *Asfaw*<sup>21</sup>, che ha valutato la stessa disposizione, stabilendo che “la possibilità in via giudiziaria di identificare una condotta processuale abusiva è stata riconosciuta, seppure in misura limitata, proprio al fine di assicurare che l'obbligo internazionale assunto dal Regno Unito ai sensi della Convenzione non venga violato”. Nel caso sottoposto alla Corte suprema, si trattava dell'articolo 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani del 2005, che impone l'obbligo di stabilire forme attraverso cui garantire il mancato perseguimento di un soggetto che sia stato costretto a violare le norme della Convenzione. Il *Lord Justice* ha affermato che “il potere di sospendere un procedimento per ‘abuso’ si configura come una clausola di salvaguardia, per assicurare che l'obbligo [internazionale] non venga trascurato nei singoli casi di specie a svantaggio dell'imputato”, ma ha anche precisato che “il potere di sospensione non significa che la corte ha il diritto di sostituire il proprio parere a quello del procuratore, circa la questione, di *public policy* dell'opportunità del procedimento. [...] L'obbligo derivante dalla Convenzione consiste nel fatto che il procuratore deve coscientemente valutare la questione di *public policy* e giungere ad una decisione informata [...]. Se [...] questo giudizio non viene compiuto adeguatamente e, se lo fosse stato, avrebbe potuto sfociare nella decisione di astenersi dall'instaurazione del procedimento, allora vi sarà stata una violazione della Convenzione e dunque la sospensione potrà dirsi fondata. Parimenti, se si sia giunti ad una decisione alla quale nessun procuratore ragionevole sarebbe potuto giungere, vi saranno i fondamenti per una sospensione. Dunque, in pratica, il ruolo della corte è [soltanto] quello di compiere un controllo giurisdizionale”, nelle forme comuni<sup>22</sup>.

Un'altra forma di legittimo affidamento nasce in relazione all'emissione di condanne penali. Il sistema penale inglese prevede due diverse corti di primo grado: le *magistrates' courts* decidono i casi riguardanti reati minori (*summary offences*), e la *Crown Court* decide sui reati più gravi (*indictable offences*)<sup>23</sup>. Di conseguenza, anche i reati e le singole fattispecie sono definibili a seconda della corte presso cui si procede: alcuni reati sono pacificamente “minori” o “gravi” ed i casi si radicano dunque automaticamente presso un giudice o un altro; tuttavia vi è anche una categoria di casi che possono essere giudicati da entrambe le corti. Possono sorgere problemi se la corte competente a decidere su reati minori si trova a dover affrontare un caso più serio, ad esempio perché rivelatosi tali nel corso del giudizio, poiché le corti minori non hanno il potere di emanare le

---

<sup>21</sup> [2008] 1 AC 1061.

<sup>22</sup> *Blackstone's Criminal Practice*, XXII ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, Par. D6.7.

<sup>23</sup> Se il primo grado di giudizio è costituito dalle *magistrates' courts* (dinanzi alle quali pervengono anche le imputazioni relative alla delinquenza minorile) e dalla *Crown Court*, che giudica anche sulle impugnazioni delle decisioni delle *magistrates' courts*, i ricorsi avverso le decisioni della *Crown Court* giungono dinanzi ad una sezione della *High Court*, la *Divisional Court*; l'ulteriore impugnazione viene presentata dinanzi alla *Court of Appeal, Criminal Division*, la quale può anche ammettere in via eccezionale ricorsi provenienti direttamente dalla *Crown Court*; infine, il massimo grado di giudizio è costituito dalla Corte suprema, che ha sostituito l'*Appellate Committee* della *House of Lords* dall'ottobre 2009, rilevandone tutte le funzioni (*Constitutional Reform Act 2005, Part 3*).



condanne più pesanti. In questi casi, le *magistrates' courts* hanno la facoltà di dichiarare la colpevolezza dell'imputato, rinviandolo però alla *Crown Court* per la condanna. Tuttavia, questo potere non può essere concretamente esercitato se l'imputato ha maturato una *legitimate expectation* nei confronti di una condanna dalla *magistrates' court*, eventualità che può insorgere se la corte ha "dato l'impressione" che la vicenda, salvo che non emergessero fatti ulteriori, sarebbe rimasta entro la *magistrates' court*<sup>24</sup>.

### 3. Giurisprudenza e produzione di norme, in generale

#### 3.1. Configurabilità della giurisprudenza come fonte del diritto (forme e limiti)

La fonte normativa principale nell'ordinamento inglese è, oggi, la legislazione, ovvero gli *Acts* emessi dal Parlamento (*rectius*, dalla *Queen-in-Parliament*, su proposta del Parlamento con l'assenso del monarca), che, in virtù del principio di *Parliamentary sovereignty*, non possono essere modificati o derogati da alcun altro potere dello Stato<sup>25</sup>.

Come accennato (*supra*, par. 1), nell'ordinamento inglese la giurisprudenza assume il rango di fonte di diritto, ciò che rappresenta uno dei tratti maggiormente caratterizzanti dei sistemi di *common law*.

La giurisprudenza svolge un ruolo fondamentale nell'interpretazione e nell'applicazione dei provvedimenti legislativi nei singoli casi per mezzo della c.d. *statutory construction* o *interpretation*; i casi giudiziari contribuiscono inoltre, naturalmente, anche allo sviluppo delle norme e dei *remedies* elaborati proprio in via giudiziaria sin da tempi risalenti. La particolarità del diritto giurisprudenziale negli ordinamenti di *common law* ha portato allo sviluppo di uno "speciale apparato concettuale"<sup>26</sup> che negli ordinamenti di *civil law* "non [ha] ragione di essere poiché i problemi dell'applicazione del diritto trovano risposta nei testi di legge e nelle tecniche ermeneutiche"<sup>27</sup>. Le qualità di certezza (e conoscibilità) del diritto sono tutelate dall'efficacia del principio (*doctrine*) dello *stare decisis* (o "*stare rationibus decidendis*"), che impone la vincolatività del precedente giurisprudenziale secondo criteri ben precisi, essenzialmente legati all'autorevolezza delle singole corti. Il principio è stato esplicitato nella prima metà dell'Ottocento in relazione al precedente c.d. verticale (reso, cioè, da una parte superiore a quella che decide)<sup>28</sup> e, per la prima volta nella seconda metà dell'Ottocento, con la sentenza *London Street Tramways Ltd. v London County Council*<sup>29</sup>, la *House of Lords* ha affermato l'esistenza del principio della c.d. vincolatività in senso interno, ovvero l'obbligo per la *House of Lords* di non discostarsi dai suoi propri precedenti.

---

<sup>24</sup> *Wirral Magistrates' Court ex p Jermyn* [2001] Crim LR 45.

<sup>25</sup> <http://www.supremecourt.gov.uk/faqs.html#1b>. Per un quadro delle tensioni alle quali è sottoposto oggi il principio di cui nel testo, v. anche V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, London, Hart Publishing, 2009.

<sup>26</sup> G. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, in *Contratto e impresa*, 1996, 1100 ss.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Cfr. la sentenza sul caso *Mirehouse v Rennel* (1833), 1 Cl. & F. 527.

<sup>29</sup> [1898] AC 375.

A differenza di quello americano, il potere giudiziario inglese è rimasto più ancorato (almeno formalmente) alla tradizionale deferenza nei confronti del legislatore, con la conseguenza che nessuna legge emanata dal Parlamento può essere dichiarata nulla o invalida. Anche se nel caso *Dr. Bonham's Case*, Coke ha affermato che “laddove un *Act of Parliament* sia contrario al diritto ed alla ragionevolezza comune, oppure ripugnante, o impossibile da applicare in pratica, il *common law* ha il dovere di [...] giudicare qualsiasi *Act* simile come nullo”, in pratica non si riscontrano annullamenti di questo genere<sup>30</sup>. Persino le leggi in contrasto con la CEDU possono, tutt'al più, essere soggette ad una dichiarazione di incompatibilità, che si sostanzia in una mera segnalazione al legislatore da parte del giudice circa la necessità di modificare la legge al fine di emendarne l'incoerenza con i principi della CEDU. Peraltro, siffatte dichiarazioni vengono emesse assai raramente, preferendo il giudice “interpretare” (o forzare l'interpretazione de) la norma in modo da renderla compatibile con la Convenzione.

### **3.2. Conseguenze di ordine generale riconducibili alla qualificazione data alla giurisprudenza**

La concezione del ruolo del potere giudiziario è, in Inghilterra, strettamente collegata alla teoria c.d. dichiarativa<sup>31</sup>. Secondo questa visione, le pronunce giudiziali non costituiscono diritto in sé ma piuttosto “prova” (“*evidence*”) del diritto, che esiste in via indipendente e che viene “svelato” gradualmente, attraverso l'operato dei singoli giudici. In tale ottica, i cambiamenti giurisprudenziali assumono la qualità di “rettifica” dell'interpretazione del diritto enunciata in precedenza, scartata a favore di quella adottata nelle pronunce successive, con la conseguenza – seppure fittizia e per questo non esente da critiche<sup>32</sup> – che l'interpretazione successiva diventa l'unica possibile e valida, non solo *pro futuro* ma anche in senso retrospettivo. Inoltre, data la natura di fonte del diritto che assume la giurisprudenza, essa assume naturalmente efficacia anche *erga omnes*, secondo i criteri applicabili al principio dello *stare decisis*. Oggi, la teoria dichiarativa si trova a dover affrontare numerose contestazioni, anche da parte degli stessi giudici che dovrebbe vincolare<sup>33</sup>, ma resta comunque quella cui si fa riferimento nella definizione del ruolo dei giudici inglesi.

---

<sup>30</sup> Tale dottrina è stata poi formalmente superata nel caso *Lee v Bude and Torrington Ry Co.* (1871) LR 6 CP 577-582, in cui si è escluso anche formalmente per i giudici il potere di operare un *judicial review of legislation*.

<sup>31</sup> Esposta in dettaglio da Blackstone; si v. anche BRACON, per il quale “il diritto non era da trovarsi nelle singole decisioni; bensì le decisioni nella loro totalità erano un riflesso del diritto”, citato in E. HONDIUS, *Precedent and the Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 11.3 (dicembre 2007), reperibile al seguente sito *Internet: http://www.ejcl.org*.

<sup>32</sup> HARRIS, B.V. *Final Appellate Courts Overruling their Own “Wrong” Precedents: The Ongoing Search for Principle*”, in *Law Quarterly Review*, vol. 118, 2002, 408 ss.

<sup>33</sup> Si v., ad es., HONDIUS, *Precedent and the Law*, cit., che riferisce delle “battaglie epiche” del celebre Lord Denning contro numerosi precedenti; v., altresì, ZANDER, *The Law-Making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 298-299, attestato su una posizione diversa.

### 3.3. I mutamenti di giurisprudenza

#### 3.3.1. Il principio dello stare decisis ...

Il principio della vincolatività del precedente, sia in senso interno che in senso verticale, occupa naturalmente una posizione preminente in qualsiasi considerazione circa i mutamenti giurisprudenziali nell'ordinamento inglese.

Ciò che risulta vincolante, della giurisprudenza inglese, non è peraltro la sentenza nel suo complesso, bensì la *ratio decidendi*, ovvero tutte le affermazioni relative alla risoluzione del caso in questione: “una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato definito diversamente”<sup>34</sup>, tipicamente formulata o formulabile in termini universalmente applicabili. Tutto ciò che esorbita da questa definizione (ad esempio le regole enunciate per risolvere questioni di fatto) rientrano nella categoria degli *obiter dicta*, che godono al più di forza persuasiva. Così, la determinazione della *ratio decidendi* risulta di importanza fondamentale, poiché equivale ad accertare la portata prescrittiva *erga omnes* della sentenza. La *ratio decidendi* viene determinata anche *ex post*, in sede di valutazione dell'applicabilità del precedente al caso di specie, di talché l'interpretazione del precedente assume una valenza distintamente “soggettiva”<sup>35</sup>.

##### 3.3.1.1. ... e la Corte suprema

Le sentenze pronunciate dalla Corte suprema sono vincolanti per tutte le corti inferiori; nel 1966<sup>36</sup> il *Lord Chancellor* e tutti i *Law Lords* hanno emesso un *Practice Statement* nel quale si dichiarava che la suprema corte (ovviamente, trattavasi allora della *House of Lords*) si sarebbe ritenuta libera, a certe condizioni, di non seguire le proprie decisioni precedenti, mitigando così gli effetti di quanto stabilito nel 1898 (v. *supra*, par. 3.1.): “l'adesione eccessivamente rigida ai precedenti potrebbe comportare ingiustizie in un dato caso ed anche limitare indebitamente l'adeguato sviluppo del diritto”.

Questo potere è stato esercitato raramente nella prassi: dalla giurisprudenza successiva al *Practice Statement* emerge che persino l'erroneità del precedente non è sufficiente a giustificarne l'abbandono. Può costituire una giustificazione in tal senso, ad es., il coinvolgimento di una questione che evoca il senso immanente di giustizia o di una questione di *public policy*<sup>37</sup>, oppure

---

<sup>34</sup> E. WAMBAUGH, citato in R. CROSS, *Precedent in English Law*, 1977, Oxford, Oxford University Press, 53.

<sup>35</sup> TRAYNOR sottolinea che il principio dello *stare decisis* differenzia la normazione giurisprudenziale da quella legislativa, in quanto il legislatore generalmente non ha né principio né fine ed è privo di limitazioni istituzionali; il giudice, invece, è costretto ad esaminare la giurisprudenza precedente come punto di partenza ed è costretto a giungere ad una decisione nel quadro dei casi passati, ciò che è vero anche nei casi in cui si deve confrontare con un caso interamente nuovo: proprio questa circospezione nell'adottare decisioni “nuove” contribuisce alla sua autorevolezza. (R. TRAYNOR, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, in *Hastings Law Journal*, 1977, vol. 26, 533).

<sup>36</sup> *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 WLR 1234.

<sup>37</sup> *Jones v Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944.

l'obsolescenza della regola stabilita dalla sentenza in base ad evoluzioni sociali o politiche<sup>38</sup>. In ogni caso, l'abbandono di precedenti giurisprudenziali in base a sole differenze nell'interpretazione del testo di una legge adottata dal Parlamento è assai difficile da rintracciare, perché è arduo giustificarlo<sup>39</sup>. Tra l'emissione del *Practice Statement* nel 1966 ed il 1980, si sono dati ventinove casi in cui si è chiesto alla *House of Lords* (ad opera delle parti o di singoli *Lords*) di rovesciare uno dei suoi precedenti; solo in otto di questi il precedente è stato rovesciato; in altri dieci casi, però, almeno uno dei *Lords* si è mostrato disponibile ad un mutamento di giurisprudenza.

La regola generale, comunque, è chiaramente nel senso del rispetto dei precedenti. Ad esempio, in *Kansal (No. 2)*<sup>40</sup>, la *House of Lords* era stata adita per dirimere una controversia circa il precedente *Lambert (Steven)*<sup>41</sup>, emesso dalla stessa *House* pochi mesi prima, relativo agli effetti retrospettivi delle norme dello *Human Rights Act 1998* nei confronti di questioni sorte prima dell'entrata in vigore dell'*Act*. Con una maggioranza di tre giudici contro due, la *House* ha stabilito che, anche se riteneva errato il ragionamento in *Lambert*, sarebbe stato contrario agli interessi della certezza del diritto rovesciare una sentenza emessa così di recente; i rovesciamenti delle sentenze della *House of Lords* si sarebbero dovuti avere solamente nei casi in cui sussistessero ragioni superiori ed immanenti in tal senso.

Un caso recente in cui la suprema corte ha effettivamente operato un mutamento giurisprudenziale è *A v Hoare*<sup>42</sup>, in cui la *House of Lords* ha deciso di ribaltare un precedente di quindici anni prima, in quanto aveva conferito peso eccessivo a fonti che dovevano ritenersi irrilevanti ed era dunque stato deciso in modo erroneo.

In *British Railways Board v Herrington*<sup>43</sup>, la *House of Lords* ha rovesciato numerose sentenze del tardo Ottocento e del primo Novecento, per espandere la responsabilità civile degli adulti nei confronti dei minori che avessero fatto ingresso abusivo in una proprietà privata. I precedenti limitavano tale responsabilità solamente al dovere di non agire in maniera gravemente negligente (*reckless*) nei confronti di minori la cui presenza sulla proprietà fosse nota, in base alla *public policy* vigente all'epoca. Nel caso di specie, la *House of Lords*, tenuto conto del mutamento del comune sentire e della *public policy*, nonché degli sviluppi del diritto relativo alla *negligence*, ha ritenuto di essere in grado di discostarsi dai precedenti ed imporre, così, l'obbligo di mantenere in buono stato di conservazione i recinti che delimitano le proprietà (trattavasi, in particolare, di terre di proprietà delle ferrovie, in cui erano presenti binari di linee ferroviarie).

---

<sup>38</sup> *Miliangos v George Franck (Textiles) Ltd* [1976] AC 443, nella quale la *House of Lords* ha modificato la regola secondo cui i risarcimenti per danni riconosciuti da un giudice inglese dovevano necessariamente essere versati in sterline, alla luce dei cambiamenti nella pratica commerciale internazionale e dell'alterata posizione della sterlina nel sistema mondiale; *Hall v Simons* [2002] 1 AC 615, in cui i *Lords* hanno rovesciato la propria decisione resa in *Rondel v Worsley* per affermare che gli avvocati non godevano più di immunità dalla responsabilità civile in casi di diritto civile o di diritto penale, poiché i motivi di *policy* adottati in un precedente del 1966 non erano più convincenti.

<sup>39</sup> Si v. *Jones, supra*, ma anche *Johanna Oldendorff* [1974] AC 479, in cui la *House of Lords* ha modificato la propria interpretazione, resa nel caso *The Aello*, circa il momento in cui una nave poteva dirsi "giunta a destinazione".

<sup>40</sup> [2001] UKHL 62.

<sup>41</sup> [2001] UKHL 37.

<sup>42</sup> [2008] UKHL 6, che ha rovesciato *Stubbings v Webb*, [1993] AC 498.

<sup>43</sup> [1972] AC 877.

La *House of Lords* si è dimostrata interventista anche nel caso *R v G*<sup>44</sup>, nel quale ha rovesciato *Caldwell*<sup>45</sup>, in particolare nella parte in cui aveva stabilito che il termine “*reckless*” (gravemente imprudente) di cui al *Criminal Damage Act 1971* dovesse essere interpretato in modo oggettivo. La *House of Lords* ha rilevato che la presenza o meno di comportamenti gravemente imprudenti dovesse essere accertata secondo criteri soggettivi, ristabilendo così la regola in vigore prima del caso *Caldwell*.

### 3.3.1.2. ... e la Court of Appeal

Di regola, le decisioni della Corte suprema sono vincolanti per la *Court of Appeal*<sup>46</sup>. In generale, la *Court of Appeal* è vincolata anche dai propri precedenti. Il caso *Young v Bristol Aeroplane Company Ltd*<sup>47</sup> ha ribadito l’applicabilità dello *stare decisis* alla *Court of Appeal* salvo che sussista una delle seguenti circostanze: nel caso di conflitto tra due dei propri precedenti, la corte può scegliere quale dei due seguire (non sono peraltro stabiliti i criteri applicabili per guidare la scelta); la corte deve rifiutarsi di seguire un precedente se, anche se non espressamente rovesciato, non è riconciliabile con una pronuncia della corte superiore (*House of Lords* ed ora *Supreme Court*); la corte non è vincolata ai propri precedenti se ritiene che la decisione sia stata resa *per incuriam*, ovvero senza tener conto di una norma di legge o di un precedente vincolante e tale mancanza ha costituito un difetto grave che ha influito in modo significativo sulla motivazione del caso e sull’esito del giudizio.

Per quanto riguarda la sezione della *Court of Appeal* competente sulle questioni di diritto penale, alle eccezioni delineate nel caso *Young* si aggiunge anche una quarta condizione: “se, in casi rari ed eccezionali, la corte ritiene che vi sia stato un errore o una mancanza manifesta e non sussiste la possibilità di rivolgersi in appello al grado finale di giudizio”, allora il precedente in questione non è vincolante (caso *Simpson*, del 2004, su cui v. anche *infra*, par. 4.1.)<sup>48</sup>.

Nel caso *R v Parole Board, ex parte Wilson* del 1992<sup>49</sup>, la corte aveva affermato che nei casi in cui era a rischio la libertà dell’imputato e sussisteva il rischio di ingiustizia, non si poteva applicare il principio dello *stare decisis*. Nel caso *Simpson*, si trattava di determinare se la *Court* era vincolata o meno dalla propria sentenza resa nel caso *Palmer*. Si è quindi stabilito che le regole relative alla vincolatività del precedente debbono essere applicate tenendo in considerazione che l’obiettivo primario è quello di agevolare l’amministrazione della giustizia; sono di importanza considerevole, visto il loro ruolo di assicurare un grado adeguato di certezza del diritto. Ciononostante non

---

<sup>44</sup> [2003] UKHL 50.

<sup>45</sup> [1982] AC 341.

<sup>46</sup> Anche se nella storia giurisprudenziale della *Court of Appeal* si rintracciano alcune eccezioni (si v., ad esempio, la vicenda relativa ai casi *Broome v Cassell* [1971] 2 QB 354 e, più recentemente, *Mendoza v Ghaidan* [2002] EWCA Civ 1533), questa regola, confermata nella sentenza *Miliangos*, rimane valida.

<sup>47</sup> [1944] KB 718 (CA).

<sup>48</sup> Caso *R v Simpson* [2004] QB 118. La maggiore flessibilità di cui gode la *Court of Appeal, Criminal Division* può apparire sorprendente visto che in più occasioni la *House of Lords* ha affermato di non poter operare mutamenti giurisprudenziali in materia penale proprio per promuovere la certezza del diritto (*R v Shivpuri*, del 1986).

<sup>49</sup> [1992] 2 WLR 707.

debbono essere ritenute così rigide da non potersi evolvere per adattarsi ai bisogni della società odierna. Nella specie, l'imputato desiderava avvalersi di un precedente erroneamente deciso per fondare la propria difesa, eventualità che la corte non poteva riconoscere come valida. Ad avviso della corte, il precedente costituiva infatti una erronea interpretazione ed applicazione del diritto, poiché non si erano valutate tutte le decisioni rilevanti per il caso ed erano state adottate come fondamento per i dibattimenti orali decisioni giurisprudenziali contrastanti. La combinazione di fattori era tale da far ritenere irregolare e dunque non vincolante il precedente. Si è altresì evidenziato che era stato convocato un collegio plenario di giudici, il che non poteva essere “del tutto privo di significato”, dal momento che deve conferirsi maggior valore alle sentenze decise da un *plenum* di giudici rispetto a quelle pronunciate dal collegio ristretto di tre.

Infine, *Sir Cross* ha sottolineato anche che il precedente non è vincolante qualora “sia stato *overruled*, implicitamente o esplicitamente, da una decisione successiva di un giudice superiore, [qualora] sia oscuro, in disaccordo con fonti del diritto o principi stabiliti, o formulati in termini eccessivamente generali, [oppure] sia intervenuta una legge successiva la cui considerazione avrebbe condotto ad una diversa soluzione”<sup>50</sup>.

### 3.3.1.3. ... e le corti di primo grado

Le decisioni delle corti di primo grado non sono vincolanti per le stesse corti. La *High Court* non è vincolata dalle proprie decisioni, ma lo è dalle decisioni delle corti superiori; nel caso di conflitto tra, ad esempio, una sentenza della *Court of Appeal* ed una della Corte suprema, la *High Court* deve applicare quella della *Court of Appeal*, poiché solamente la massima corte può esprimere una valutazione sulle proprie sentenze. Una corte deve dunque aderire lealmente alle pronunce della corte immediatamente superiore ad essa (*Miliangos v George Franck (Textiles) Ltd*<sup>51</sup>).

Di contro, le decisioni delle giurisdizioni inferiori non sono mai vincolanti, sebbene possano godere di potere persuasivo.

### 3.3.1.4. Vincolatività del precedente e Corte EDU

Se una corte inglese ritiene che una decisione “solitamente” vincolante pronunciata da una corte superiore è in contrasto con la normativa CEDU, in base alla *Section 6(1)* dello *Human Rights Act*, la corte è obbligata a dar effetto alla normativa CEDU ed a trascurare la decisione della corte superiore. In tal senso, ci si è espressi nel caso *Re Medicaments* del 2001<sup>52</sup>, in cui la *Court of Appeal* ha ritenuto che la sentenza della *House of Lords*, *R v Gough* del 1993<sup>53</sup> necessitasse di “una modifica minima” per renderla conforme all’*Act*; in realtà la modifica apportata ha avuto l’effetto di stravolgere completamente il senso della decisione *Gough*<sup>54</sup>. La libertà di ignorare precedenti

---

<sup>50</sup> R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

<sup>51</sup> [1976] AC 443.

<sup>52</sup> [2001] 1 WLR 700.

<sup>53</sup> [1993] AC 646.

<sup>54</sup> La sentenza dei *Lords* stabiliva che, nella valutazione dell'imparzialità o meno di un *tribunal*, una corte avrebbe dovuto valutare i fatti per poi applicare una prova fondata su ciò che, soggettivamente, aveva motivato il *tribunal*; la maggio 2012



altrimenti vincolanti non si applica alle decisioni di corti superiori pronunciate in seguito all'entrata in vigore dell'*Act* nell'ottobre 2000.

Viene in rilievo, al riguardo, il caso *Price v Leeds City Council*<sup>55</sup>, in cui un collegio di sette *Law Lords* della *House of Lords* ha affrontato proprio la questione del conflitto tra giurisprudenza inglese e giurisprudenza della Corte EDU. Il caso riguardava il diritto di un gruppo di zingari di occupare un appezzamento di terreno e la correlata valutazione circa la violazione dell'articolo 8 CEDU cagionata dai tentativi di rimuoverli dal terreno. Il collegio ha stabilito che le corti inglesi inferiori sono vincolate a seguire il precedente pronunciato dalla *House of Lords*, anche se in contrasto con la CEDU. *Lord Bingham*, per la Corte, si è dichiarato a favore dell'attuale sistema dello *stare decisis* che, solo, assicura la certezza del diritto. Se le corti ritengono che un precedente per essi vincolante sia, o possa essere, incompatibile con la normativa CEDU, allora possono esprimere il proprio parere e permettere alle parti litiganti di rivolgersi in appello; ciò consente alle corti di adempiere ai propri obblighi, derivanti sia dal principio del precedente, senza però produrre una violazione dello *Human Rights Act 1998*, giacché all'armonizzazione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale avrebbe potuto provvedere la corte superiore, in grado di discostarsi dal precedente. Le corti inferiori, dunque, possono discostarsi dai precedenti verticali pronunciati prima dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act 1998* solamente in presenza di circostanze eccezionali<sup>56</sup>.

### 3.3.1.5. Vincolatività del precedente e Corte di giustizia

Per quanto riguarda la Corte di giustizia, il principio dello *stare decisis* si ritiene che ceda di fronte al contrasto tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza dell'Unione europea (*Sharp v Caledonia Group Services Ltd*)<sup>57</sup>.

### 3.3.1.6. La difficoltà di individuare principi generali in tema di deroga allo *stare decisis*

Anche sulla scorta di quanto si è venuti dicendo, risulta assai difficile identificare principi generali che governano le eccezioni alla vincolatività del precedente, il che potrebbe non risultare sorprendente alla luce del dovere, delle corti, di operare un delicato bilanciamento tra certezza del diritto, da un lato, e, dall'altro, giustizia ed equità nel caso di specie<sup>58</sup>.

---

*Court of Appeal* ha sostituito una valutazione oggettiva, fondata su ciò che avrebbe ritenuto un individuo "ragionevole" delle circostanze.

<sup>55</sup> [2005] EWCA Civ 289. Le sentenze in questione erano *Harrow London Borough Council v Qazi* e, per quanto riguarda quella europea, *Connors c. Regno Unito* (2005) 40 EHRR 9.

<sup>56</sup> Nel caso *McCann c. Regno Unito*, la Corte EDU ha espresso il proprio disaccordo con l'orientamento espresso dalla *House of Lords*, ancorandolo tuttavia al caso di specie.

<sup>57</sup> [2005] All ER (D) 09 (Nov).

<sup>58</sup> Ciononostante, non sono mancati tentativi da parte dei giudici di stabilire dei principi – seppure solamente persuasivi – in tal senso. Il giudice più attivo è stato *Lord Reid*. Le sentenze emesse nella sua prolifica carriera giudiziaria conterrebbero almeno sette condizioni per l'esercizio del potere di *overruling* da parte della *House of Lords*.

Si può così constatare che, sebbene la teoria circa la vincolatività del precedente sia chiara e ben consolidata, nella prassi non sono certamente mancate occasioni in cui le corti hanno compiuto operazioni volte a limitare o eliminare l'applicabilità di un precedente "scomodo". Paterson riferisce che, in numerosi casi, i *Lords* non rovesciano il precedente in questione, ma applicano la tecnica interpretativa del *distinguishing* per "aggirare" casi precedenti<sup>59</sup>.

Con il *distinguishing*, di fronte ad un precedente che possa apparire rilevante, il giudice se ne discosta sull'assunto che sussiste una *reasonable legal distinction* tra le due fattispecie in questione, tale da rendere, ad una analisi più approfondita, irrilevante il precedente. La tecnica conferisce ai giudici notevole discrezionalità, trattandosi di "un procedimento intellettuale che segue alcune regole dell'arte giudiziale, ma che, allo stesso tempo, qui e là risulta permeabile all'influenza consapevole od inconsapevole di giudizi di valore"<sup>60</sup>. Ciò è stato riconosciuto anche da *Lord Reid*, il quale, nel caso *R v National Insurance Commissioner, ex parte Hudson*, ha affermato che "[è] ben noto che nei casi in cui una decisione esistente non gode di approvazione ma non può essere *overruled* le corti tendono a discostarsene in base a motivazioni inadeguate [...]. Bilanciando tutte le considerazioni applicabili, l'*overruling* di un tale tipo di decisione può solo promuovere, e non ledere, la certezza del diritto"<sup>61</sup>.

---

Va sottolineato, però, che non esiste un catalogo completo di condizioni, e che tali condizioni possono essere addirittura incompatibili tra loro; ciò che rileva è lo "spirito del diritto": il potere dovrebbe essere applicato con parsimonia; i giudici non dovrebbero rovesciare una decisione se ciò costituisse una violazione del principio del legittimo affidamento di coloro che hanno stipulato accordi commerciali o comunque fondato le proprie azioni sulla validità della decisione; il potere può essere applicato solo in casi rari ed eccezionali; la decisione non dovrebbe essere rovesciata se i *Lords* non fossero in grado di prevedere le conseguenze del rovesciamento; strettamente collegata a questo criterio è la condizione secondo cui una decisione non dovrebbe essere rovesciata se ciò richiedesse una modifica che rientrerebbe più propriamente nell'ambito di una riforma generale del diritto, poiché tali cambiamenti spettano al legislatore; un precedente non dovrebbe essere rovesciato per il solo motivo della sua erroneità, ma dovrebbero potersi addurre ulteriori motivazioni; il precedente dovrebbe essere *overruled* là dove creasse una tale incertezza nella prassi da non essere in grado di determinare quale sia il diritto attuale; infine, una decisione dovrebbe essere rovesciata se alla luce di questioni o principi generali non la si potesse ritenere giusta, o adeguata di fronte alle condizioni odierne della società o di *public policy* (PATERSON *cit.* in ZANDER, *The Law-Making Process*, *cit.*, 223). *Lord Goff* ha anche stabilito che i *Lords* non dovrebbero procedere all'*overruling* a meno che "si sentissero liberi di rovesciare sia il ragionamento sia la decisione del precedente, ed una tale revisione producesse effetti sulla risoluzione del caso concreto dinanzi a loro e non costituisse un punto di mero interesse accademico": *Food Corp. of India v Antclizo Shipping Co.* [1988] 1 WLR 603. Ciò che risulta interessante di questa sentenza, oltre alla *opinion* di *Lord Goff*, è il fatto che essa non abbia prodotto gli effetti sperati nella giurisprudenza inglese, il che rimanda ad un'altra particolarità del sistema inglese, ovvero che, molto spesso, le ripercussioni ed il significato effettivi di un determinato caso divengono evidenti solamente *ex post*.

<sup>59</sup> PATERSON *cit.* in ZANDER, *The Law-Making Process*, *cit.*, 224.

<sup>60</sup> ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992, 313: la possibilità di *distinction* del precedente può annullare il vincolo del principio dello *stare decisis*, in quanto è sempre possibile identificare un elemento di fatto nuovo nel caso presente, tale da rendere questo distinguibile dal precedente.

<sup>61</sup> [1972] AC 944.

Oltre al *distinguishing*, altra possibilità è costituita dalla definizione del caso come *case of first impression*, ovvero come disputa del tutto nuova ed originale, per la quale non esistono precedenti rilevanti<sup>62</sup>.

### 3.3.2. L'overruling

L'*overruling* si verifica quando il giudice successivo respinge il precedente, decidendo il caso senza prenderlo in considerazione, ed eliminando dunque il precedente dall'ordinamento. Si tratta di una tecnica impiegata in via eccezionale, anche se i casi decisi da entrambe le *Divisions* della *Court of Appeal* in tal senso ed il *Practice Statement* della *House of Lords* del 1966 sono stati assai significativi nel far venire meno, anche da un punto di vista teorico, "quelle rigidità estreme [del principio dello *stare decisis*] che l'immaginario collettivo giuridico collettivo vorrebbe attribuirle"<sup>63</sup>.

#### 3.3.2.1 Gli effetti necessariamente retroattivi dell'overruling

In Inghilterra, si applica il principio della "nullità *ab initio*" con riguardo alle norme giurisprudenziali oggetto di *overruling*: la norma viene disapplicata, e la decisione di disapplicazione ha effetti retroattivi, oltre – ovviamente – a ripercussioni *pro futuro* per l'ordinamento<sup>64</sup>, andando a regolare eventi avvenuti sia prima che dopo la pronuncia. La decisione è retroattiva, in quanto i suoi effetti si ripercuotono sia sulle parti in causa sia su tutti coloro che hanno rapporti in corso e che hanno agito in base a ciò che si riteneva fosse il diritto. Una tale efficacia comporta naturalmente conseguenze indesiderabili per tutti coloro che abbiano fatto affidamento sul diritto nel suo stato precedente. La decisione ha effetti *pro futuro* in quanto tutti i casi simili che si riproporranno verranno decisi con riferimento al precedente giudiziale<sup>65</sup>. Gli effetti della decisione che opera l'*overruling* ha, in definitiva, effetti *erga omnes*.

Nel caso *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council*<sup>66</sup>, la *House of Lords* ha *overruled* alcuni precedenti giurisprudenziali risalenti (emessi dalla *Court of Appeal*) per abolire la regola secondo cui i versamenti pecuniari effettuati in seguito ad un errore di diritto non potevano essere recuperati. I *Lords* hanno concordato nello stabilire che l'effetto retrospettivo dell'*overruling* è tale per cui, una volta apportata la modifica al diritto, il diritto nel suo nuovo stato si applica, non solo al caso di specie, ma anche a tutti i casi che, in futuro, giungeranno dinanzi alla corte, ed anche se i giudizi si fonderanno su fatti avvenuti prima dell'*overruling*. Le conseguenze non sono sempre delle più

---

<sup>62</sup> Come ricordato da A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995, 40, "simili evenienze, pur essendo rare, sono tutt'altro che eccezionali specialmente in una epoca caratterizzata, come quella presente, da rapidi e profondi mutamenti sociali ed economici e da straordinarie innovazioni nel campo della scienza e della tecnica".

<sup>63</sup> M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e impresa*, n. 4-5/2006, 1114 ss.

<sup>64</sup> C. LAWLOR, *Troubling times: intertemporal law & theories of approach to the effects of unconstitutionality*, in *Cork Online Law Review*, 2008, reperibile sul seguente sito *Internet*: <http://www.corkonlinelawreview.com>.

<sup>65</sup> Caso *In Re Spectrum Plus Ltd (In Liquidation)* [2005] UKHL 41.

<sup>66</sup> [1999] AC 349.

lineari da un punto di vista teorico: nel caso di specie, ad esempio, i *Lords* hanno stabilito (con una maggioranza di tre contro due) che l'errore di diritto era insorto al momento della conclusione del contratto anche se l'errore era tale da essere riconoscibile solo *ex post*, a seguito dell'intervenuta modifica dell'orientamento giurisprudenziale.

### 3.3.2.2. *L'esclusione del prospective overruling*

L'unica forma di *overruling* conosciuta dall'ordinamento inglese è quella retrospettiva, in cui il precedente revocato non può più essere applicato né ad eventi passati (compresa la fattispecie in questione) né ad eventi futuri. Ciò si ricollega alla concezione tradizionale secondo cui il giudice ha (dovrebbe avere) una funzione dichiarativa del diritto, piuttosto che esserne un creatore (il giudice si limita a dichiarare la vera norma giuridica, già vigente nel passato, che deve essere applicata a tutti i casi non coperti dal giudicato), ma contrasta con le esigenze di tutela di chi abbia fatto affidamento sul precedente revocato.

Proprio in ragione di questa difficoltà, è stata evocata la possibilità di ricorrere a *prospective overrulings*, ovvero ad una tecnica decisoria grazie alla quale una corte limita l'efficacia retrospettiva della propria decisione in modo che la novità giurisprudenziale costituita dal caso di specie si applichi con effetti esclusivamente *pro futuro*, tanto che anche le parti in causa sono giudicate secondo il vecchio orientamento.

Tale tecnica non trova, in linea generale, applicazione in Inghilterra<sup>67</sup>. Lord Goff ha affermato che il *prospective overruling*, unica vera alternativa alla retroattività delle decisioni giurisprudenziali, "anche se occasionalmente adottato in altri ordinamenti con risultati in qualche misura controversi, non ha alcuna ragione di esistere nel [sistema giuridico inglese]"<sup>68</sup>.

È però da evidenziare che Lord Rodger ha richiamato l'attenzione sul fatto che in misura crescente, le nuove normative includono previsioni finalizzate a permettere il *prospective overruling*. Un esempio in tal senso è la *Devolution Act 1996*, che sancisce la *devolution* di poteri verso le regioni di Scozia, Galles ed Irlanda del Nord; esso stabilisce che quando una corte deve decidere questioni di *devolution*, può modulare gli effetti intertemporali dei giudizi sulla conformità o meno delle norme di legge emanate da uno degli organi legislativi decentrati rispetto alle competenze conferite a tali organi e dei giudizi sulla conformità della normativa secondaria emessa dalle autorità esecutive decentrate con riguardo alla legge di conferimento<sup>69</sup>. Tale potere non è, tuttavia, mai stato esercitato in pratica.

Da segnalare è anche che alcuni giudici inglesi hanno espresso il loro favore nei confronti del *prospective overruling* in quanto tecnica capace di ovviare alle gravi problematiche poste dalla retroattività della normazione giurisprudenziale. Ad esempio, Lord Nicholls, nel caso *In Re Spectrum Plus*<sup>70</sup>, si è espresso in tal senso, seppure propugnando il *prospective overruling*

---

<sup>67</sup> In generale, per una valutazione circa l'applicabilità del *prospective overruling* nell'ordinamento inglese, si v. A.G.L NICOL, *Prospective overruling: a new device for English courts?* in *Modern Law Review*, 1979, vol. 39, 542 ss.

<sup>68</sup> *Kleinwort Benson v Lincoln County Council*, [1999] 2 AC 349.

<sup>69</sup> A. RODGER, *A time for everything under the law: some reflections on retrospectivity*, in *Law Quarterly Review*, 2005, vol. 121, 60.

<sup>70</sup> *In Re Spectrum Plus Ltd (In Liquidation)* [2005] UKHL 41.

solamente in circostanze eccezionali. Nella stessa sentenza, i *Lords* Steyn e Scott hanno espresso la loro contrarietà al *prospective overruling*, quanto meno quando si tratti di interpretare disposizioni di legge<sup>71</sup>.

Si può argomentare che una forma di *prospective overruling* si sia avuta nel caso *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)*<sup>72</sup>, nel quale si è affermato che la individuazione operata nella sentenza della procedura che una banca doveva seguire per assicurarsi che un garante non stesse agendo su indicazioni illecite del debitore, era applicabili solamente per il futuro, mentre la procedura diversa, posta in precedenza nel caso *Barclays Bank v O'Brien*<sup>73</sup>, era applicabile nei confronti delle “transazioni avvenute in passato”. Ciò vale anche per il caso *Hedley Byrne v Heller Partners*<sup>74</sup> in cui la suprema corte ha stabilito un nuovo principio di responsabilità civile per coloro che negligenzemente e deliberatamente rilasciano false dichiarazioni circa la solvibilità di un’impresa anche in assenza di un rapporto contrattuale tra le parti in questione; la consapevolezza che una parte terza avrebbe fatto affidamento sulla dichiarazione era sufficiente a dar luogo alla responsabilità civile del dichiaratore per *pure economic loss*. Ciò posto, la parte nella specie convenuta non è stata comunque dichiarata colpevole ai sensi del nuovo diritto, inserendosi una eccezione nella portata del principio nuovamente enucleato.

La tematica del *prospective overruling* si intreccia, in un certo senso, con quella dei rapporti tra la giurisprudenza nazionale e quella delle corti europee, giacché queste ultime possono rendere decisioni che hanno effetti solo *pro futuro*<sup>75</sup>, contrariamente a quanto avviene per il giudice inglese. Con riferimento alla Corte EDU, nel caso *Spectrum*, Lord Nicholls ha ritenuto che, alla luce di tale facoltà, fosse “irresistibile” la necessità che la *House of Lords* si pronunciasse con effetti limitati ai casi futuri allorché si trattasse di applicare una giurisprudenza europea valida *pro futuro*. Analogamente, la pronuncia solo per il futuro è stata ritenuta obbligata per quei casi in cui si debba decidere su questioni inerenti alla CEDU che non siano stati ancora vagliati dalla Corte di Strasburgo<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> A favore del *prospective overruling* si è dimostrato anche Lord Hope, nella propria opinione in *Hall v Simons*, [2000] All ER 673.

<sup>72</sup> [2001] UKHL 44.

<sup>73</sup> [1993] UKHL 6.

<sup>74</sup> [1964] AC 465.

<sup>75</sup> Per la Corte di giustizia dell’Unione europea, si v., ad es., il caso *Defrenne* [1976] ECR 455.

<sup>76</sup> Tuttavia, come sottolinea Juratowitch, sebbene sia difficile superare la necessità di adeguarsi all’eventuale limite temporale presente in una sentenza europea, ciò non significa permettere l’estensione del potere di emanare pronunce esclusivamente *pro futuro* anche alle corti inglesi: B. JURATOWITCH, *Questioning Prospective Overruling*, in *New Zealand Law Review*, 2007, 393 ss., cui si rinvia anche per una critica dell’istituto del *prospective overruling*.

## 4. Giurisprudenza e produzione di norme penali

Quando una corte pronuncia una sentenza che introduce una modifica nel diritto, l'effetto è *pro futuro* ma anche retroattivo, a causa della *legal fiction* in base alla quale ogniqualvolta la corte si pronuncia sullo stato del diritto, la pronuncia estrinseca il diritto quale è sempre stato<sup>77</sup>.

I casi che sono stati già stati oggetto di contenzioso non possono essere riaperti, secondo il principio di intangibilità della *res judicata*; ciò vale anche per i rapporti che si sono altrimenti conclusi (ad esempio, per prescrizione). In tutti gli altri casi, è possibile intentare un procedimento giudiziario in base ad eventi accaduti prima della pronuncia della nuova decisione.

Se, in materia civile, è consolidato che l'effetto retroattivo può avere conseguenze molto rilevanti<sup>78</sup>, in ambito penale invece è difficile individuare principi generali che disciplinino le conseguenze dei mutamenti giurisprudenziali. In ogni caso, dalla giurisprudenza emerge che i mutamenti di giurisprudenza si possono avere sia *in bonam* ma anche *in malam partem* e che possono giungere al punto di influire in maniera significativa sul giudicato, non solo nel senso di ridurre retroattivamente la pena detentiva (caso *Ex parte Evans: v. infra*), ma anche nel senso di imporre una condanna per fatti avvenuti ben prima dello stesso mutamento (*R v C: v. infra*). Si potrebbe dunque avanzare l'ipotesi che sia evidente, anche in quest'ambito, lo scontro tra i due compiti principali, ma spesso in diretto conflitto tra loro, del giudice inglese, ovvero la necessità di assicurare la certezza del diritto e quella di rendere giustizia tra le parti.

---

<sup>77</sup> Questo per evitare di rendere palese il fatto che il potere giudiziario, non eletto democraticamente (ed anzi al centro, oggi, di numerosi appelli volti ad accrescerne la diversità nella composizione etnica e di genere: si v. <http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2012/mar/28/judges-ethnic-sex-diversity-judiciary>), è effettivamente in grado di produrre diritto (ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., 393).

<sup>78</sup> Nel caso *Hazell v Hammersmith and Fulham London Borough Council*, [1991] All ER 545, la *House of Lords* aveva stabilito che l'investimento di milioni di sterline in transazioni di *interest rate swap*, effettuato da alcuni enti locali, era illecito. Fondandosi su questa sentenza, in *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* [1998] 2 AC 349, una banca intendeva recuperare i versamenti effettuati a favore di alcuni enti locali. Il denaro era stato pagato sei anni prima, il che significava che i termini di prescrizione erano scaduti. La legge che fissa il periodo di prescrizione (*Limitation Act 1980*) stabilisce, tuttavia, che nei casi in cui il denaro venga versato in seguito ad un errore, il periodo di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui l'errore viene scoperto, o si sarebbe potuto scoprire esercitando una ragionevole diligenza. In primo e secondo grado, la richiesta della banca era stata respinta in base ad una sentenza della *Court of Appeal* secondo cui i ricorsi per il recupero di denaro versato in seguito ad un errore erano infondati. La *House of Lords* ha annullato questa regola in quanto incompatibile con l'approccio moderno al principio di arricchimento indebito (*unjust enrichment*): l'ordinamento avrebbe dovuto riconoscere un diritto generale a recuperare fondi versati in seguito ad errori sia di diritto che di fatto. Nella specie, in base alla teoria dichiarativa della funzione giudiziaria, si doveva ritenere che, all'epoca del pagamento, il ricorrente aveva agito in base ad un errore di diritto (avendo la *House of Lords*, con la pronuncia, appena "rivelato" il diritto quale avrebbe dovuto essere). Pertanto, il periodo di prescrizione iniziava a decorrere dal momento della scoperta dell'errore, il processo era stato intentato validamente ed il ricorrente poteva recuperare il proprio denaro.



#### 4.1. I mutamenti di giurisprudenza *in malam partem*

Sebbene non particolarmente numerosi, non mancano, nella prassi degli ultimi decenni, casi di mutamenti giurisprudenziali che aggravano la posizione del reo e che, in base alla regola generale sugli effetti dell'*overruling*, finiscono per produrre effetti retroattivi.

Di seguito si riportano alcuni dei casi che appaiono più significativi.

Nel caso *R. v R.*<sup>79</sup>, si è avuto un esempio raro del rovesciamento di un concetto giuridico assai risalente e ben radicato, operato sulla base di considerazioni di *public policy* nonché di valutazioni di ordine storico e sociale. Il caso riguardava la violenza sessuale da parte del coniuge e si trattava di decidere se un marito potesse essere ritenuto penalmente responsabile per aver avuto rapporti sessuali con la coniuge senza il suo consenso. Il principio che escludeva la responsabilità penale risaliva al 1736<sup>80</sup> ed era stato successivamente corroborato da testi dottrinali e giurisprudenza. Tuttavia, nel caso di specie, la *House of Lords* ha colto l'occasione per riformare la disciplina dello stupro da parte del coniuge per dichiarare che un marito può essere colpevole di violenza sessuale. Lord Keith ha affermato che "il *common law* è capace di evolvere alla luce degli sviluppi sociali, economici e culturali".

Nel caso *Knulier v DPP*<sup>81</sup>, la *House of Lords* era stata invitata a rovesciare la decisione, molto controversa, resa nel caso *Shaw v DPP*<sup>82</sup>; l'invito non è stato però accolto. Nella sentenza sul caso *Shaw* era stato creato un nuovo reato, di concorso nella corruzione della morale pubblica (*conspiracy to corrupt public morals*); in *Knulier*, lungi dall'eliminare il reato dall'ordinamento, la *House of Lords* ha addirittura esteso ulteriormente il diritto penale, creando il nuovo reato di oltraggiare concorso nell'oltraggio alla pubblica decenza (*conspiracy to outrage public decency*). Lord Reid, che aveva espresso un parere dissenziente nel caso *Shaw*, ha ritenuto che fondarsi sul *Practice Statement* del 1966 per rovesciare la sentenza *Shaw* sarebbe stato sbagliato, giacché, "per quanto una decisione possa essere errata o anomala, essa deve rimanere [...], a meno che, o fino a quando, non venga modificata dal Parlamento". Le sentenze *Shaw* e *Knulier* sono state molto criticate in dottrina per aver introdotto un elemento di forte incertezza nel diritto, "contravvenendo alla *policy* legislativa [...] e manifestando l'attività legislativa dei giudici nel modo peggiore possibile"<sup>83</sup>.

Nel caso *Shivpuri*<sup>84</sup>, la *House of Lords* ha rovesciato la decisione resa in *Anderton v Ryan*<sup>85</sup>, che era stata fortemente criticata. Si tratta di un raro esempio di caso in cui la *House of Lords* è intervenuta su un proprio precedente, rovesciandolo semplicemente perché lo ha ritenuto erraneo. Nel caso *Anderton*, si era esclusa la responsabilità penale in un caso in cui la convinzione

---

<sup>79</sup> [1991] 3 WLR 767.

<sup>80</sup> Come si evince dallo scritto di HALE, *History of the Pleas of the Crown*, 1736.

<sup>81</sup> [1973] AC 435.

<sup>82</sup> [1962] AC 220.

<sup>83</sup> M. FREEMAN, *Standards of Adjudication, Judicial Law Making and Prospective Overruling*, in *Current Legal Problems*, vol. 26, 1973, 66 ss.

<sup>84</sup> [1986] 1 All ER 334.

<sup>85</sup> [1985] 2 All ER 355.

dell'autore della condotta di aver commesso reato si fosse rivelata, nei fatti, erronea. Nel caso *Shivpuri*, la *House of Lords* ha invece ritenuto che l'errore sul fatto (nella specie, l'imputato riteneva di aver trasportato eroina, ma si trattava, invece, di una sostanza innocua) non esonerasse l'autore della condotta dalla responsabilità per reato tentato. Anche se il precedente era stato deciso di recente, ed anche se si trattava di una questione di interpretazione di un provvedimento legislativo, *Lord Bridge* ha affermato che, se un grave *error in iudicando* aveva contribuito ad una distorsione del diritto, era importante correggerlo quanto prima; le critiche mosse contro la decisione in *Anderton* avevano dimostrato che la sentenza aveva effettivamente snaturato la legge; inoltre, il principio di certezza e conoscibilità del diritto che si intende tutelare con il principio dello *stare decisis* non trovava applicazione nella specie, poiché il precedente era stato deciso molto recentemente ed era improbabile che altri imputati se ne fossero avvalsi.

Il caso *Howe*<sup>86</sup> ha introdotto in ambito penale un certo grado di incertezza. La suprema corte ha rovesciato la propria decisione resa in *DPP for N. Ireland v Lynch*<sup>87</sup> circa la possibilità per un imputato di invocare l'esimente della coercizione contro un'accusa di omicidio. Nella pronuncia di riferimento, la *House of Lords* aveva affermato questa possibilità; in *Howe*, invece, la corte ha raggiunto la conclusione opposta, sulla base di tre argomenti: con il primo si criticava il fatto che nel caso precedente la corte avesse, in realtà, esercitato una funzione legislativa; con il secondo, si sottolineava che l'opportunità di introdurre la causa di giustificazione fosse stata fatta presente al Parlamento tramite una proposta della *Law Commission*, proposta che però non era stata seguita, a dimostrazione della volontà del legislatore di non volerla introdurre; infine, al caso di specie si applicava anche il ragionamento fatto da *Lord Bridge* nel caso *Shivpuri*<sup>88</sup>.

Per quanto riguarda la *Court of Appeal, Criminal Division*, dalla precitata sentenza *Simpson*<sup>89</sup> è emerso che la Corte si ritiene libera di rovesciare un proprio precedente, anche quando ciò vada a detrimento della posizione dell'imputato.

Infatti, sulla scorta dell'effetto retroattivo della decisione in *R. v R.*, la *Court of Appeal* è giunta a condannare un individuo per fatti avvenuti ben prima che fosse pronunciato il mutamento. Nell'aprile 2002, l'imputato era stato condannato per lo stupro della moglie avvenuto nel 1970. Lo stupro della coniuge è divenuto punibile per legge solamente dopo la decisione pronunciata nel caso *R. v R.*, del 1992. Dinanzi alla *Court of Appeal*, il condannato aveva argomentato che una sua condanna avrebbe violato l'articolo 7, comma 1, della CEDU, che si oppone alla presunzione di *common law* contro l'effetto retrospettivo delle norme penali. La *Court of Appeal* ha stabilito che il marito non poteva far valere i propri diritti sanciti dall'articolo 7, poiché la moglie aveva diritto ad essere tutelata contro trattamenti disumani e degradanti ai sensi della Convenzione<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> [1987] 1 All ER 771.

<sup>87</sup> [1975] 1 All ER 913.

<sup>88</sup> ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., 222, critica la decisione sull'assunto che la seconda motivazione doveva ritenersi irrilevante e la terza inadeguata, soprattutto alla luce del fatto che il precedente rovesciato in *Shivpuri* era inequivocabilmente sbagliato, mentre quello della specie era tutt'al più oggetto di controversia e numerosi studiosi ne affermavano la validità.

<sup>89</sup> V. *supra*, par. 3.3.1.2.

<sup>90</sup> *R. v C.* [2004] EWCA Crim 292.

## 4.2. I mutamenti di giurisprudenza *in bonam partem*

Se i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* non sono particolarmente numerosi, assai più rari sono, nella prassi, i mutamenti favorevoli al reo.

Sulla base di questa constatazione, non può non sorprendere l'affermazione fatta da Lord Diplock nel caso *DPP v Merriman*<sup>91</sup>, in riferimento agli *overrulings* operati dalla *Criminal Division* della *Court of Appeal*. Si è infatti sottolineato che la “libertà [della *Court of Appeal*] di trascurare un precedente della cui erroneità è convinta è limitata ai casi in cui il cambiamento giurisprudenziale è a favore dell'imputato”. Si tratta, peraltro, di un'affermazione rimasta isolata.

In linea di principio, come detto, i mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* non incidono sulla *res judicata*. In taluni casi, tuttavia, l'ordinamento apre alcune possibilità di rivisitazione della condanna o, quanto meno, delle conseguenze della stessa. Vengono in rilievo, in proposito, tre diversi ambiti, quali il risarcimento per ingiusta detenzione (a), l'impugnabilità oltre i termini di sentenze di condanna (b) e la revisione della sentenza (c).

(a) Con riferimento all'ingiusta detenzione, in *R. v Governor of Brockhill Prison, ex p. Evans* (No. 2), del 2000, una detenuta aveva richiesto un risarcimento per ingiusta detenzione. Secondo un orientamento giurisprudenziale relativo all'interpretazione del *Criminal Justice Act 1967* (c.d. orientamento *Gaffney*), la data del rilascio della detenuta sarebbe dovuta essere il 18 novembre 1996. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale era stato modificato nella sentenza *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Naughton*, del 1997. Applicando quanto disposto in quest'ultima sentenza, la detenuta sarebbe dovuta essere rilasciata il 17 settembre 1996. La *House of Lords* ha stabilito che il principio generale di retroattività trovava applicazione, e la detenuta aveva pertanto diritto al risarcimento per ingiusta detenzione con riguardo ai due mesi ulteriori.

Nel medesimo senso si è espressa, nel 2004, la *High Court* nel caso *R (on the application of Richards) v. Secretary of State for the Home Department*. Il giudice Silber ha stabilito che un detenuto poteva, in astratto, avvalersi dell'effetto retroattivo di una decisione della Corte EDU per chiedere il risarcimento a seguito di una sua ingiusta detenzione. Tale decisione non si è fondata su alcuna norma vigente nell'ordinamento inglese: la *High Court* ha accolto la richiesta concordando sul fatto che l'articolo 5, comma 5, della CEDU richiede agli Stati membri di concedere alle vittime di ingiusta detenzione un valido diritto al risarcimento (il principio posto, peraltro, nella specie non ha avuto conseguenze pratiche, poiché la richiesta del ricorrente – in conseguenza di aspetti diversi da quello evocato – non è stata comunque accolta)<sup>92</sup>.

(b) Dinanzi ad un mutamento del diritto, per la *Court of Appeal* è possibile valutare l'opportunità di permettere alle parti di rivolgersi in appello presso la suprema corte, anche se i termini per l'impugnazione sono scaduti. Si tratta, comunque, “in ogni caso, [di] una scelta discrezionale” della Corte<sup>93</sup>. Per un caso in cui la discrezionalità è stata esercitata in favore del reo, può citarsi la

---

<sup>91</sup> [1973] AC 58.

<sup>92</sup> Secondo F. BENNION, *Rewriting history in the Court of Appeal [the Bentley case]*, in *New Law Journal*, 1998, 1228, reperibile alla seguente pagina Internet: [www.franciscbennion.com/pdfs/fb/1998/1998-010-bentley.pdf](http://www.franciscbennion.com/pdfs/fb/1998/1998-010-bentley.pdf), questo caso dimostra che non possono enuclearsi principi generali concernenti gli effetti su fatti precedenti nel caso di un cambiamento di orientamento giurisprudenziale: tutto “dipende dalla natura della norma in questione”.

<sup>93</sup> *Ramsden* [1972] Crim LR 547 (CA).

sentenza *David Cooke*<sup>94</sup>, nella quale la *Court* ha permesso l'appello tardivo a beneficio di un condannato che già stava scontando una pena detentiva.

(c) Il mutamento del diritto giurisprudenziale può avere effetti, infine, se una delle parti fa ricorso alla *Criminal Cases Review Commission* (CCRC) adducendo un sopravvenuto cambiamento nel diritto.

Infatti, nell'ambito della giurisdizione penale, è prevista una speciale forma di revisione qualora intervengano modifiche normative significative: la *Section 9* del *Criminal Appeal Act 1995* istituisce la *Criminal Cases Review Commission*, che può, su richiesta, sottoporre nuovamente al vaglio della *Court of Appeal, Criminal Division*, casi per i quali sia intervenuta una sentenza definitiva<sup>95</sup>. La *Commission*, che ha rilevato i poteri discrezionali conferiti, in precedenza, al Ministro degli interni<sup>96</sup>, è un organo pubblico indipendente, istituito nel 1997 al fine di rivedere possibili erronee applicazioni del diritto.

La *Commission* può rivedere i casi penali decisi dalle *magistrates' courts* e dalle *Crown courts* di Inghilterra, Galles ed Irlanda del Nord, valutando se esistono nuove prove o se possono essere svolte nuove argomentazioni che potrebbero mettere in dubbio la "certezza" della decisione originaria. In seguito ad un'indagine sui singoli casi, la *Commission* può rinviarli alla corte d'appello competente per una riconsiderazione della vicenda, qualora si ritenga che esista una "possibilità concreta" che la decisione originaria possa essere rovesciata, a prescindere dalla data in cui tale decisione è stata emessa. La *Commission* ha ampi poteri investigativi e di acquisizione di documenti, anche quelli detenuti da autorità pubbliche. La *Commission* rinvia circa il 4% dei casi sottoposti al suo esame ad una corte di appello; circa i due terzi dei casi così rinviati portano ad un rovesciamento della sentenza a suo tempo resa<sup>97</sup>. Non può non rilevarsi, peraltro, che l'eventuale rinvio da parte della *Commission* avviene, per solito, molti anni dopo la condanna originale.

Come è chiaro, la *Court of Appeal*, allorché è investita della revisione di una sentenza definitiva, non è vincolata al rispetto del diritto in essere al momento della condanna, ma può prendere in considerazione anche sviluppi successivi. Nel caso *Ward*<sup>98</sup>, giudicato quando ancora i casi venivano rinviati dal Ministro degli interni, la *Court* ha annullato la condanna originariamente imposta in base al fatto che il procuratore della Corona aveva violato il principio di comunicazione delle prove all'imputato, anche se al momento del processo originale il comportamento del procuratore non era contrario alle regole stabilite dal *common law*, che nel frattempo erano mutate. Anche successivamente all'istituzione della *Commission*, nel caso *Molloy*<sup>99</sup>, del 1997, la *Court* ha preso in considerazione decisioni sopravvenute su questioni di diritto rilevanti, per motivare la illegittimità della condanna.

---

<sup>94</sup> Non registrato nei *Law Reports* (pronunciato in data 2 dicembre 1996, CA No. 9604988).

<sup>95</sup> Per una critica dell'operato della *Commission* con particolare riguardo al caso controverso *Bentley* [2001] 1 Cr App Rep 307, si v. l'articolo di F. BENNION, *Rewriting history in the Court of Appeal [the Bentley case]*, cit.

<sup>96</sup> *Criminal Appeal Act 1968*, section 17(1)(a), abrogato dal provvedimento del 1995.

<sup>97</sup> Per questi dati, v. la pagina web [http://www.ccrcc.gov.uk/about/about\\_faq.asp#55](http://www.ccrcc.gov.uk/about/about_faq.asp#55).

<sup>98</sup> [1993] 2 All ER 577.

<sup>99</sup> Non registrato nei *Law Reports*; pronunciata in data 23 luglio 1997, CA No. 96/5131/SI).

Nel caso *Hanratty (dec.d)* del 2002<sup>100</sup>, peraltro, la *Court of Appeal* ha precisato che il mancato rispetto di forme processuali che si sono imposte successivamente alla condanna non è sufficiente a giustificare una revisione della condanna medesima<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> [2002] EWCA Crim 1141.

<sup>101</sup> La Corte ha così rettificato la situazione assai controversa sviluppatasi in seguito alla propria sentenza nel precitato caso *Bentley*. Quel caso riguardava un omicidio avvenuto più di vent'anni prima; *Lord Bingham* aveva stabilito che il diritto legislativo sull'omicidio da applicare doveva essere quello vigente al momento dell'omicidio, mentre il *common law* materiale era quello in vigore al momento della revisione giudiziale, anche per quanto riguardava lo svolgimento del processo e le istruzioni fornite dal giudice alla giuria.

# SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

## 1. Cenni introduttivi sulla successione delle norme penali nel tempo

Il principio di certezza del diritto impone che il cittadino, destinatario della norma, possa conoscere le conseguenze giuridiche delle sue azioni od omissioni; da ciò si ricava l'impossibilità di sanzionare un soggetto in base ad una norma penale che non era ancora in vigore quando il fatto è stato commesso.

La Costituzione del 1978 sancisce, nel suo titolo preliminare, insieme con il principio di certezza del diritto, il principio di legalità e l'irretroattività delle modifiche *in malam partem*. Secondo l'art. 9, comma 3, Cost., "la Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive di diritti soggettivi<sup>1</sup>, la certezza del diritto, la responsabilità ed il divieto dell'arbitrio dei pubblici poteri". Il Costituente ha inoltre elevato al rango di diritto fondamentale dell'individuo il rispetto del principio di legalità nell'ambito penale, ritenendolo un'esigenza primordiale dello Stato di diritto. L'art. 25, comma 1, Cost., stabilisce che "nessuno può essere condannato o punito per azioni o omissioni che nel momento in cui si verificano non costituiscono reato, omissione o infrazione amministrativa, secondo la legislazione vigente in quel momento". Manifestazione del diritto alla legalità penale, è, quindi, il c.d. diritto a una *lex praevia* o il principio di irretroattività delle norme penali *in malam partem*, che evita che i cittadini possano vedersi pregiudicati *a posteriori* per la tipizzazione di una condotta che al momento in cui era stata messa in atto non era costitutiva di delitto o contravvenzione, o per la sopravvenienza di una circostanza aggravante, o, ancora, per l'imposizione di pene più elevate o per misure di sicurezza prima inesistenti. Questo principio è tutelato al massimo livello mediante il ricorso di *amparo* (art. 53, comma 2, Cost.).

L'unica eccezione alla regola *tempus regit actum* è la retroattività delle leggi penali più favorevoli posteriori al fatto delittuoso. La Costituzione del 1978, come i precedenti testi costituzionali spagnoli, non la menziona esplicitamente; da ciò il Tribunale costituzionale, pur riconoscendo la legittimità del principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo, ha tratto argomento più volte per dichiarare che essa non forma parte del contenuto costituzionalmente garantito dell'art. 25, comma 1, Cost.

Diversamente dalla parzialità della disciplina costituzionale, tanto la garanzia dell'irretroattività delle norme penali sfavorevoli quanto quella della retroattività delle norme penali favorevoli sono state accolte in tutti i codici penali spagnoli sin dal 1848. Così recita l'art. 2 del Codice penale attualmente vigente, approvato con legge *orgánica* n. 10/1995, del 23 novembre: "1. Non è punito alcun delitto o contravvenzione con una pena che non sia prevista da una legge anteriore alla sua commissione. Parimenti non hanno effetto retroattivo le leggi che prevedono misure di sicurezza.

---

<sup>1</sup> L'espressione "diritti individuali" non è sovrapponibile a quella che identifica i "diritti acquisiti", essendo semmai da ritenersi riferita – secondo il Tribunale costituzionale – ai diritti fondamentali di cui al Titolo I della Costituzione (STC 27/1981, del 20 luglio), ed in particolare agli artt. da 15 a 29. Si veda in proposito B. VERDERA IZQUIERDO, *La irretroactividad: problemática general*, Madrid, Dykinson, 2006, 22 ss.



“2. Ciononostante retroagiscono le leggi penali che favoriscono il reo, anche se al momento della loro entrata in vigore sia già stata pronunciata sentenza irrevocabile ed il soggetto stia scontando la condanna. In caso di dubbio sulla determinazione della legge più favorevole, viene ascoltato il reo. Tuttavia, i fatti commessi durante la vigenza di una legge temporanea sono giudicati in conformità ad essa, tranne che sia espressamente disposto altrimenti”.

## **2. L'irretroattività delle norme penali *in malam partem***

### **2.1. Il fondamento dell'irretroattività sancita dall'art. 25 Cost.**

Nella dottrina penalistica non si ha accordo riguardo al fondamento teorico dell'irretroattività delle norme penali, che viene variamente rintracciato nella certezza del diritto (facendo ricorso alla nozione di *previsibilidad*), nella tutela del legittimo affidamento, nella limitazione dello *ius puniendi* dello Stato o nella tutela delle garanzie penali di fronte all'arbitrio dei pubblici poteri, componente essenziale dello Stato democratico<sup>2</sup>.

Quando il Tribunale costituzionale ha trattato, seppur succintamente, il fondamento del divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli, lo ha collegato sovente al principio di certezza del diritto, facendo anche riferimento alla garanzia della libertà insita nell'irretroattività e nel principio di legalità. In questo senso, ha dichiarato che “il fondamento del principio di irretroattività della legge penale si identifica con quello del principio *nullum crime, nulla poena sine previa lege*, ovvero con la garanzia per il cittadino che non sarà sorpreso *a posteriori* con una tipizzazione di reato o con una pena non prevista o più grave di quella stabilita al tempo della commissione del fatto. Però, se una corretta concettualizzazione del principio di irretroattività della legge, insito nel principio di legalità, come dichiarato nelle SSTC 8/1981 e 15/1981, significa che non è possibile applicare una legge sfavorevole a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, indica al contempo che gli effetti di una legge sfavorevole cessano quando è terminato il suo periodo di vigenza, proprio perché in una successione normativa si contempla la situazione più benignamente [...]. In altri termini, nell'ambito del diritto penale, il rigido divieto di retroattività che è previsto dall'art. 25, comma 1, Cost. si riferisce alla retroattività che sia pregiudizievole per il reo” (STC 21/1993, del 18 gennaio, *fundamento jurídico* – FJ – 5).

### **2.2. La norma penale sfavorevole**

La norma penale sfavorevole crea o aggrava la responsabilità penale, formulando nuovi illeciti penali o prevedendo conseguenze più gravose per gli illeciti già esistenti. Tra questo tipo di norme si annoverano, indubbiamente, quelle che modificano il codice penale, quelle inserite in nuove leggi speciali o di modifica di leggi speciali già esistenti. Ma vi sono altri casi in cui l'applicazione dell'art. 25 Cost. non è altrettanto chiara. Ad esempio, la dottrina ritiene che sono soggette alla regola dell'irretroattività le norme di diritto penitenziario o quelle che disciplinano l'esecuzione

---

<sup>2</sup> Per un quadro delle diverse tesi esistenti in dottrina, v. E. FRIGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de normas penales*, Madrid, Bosch, 2004 (consultato in versione elettronica).

delle pene, poiché il cittadino ha diritto di conoscere anticipatamente, non solo la sanzione che la sua condotta comporta, ma anche la forma in cui questa sarà applicata. Riguardo alle misure di sicurezza, vige il principio di irretroattività, perché così è stabilito nell'art. 2 del codice penale. I dubbi non si esauriscono, tuttavia, con questi casi: nei paragrafi seguenti verranno passate in rassegna alcune delle norme che hanno suscitato i maggiori problemi<sup>3</sup>.

### **2.2.1. Le leggi temporanee**

La legge temporanea è tale perché la sua vigenza è *ab initio* limitata nel tempo, vuoi per la determinazione di un termine finale, vuoi per la subordinazione della vigenza alla sussistenza di determinate situazioni eccezionali che hanno motivato la sua approvazione. Solitamente la legge temporanea è più severa della legge che sostituisce e della legge che successivamente la sostituirà. Affinché non perda la sua efficacia preventiva, il codice penale la dota di ultrattività e dovrà quindi essere applicata, anche se è stata abrogata ed anche se è entrata in vigore una legge più favorevole, ai fatti commessi quando era in vigore.

### **2.2.2. Le leggi penali intermedie**

Le leggi intermedie sono quelle che non erano in vigore al momento della commissione del fatto illecito e che non sono più in vigore al momento del processo. Pur non essendo citate esplicitamente dal codice penale, la dottrina ritiene che esse possano comunque essere applicate retroattivamente, perché l'effetto retroattivo si è prodotto con il semplice fatto della loro entrata in vigore<sup>4</sup>.

### **2.2.3. Le leggi processuali penali**

Per le leggi processuali si applica, in linea generale, la regola secondo cui *tempus regit actum*<sup>5</sup>.

La dottrina maggioritaria ritiene che, non trattandosi di norme di diritto penale sostanziale, ma di norme strumentali, non viga il principio di irretroattività penale. Parte della dottrina, tuttavia, ritiene

---

<sup>3</sup> Per una tale rassegna, v. A. LLABRÉS FUSTER, *Artículo 2*, in M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010, 45-46 e 48-49. Per un approfondimento, v. anche G. OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, 134-226.

<sup>4</sup> Così J.M. SILVA SÁNCHEZ, «*Rebajas de enero*» para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo? La sucesión de leyes derivada de la entrada en vigor – el 5 de febrero de 2007 – de la LO 8/2006, de reforma de la LO 5/2000, in *InDret*, n. 1, gennaio 2007, 8-9.

<sup>5</sup> Il Tribunale supremo (*Sala de lo Contencioso*), con sentenza del 16 ottobre 1990, ha dichiarato che “il fenomeno della retroattività è possibile se la stessa legge lo autorizza, è obbligato se la legge è di natura penale ma più favorevole al reo [...] ed è impossibile se si tratta di disposizioni sanzionatrici o restrittive di diritti fondamentali (art. 9 Cost.). Le leggi processuali appartengono al primo dei tre gruppi elencati e, pertanto, non incidono sui processi pendenti a meno che non lo prevedano esplicitamente” (*fundamento de derecho* – FD – 1).

Le sentenze del Tribunale supremo possono essere consultate alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>; ove possibile, per agevolare la loro identificazione, si includerà la citazione del numero del ricorso che ha dato origine alla pronuncia.

che, non distinguendo l'art. 9, comma 3, Cost. tra norme sostanziali o processuali, non possa in alcun caso attribuirsi efficacia retroattiva alle norme processuali restrittive di diritti individuali, come ad esempio le norme processuali che disciplinano la reclusione, la carcerazione preventiva, l'extradizione o le condizioni di procedibilità.

Il Tribunale costituzionale ha accolto alcuni ricorsi di *amparo* contro il prolungamento della carcerazione preventiva conseguente alla applicazione retroattiva di una legge posteriore (SSTC 32/1987, del 12 marzo, FFJJ 3-4; e 117/1987, dell'8 luglio). In proposito, si è rilevato che, nonostante la carcerazione preventiva sia un provvedimento cautelare, che, senza giudicare prematuramente la persona interessata, tende ad assicurare il risultato finale del processo, la sua irrogazione non è frutto di una semplice normativa processuale ma (anche) di una decisione giudiziaria di natura eccezionale, che incide negativamente sullo *status* di libertà personale dell'imputato. Per questo motivo, quando la legge posteriore contenga disposizioni più restrittive del diritto alla libertà personale (art. 17 Cost.) e non sia presente una norma di diritto transitorio che determini la propria efficacia normativa in relazione a situazioni accadute in precedenza, si deve intendere che la legge che regola la carcerazione preventiva in vigore al momento dell'inizio della privazione di libertà estende la sua efficacia fino alla conclusione dell'anzidetta situazione.

Meno fermo nella tutela contro applicazioni retroattive si è mostrato il Tribunale costituzionale con riferimento alle norme sulla estradizione, ritenute non sostanziali come le norme penali o amministrative, ma *stricto sensu* processuali (STC 141/1998, del 29 giugno, FJ 3), ed a quelle sul mandato d'arresto europeo (STC 83/2006, del 13 marzo, FJ 5); entrambi i provvedimenti in questione non incidono su pretese punitive dello Stato [spagnolo], per cui ad essi non si estende il divieto di retroattività della norma penale.

Riguardo alle norme che disciplinano la prescrizione dei reati o delle pene o l'indulto, la cui natura sostanziale o processuale è discussa, una parte della dottrina sostiene che, nella misura in cui incidono sull'estinzione della responsabilità criminale, devono considerarsi norme penali sostanziali e sottoposte al regime ordinario di irretroattività e retroattività. Trattasi, tuttavia, di una questione allo stato assai controversa<sup>6</sup>.

#### **2.2.4. Le leggi sulla responsabilità civile ex delicto**

Il Tribunale costituzionale ha ripetutamente dichiarato che l'irretroattività costituzionalmente garantita spiega i suoi effetti (solo) quando la nuova legge penale riguardi i presupposti del reato o della contravvenzione o delle pene o delle misure di sicurezza, per cui non vige nel caso della disciplina della responsabilità civile derivante da reato<sup>7</sup>.

In senso solo parzialmente conforme, in dottrina si sostiene che, non trattandosi di norme penali, tali norme sono soggette all'art. 2, comma 3, del codice civile (secondo cui le leggi non sono retroattive a meno che non dispongano altrimenti), tuttavia può trarsi un divieto di retroattività, in base all'art. 9, comma 3, Cost., nella misura in cui si vada ad incidere su diritti fondamentali. In

---

<sup>6</sup> Sul tema, v., *ex plurimis*, J.M. SUÁREZ COLLÍA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, 120 ss.

<sup>7</sup> Tra le altre, v. SSTC 210/1991, dell'11 novembre; 21/1993, del 18 gennaio; 119/1993, del 19 aprile; 237/1993, del 12 luglio; 259/1993, del 20 luglio; 261/1993, del 22 luglio; e 58/1996, del 15 aprile; e AATC 126/1982, del 24 marzo; 365/1990, del 15 ottobre; 151/1992, del 4 maggio; e 154/1997, del 19 maggio.

quest'ottica, non è senza rilievo che la modifica *in peius* delle norme sulla responsabilità civile potrebbe incidere sulla possibilità di sospensione dell'esecuzione della pena o sulle condizioni di accesso alla liberazione condizionale o al c.d. terzo grado penitenziario<sup>8</sup>.

### **2.2.5. Le norme penali in bianco**

Quando la descrizione dei fatti costitutivi di reato richiede di essere completata da norme extra-penali, non v'è dubbio che, se la variazione della norma che completa la norma penale in bianco implica un ampliamento della portata della fattispecie, la norma penale non potrà essere applicata retroattivamente. Tuttavia, il caso contrario è più problematico. Nonostante la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria siano favorevoli all'applicazione retroattiva della legge penale che, una volta completata, risulti più favorevole<sup>9</sup>, non mancano casi di limitazione di questo principio. Ad esempio, con sentenza del 23 aprile 2004 (ric. n. 2257/2002), la *Sala de lo Penal* del Tribunale supremo ha negato la retroattività di una modifica favorevole perché non ha rinvenuto omogeneità tra le situazioni contemplate dalla disciplina anteriore e quelle previste da quella successiva: il problema fondamentale, in questi casi, è infatti quello di verificare se la modifica della norma extra-penale riguardi o meno il nucleo del comportamento costitutivo di reato<sup>10</sup>. In caso negativo, il Tribunale supremo ha escluso che si possa parlare di una vera successione di leggi.

### **2.2.6. Le leggi di aggiornamento delle entità pecuniarie che integrano reati finanziari**

Si tratta di leggi relative a reati finanziari che incrementano, con maggior o minor periodicità, le entità che determinano il minimo perché si integri l'elemento materiale di un delitto o di una contravvenzione e/o gli importi in cui si sostanziano le pene. In quest'ultimo caso, aggiornano il diritto positivo al costo della vita e, in ragione di ciò, non si pone il divieto di retroattività. Quando invece comportano un cambiamento di valutazione del fatto da parte del legislatore, dovrebbe vigere il principio di irretroattività. Cionondimeno, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, nel

---

<sup>8</sup> L'art. 100 del regio decreto n. 190/1996, del 9 febbraio, con cui si approva il Regolamento penitenziario, prescrive che i detenuti debbano essere classificati secondo "gradi di trattamento". La classificazione, in un grado o in un altro, determinerà il tipo di stabilimento penitenziario cui saranno destinati. Esistono tre tipi di stabilimento: in regime chiuso, ordinario ed aperto, che corrispondono rispettivamente al 1°, al 2° ed al 3° grado di trattamento.

<sup>9</sup> Tale criterio è stato condiviso da Luzón Peña, Quintano Ripollés, Córdoba Roda, Bustos, Cerezo Mir, Rodríguez Mourullo, Ruiz Antón e Sainz Cantero (cfr. J.M. SUÁREZ COLLÍA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, cit., 145) e dallo stesso Tribunale supremo, se è vero che, secondo la sentenza della *Sala* penale del 26 settembre 1983, per legge penale deve intendersi "ogni norma da cui risultino conseguenze penali", e pertanto, "non solo le norme riferite alla pena o che definiscono figure concrete di reato, ma anche di altre branche giuridiche, che dotano di contenuto le leggi penali in bianco"; ciò posto, si qualificano come "modificazioni extra-penali della legge penale" quelle che incidono su "l'insieme dei presupposti da cui dipende la pena" (tale criterio è stato allora definito "unanime nella *doctrina* [del Tribunale supremo] espressa nelle sentenze del 13 dicembre 1966, del 26 giugno 1963, dell'8 novembre 1963 e del 9 marzo 1964": v. il settimo *Considerando*).

<sup>10</sup> Si veda, in particolare, il FD 9 della decisione.

caso del reato fiscale, optano per l'applicazione retroattiva dell'incremento della quantità in ogni caso.

### 3. La retroattività delle norme penali *in bonam partem*

#### 3.1. Il dibattito sulla natura costituzionale o meno della garanzia

Il cambiamento di valutazione di un fatto da parte del legislatore, espresso attraverso una legge punitiva più vantaggiosa, si applica anche al comportamento già posto in essere, perché si intende che la nuova normativa renda la legge precedente obsoleta, rispondente cioè a valutazioni di politica criminale non più attuali. L'ipotesi di una futura legge penale in grado di produrre solo benefici e mai svantaggi per il passato non rappresenta, quindi, un motivo di insicurezza giuridica per i cittadini.

Escluso che la retroattività della norma favorevole risponda all'idea di garanzia, si è sostenuto che il suo fondamento risieda nella *pietatis causa*. Altri autori hanno fatto leva sul principio che vieta l'eccesso nelle pene, o sul constatato venir meno della necessità di punire (o di punire così gravemente) determinate condotte di fronte ad un cambiamento di valutazione giuridica cristallizzato nell'entrata in vigore di una legge più favorevole<sup>11</sup>.

Ad avviso del Tribunale costituzionale, il principio della retroattività della legge penale più favorevole si giustifica alla luce dell'interpretazione *a contrario* dell'art. 9, comma 3, Cost., nonché dell'art. 17, comma 1, Cost., che sancisce il diritto fondamentale alla libertà personale<sup>12</sup>. Già dalla

---

<sup>11</sup> Il dibattito sul fondamento di questa ipotesi eccezionale di retroattività è assai più ampio di quanto potrebbe suggerire quanto espresso nel testo. Una parte della dottrina ritiene che riposi su ragioni di stretta giustizia (Cuello Calón-Camargo, Antón Oneca, Ferrer Sama e Rodríguez Mourullo), altri giustificano la retroattività perché verrebbe meno l'utilità e l'interesse ad applicare una legge già modificata e più severa (Silvela). Altri ancora ritengono che siano essenzialmente (ma non esclusivamente) le ragioni di umanità (nel senso di *pietas*) a fondare l'irretroattività (J. Montes, Quintano Ripollés e Casabó). In ogni caso, l'applicazione della legge posteriore più favorevole non viola la certezza del diritto e, inoltre, è giusta, mentre l'applicazione della legge abrogata più severa risulta non necessaria (Antón Oneca e Cerezo Mir). Cfr. J.M. SUÁREZ COLLÍA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, cit., 129-130. Secondo la sentenza della Sala penale del Tribunale supremo del 25 novembre 1991, "la retroattività risponde sia a motivi umanitari, sia a motivi di politica criminale. Da questo punto di vista, si può sostenere che lo Stato, quando approva una nuova norma, non ha più interesse a punire condotte sanzionate in precedenza ed a mantenere una pena di maggiore entità, motivo per cui ha deciso di cambiare la norma in un senso più favorevole, il che fa sì che fatti commessi in precedenza beneficino di questo nuovo orientamento della politica legislativa e criminale" (FD 3).

<sup>12</sup> Dal principio di irretroattività delle norme sfavorevoli non si può desumere un divieto di applicazione retroattiva delle norme penali quando siano più favorevoli al reo. Per tutte, si vedano le SSTC 35/1981, dell'11 novembre, FJ 3; 150/1989, del 25 settembre, FJ 5; 196/1991, del 17 ottobre, FJ 3; 95/1992, dell'11 giugno, FJ 3; 21/1993, del 18 gennaio, FJ 5; 43/1997, del 10 marzo, FJ 5; 174/2000, del 26 giugno, FJ 2; 20/2003, del 10 febbraio, FJ 4; 82/2006, del 13 marzo, FJ 9 e 234/2007, del 5 novembre, FJ 3. Deve, peraltro, constatarsi che la giurisprudenza costituzionale non è risultata sempre ferma nelle sue posizioni. Di regola ha dichiarato l'impossibilità di richiamare la regola della retroattività in sede di *amparo*, in talune occasioni la possibilità è stata ammessa nel caso di invocazione degli artt. 9, comma 3, e 17, comma 1, Cost. (*ergo*, solo nel caso di condanne a pene privative di libertà) oppure la si è ricondotta all'art. 24, comma 1, Cost., come violazione del diritto alla tutela giurisdizionale (SSTC 177/1994, del 10 giugno, e 99/2000, del 10 aprile).

STC 8/1981, del 30 marzo<sup>13</sup>, ha negato, però, che la retroattività favorevole formi parte del contenuto essenziale del principio di legalità in materia penale dell'art. 25, comma 1, Cost., e perfino quando ha collegato il principio della retroattività favorevole all'art. 17, comma 1, Cost., lo ha fatto senza desumere ulteriori conseguenze, *ergo* negandogli lo *status* di garanzia di un diritto fondamentale, donde l'impossibilità di una sua invocazione attraverso il ricorso di *amparo*<sup>14</sup>.

Questa conclusione non è andata esente da critiche perfino all'interno del Tribunale costituzionale, come dimostrano le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali R. de Mendizábal Allende alla STC 177/1994, del 10 giugno, di P. Cruz Villalón e R. de Mendizábal Allende alla STC 203/1994, dell'11 luglio, e, implicitamente, di F. García-Mon y González-Regueral e R. de Mendizábal Allende alla STC 62/1997, del 7 aprile.

Sul tema, anche la dottrina è divisa<sup>15</sup>. Taluni autori ritengono che la retroattività non sia suscettibile di essere tutelata in *amparo* perché inerente a questioni di legalità ordinaria, non avendo un riscontro costituzionale esplicito e basandosi solo sull'art. 2 del codice penale (Cuerda Riezu, Vives Antón, Sánchez Yllera, Cerezo Mir e Rodríguez Mourullo). Altri considerano, invece, che l'irretroattività delle leggi penali e la retroattività delle leggi favorevoli siano le due facce di una stessa moneta, per cui entrambi devono meritare analoga tutela da parte dal Tribunale costituzionale (Huerta Tocildo e Cuello Contreras).

Uno spiraglio verso un mutamento di orientamento giurisprudenziale sembra essersi aperto con la STC 232/1997, del 18 dicembre. Si trattava di un caso in cui il giudice di appello non aveva applicato retroattivamente il Codice penale del 1995, nonostante la normativa dallo stesso recata fosse più favorevole riguardo al reato di esibizionismo. Il Tribunale costituzionale ha accolto l'*amparo* ritenendo violato il diritto alla legalità penale, sia pure non in diretto collegamento con il tema qui in esame, ma comunque in relazione all'art. 25 Cost.<sup>16</sup>.

Pare quindi più corretta la posizione di quegli autori secondo i quali la STC 232/1997 implica il riconoscimento che l'irretroattività è una garanzia costituzionale, mentre la retroattività è

---

<sup>13</sup> Si veda il FJ 3 della decisione.

<sup>14</sup> Tra le altre, SSTC 15/1981, del 7 maggio, FJ 7; 68/1982, del 22 novembre, FJ 3; 51/1985, del 10 aprile, FJ 7; 131/1986, del 29 ottobre, FJ 2; 22/1990, del 15 febbraio, FJ 7; 177/1994, del 10 giugno, FJ 1; 99/2000, del 10 aprile, FFJJ 5 e 6; 75/2002, dell'8 aprile, FJ 4; 85/2006, del 27 marzo, FJ 4; 116/2007, del 21 maggio, FJ 10; 21/2008, del 31 gennaio, FJ 5, e gli AATC 471/1984, del 24 luglio, FJ 2; 876/1986, del 29 ottobre, FJ 2; 1264/1988, del 21 novembre, FJ 2; 226/1990, del 4 giugno, FJ 2; e 30/1998, del 28 gennaio, FJ 7.

<sup>15</sup> Cfr. J.M. SUÁREZ COLLÍA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, cit., 132-133.

<sup>16</sup> In effetti, nella motivazione della sentenza il riferimento al principio di retroattività della norma penale favorevole non è centrale, incentrandosi l'argomentazione sulla scorretta applicazione della norma da parte dell'organo di appello, che non poteva ignorare il dato relativo alla depenalizzazione del reato che doveva giudicare. "Il modo di procedere dell'organo giudiziario mostra di modo palese che la pronuncia emessa oltrepassa l'ambito di libertà che spetta al giudice nell'interpretazione e applicazione della norma penale, giacché con la stessa, nel rigettare il ricorso e confermare la sentenza di primo grado, ha alterato l'ambito di applicazione della figura delittuosa conformata dal legislatore, violando il diritto fondamentale del ricorrente a non essere condannato per azioni od omissioni che al momento del nuovo processo, in appello, non erano previsti come delitti o contravvenzioni, come prevede l'art. 25, comma 1, Cost. All'*Audiencia Provincial* sarebbe bastato interpretare correttamente quanto disposto nelle disposizioni transitorie prima e, soprattutto, nona, regola *a*), del nuovo testo punitivo. Non avendo fatto questo, è chiaro che ha infranto l'art. 25, comma 1, Cost." (FJ 3).



attualmente una garanzia legale che ottiene una tutela indiretta della Costituzione attraverso il principio di legalità in materia penale: nonostante non sia menzionato dall'art. 25 Cost., si è sottolineato che il principio di retroattività della norma favorevole vincola comunque il giudice, in ragione della sua soggezione alla legge, proprio in virtù dell'art. 25, comma 1, Cost.<sup>17</sup>.

In senso largamente conforme, Huerta Tocildo<sup>18</sup> ha rilevato che, in base alla STC 232/1997, il Tribunale costituzionale non potrebbe più dichiarare inammissibile un ricorso di *amparo* fondato esclusivamente sull'art. 25 Cost. e che, in ogni caso, il Tribunale costituzionale sarebbe obbligato a giungere alla stessa conclusione in base all'art. 10, comma 2, Cost, che obbliga ad interpretare i diritti fondamentali in conformità ai testi internazionali sottoscritti dalla Spagna. A sostegno di questa tesi, si citano l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte EDU (in particolare, con la sentenza dell'8 luglio 1999, causa *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*), gli artt. da 22 a 24 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale e l'art. 15, comma 1, del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 19 dicembre 1966.

Per concludere sul punto, deve menzionarsi un'altra possibile via di accesso al Tribunale costituzionale che è stata segnalata dalla dottrina penalistica, ovvero quella dell'invocazione del principio di proporzionalità: se non si applicasse la legge posteriore più favorevole, si potrebbe invocare la violazione del relativo diritto fondamentale (ad es., l'art. 17, comma 1, Cost.), per l'imposizione di una pena più grave dallo stesso legislatore ritenuta eccessiva<sup>19</sup>.

### 3.2. L'individuazione della legge penale più favorevole

Al momento di determinare in una successione di leggi quale sia quella più favorevole al reo, secondo dottrina e giurisprudenza consolidata, le norme oggetto di comparazione devono essere considerate alla luce del contesto normativo complessivo in cui si inquadrano<sup>20</sup>. Operata la comparazione, si deve optare per l'applicazione integrale dell'una o dell'altra norma: è infatti vietata la possibilità di combinare gli elementi favorevoli delle due; ciò andrebbe a costituire una disciplina affatto nuova, con conseguente usurpazione, da parte del giudice, di funzioni legislative (STC 131/1986, del 29 ottobre, FJ 7).

---

<sup>17</sup> Cfr. A. R. CUERDA RIEZU, *La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional*, in M. BALADO RUIZ-GALLEGOS, J.A. GARCÍA REGUEIRO, e M.J. DE LA FUENTE Y DE LA CALLE (coords.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Madrid, Bosch, 1998, 275-290 (consultato in versione elettronica).

<sup>18</sup> Cfr. S. HUERTA TOCILDO, *Artículo 25.1. El derecho a la legalidad penal*, in M.E. CASAS BAAMONDE e M. RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Walters Kluwer, 2009, 734.

<sup>19</sup> Cfr. A. LLABRÉS FUSTER, *Artículo 2*, cit., 41-42.

<sup>20</sup> La retroattività "presuppone l'applicazione integrale della legge più favorevole, ivi compresa l'applicazione delle parti di norma che possano risultare pregiudizievoli in confronto alla legge anteriore" (STC 131/1986, del 29 ottobre, FJ 2).

Questo criterio per la regolamentazione della successione di norme è stato stabilito con l'entrata in vigore dell'attuale codice penale<sup>21</sup>. Il Tribunale supremo non lo ha però invariabilmente rispettato<sup>22</sup>.

Se, per realizzare la comparazione tra le disposizioni succedutesi è necessario considerare la totalità delle loro previsioni (STC 20/2003, del 10 febbraio, FJ 4), possono porsi due grandi casi: depenalizzazione della condotta da parte della legge posteriore o mantenimento della rilevanza penale del fatto, ma con la modifica delle conseguenze giuridiche. Mentre nel primo caso, con la constatazione del cambiamento normativo *in melius*, risulta scontata la individuazione della legge più favorevole, nel secondo si deve ulteriormente distinguere tra la previsione di pene omogenee e quella di pene eterogenee. In ogni caso, devono essere presi in considerazione, non tanto i limiti edittali, ma la concreta pena risultante in ogni caso, includendo nella ponderazione le questioni attinenti al suo processo di selezione (in relazione all'esistenza di pene alternative), alla sua determinazione (e dunque alle esimenti ed alle circostanze modificative della responsabilità criminale), alla esecuzione (avendo riguardo alla sospensione condizionale della pena, alla sostituzione della stessa, alle condizioni di accesso al c.d. terzo grado ed alla libertà condizionale, nonché ai benefici penitenziari) ed alla estinzione (prescrizione, riabilitazione). Si deve altresì valutare il maggiore o minor margine di discrezionalità lasciata al giudice per determinare la pena e le circostanze relative alla esecuzione della pena; l'esistenza di pene accessorie alla pena principale, ecc.

In linea generale, dunque, si deve optare per la legge che globalmente comporta una situazione giuridica più favorevole per il reo. Ciò nonostante, con l'entrata in vigore del codice penale del 1995, il legislatore ha stabilito, nel secondo paragrafo della quinta disposizione transitoria, che “i giudici e tribunali procederanno alla revisione delle condanne definitive e di quelle in cui il condannato stia scontando la pena, applicando la disposizione più favorevole considerata tassativamente e non a seguito dell'esercizio del potere discrezionale del giudice”.

Di recente, dinanzi ad una dottrina maggioritaria tendente ad un'applicazione illimitata della retroattività favorevole, si propone di effettuare un'interpretazione teleologica restrittiva, distinguendo tra norme materialmente favorevoli e norme formalmente favorevoli. In quest'ottica, si insiste sul fatto che la retroattività *in bonus* esige due requisiti: identità oggettiva della fattispecie (oggetto, situazione, relazione giuridica, ecc.) e genuina successione di leggi, di modo che sia inequivoco il cambio di valutazione del disvalore da parte del legislatore, che si pronuncia più favorevolmente nella legge posteriore.

---

<sup>21</sup> Secondo la seconda disposizione transitoria, “per stabilire quale è la legge più favorevole si considera la pena che corrisponde al fatto giudicato applicando interamente le norme dell'uno o dell'altro codice”. Analogamente dispongono la seconda disposizione transitoria della legge *orgánica* n. 15/2003, del 25 novembre, e la prima disposizione transitoria della legge *orgánica* n. 5/2010, del 22 giugno, con riferimento alle norme del codice penale in vigore che novellano.

<sup>22</sup> Ad esempio, per la pena detentiva ha considerato compatibile l'applicazione retroattiva del codice penale in vigore, facendo comunque salvo il mantenimento degli effetti che avesse potuto produrre fino al momento della sua entrata in vigore il beneficio della *redención de penas* da parte del codice penale abrogato, sull'assunto che si trattava di una situazione penitenziaria consolidata; parimenti, occasionalmente ha ritenuto applicabili i termini di prescrizione più favorevoli previsti dal nuovo codice penale alle pene imposte in base al vecchio codice; ancora, ha coniugato la sanzione di fatti in base al codice penale precedente con la mancata applicazione dell'aggravante della recidiva, in ossequio a quanto disposto nel nuovo codice penale. Si veda A. LLABRÉS FUSTER, *Artículo 2*, cit., 44.

Pur con i criteri enucleati, non è escluso che persistano dubbi sulla determinazione della legge più favorevole; per tale evenienza, secondo l'art. 2, comma 2, del codice penale, deve essere ascoltato il reo. Si tratta di un atto obbligatorio, ma il parere non è vincolante.

### 3.3. La portata della retroattività *in bonam partem*

Il legislatore spagnolo, già a far tempo dal codice penale del 1870, ha ampliato la retroattività favorevole sino a renderla idonea ad incidere, attraverso l'istituto della revisione del giudicato, sui casi in cui la decisione giudiziaria sia passata in giudicato, ritenendosi che, in caso contrario, la maggiore o minore celerità nel giudicare i fatti potrebbe essere all'origine dell'applicazione di diverse normative e, quindi, anche dell'esecuzione di diverse sanzioni per fatti sovrapponibili. Secondo l'art. 2, comma 2, del codice penale, retroagiscono le leggi penali favorevoli "anche se al momento della loro entrata in vigore<sup>23</sup> è già stata pronunciata sentenza irrevocabile ed il soggetto sta scontando la condanna".

Ciò nondimeno, nei casi in cui la pena non si è estinta, il legislatore ha in alcune occasioni limitato l'operatività dell'applicazione retroattiva, com'è accaduto, ad esempio, nella successione di norme conseguente all'entrata in vigore dello stesso codice penale<sup>24</sup>.

Ancora oggetto di controversie è se la retroattività favorevole possa incidere sui casi in cui la sentenza sia stata totalmente eseguita<sup>25</sup>. E ciò tanto nel caso di una depenalizzazione, che potrebbe comportare la cancellazione dei precedenti penali, quanto in quello della diminuzione della pena, che potrebbe comportare la riduzione della durata del termine richiesto per procedere alla cancellazione dei precedenti o, comunque, all'anticipazione del *dies a quo* del computo del tempo per la cancellazione.

Una prima corrente dottrinale ritiene che, una volta eseguita la condanna, la norma penale più favorevole non debba applicarsi retroattivamente (Antón Oneca, Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo, Sainz Cantero e Rodríguez Devesa). A meno che una singola legge, in una delle disposizioni di diritto transitorio, stabilisca la revisione delle condanne già eseguite, il principio generale è da ritenersi quello dell'irretroattività: in primo luogo, perché la retroattività è una

---

<sup>23</sup> Il codice penale parla di "entrata in vigore", per cui si esclude l'efficacia retroattiva della norma penale favorevole durante il periodo di *vacatio legis*, nonostante alcuni autori, come Cuello Contreras, abbiano in tal senso opinato, in quanto sarebbe un controsenso che i giudici continuassero ad applicare una legge quando già ne sia stata approvata un'altra, pur se non ancora in vigore. Cfr. J.M. SUÁREZ COLLÍA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, cit., 133-135.

Il Tribunale costituzionale, che doveva decidere sull'applicabilità dell'art. 636 del codice penale (che depenalizzava la guida di veicoli senza l'assicurazione obbligatoria) in un momento anteriore alla fine del periodo di *vacatio legis*, ha respinto il ricorso in via incidentale per perdita sopravvenuta di rilevanza della norma, per la chiusura del processo *a quo* (STC 19/2010, del 27 aprile).

<sup>24</sup> Quinta e sesta disposizione transitoria (analogamente, v. la seconda e terza disposizione transitoria della legge *orgánica* n. 15/2003, e la seconda disposizione transitoria della legge *orgánica* n. 5/2010): non si contemplava la revisione di sentenze e, pertanto, la applicazione della legge posteriore più favorevole ai casi in cui la pena fosse sospesa (salvo che la sospensione non fosse stata revocata) o il detenuto fosse in libertà condizionale, o si trattasse esclusivamente di una pena pecuniaria.

<sup>25</sup> Cfr. J. M. SUÁREZ COLLÍA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, cit., 136-139.

eccezione e deve essere interpretata restrittivamente; in secondo luogo, perché nell'ordinamento spagnolo la retroattività favorevole ha una portata molto ampia se comparata ad altri paesi e non sarebbe agevole giustificare un ulteriore ampliamento; infine, perché se la volontà del legislatore è quella di attribuire effetti retroattivi di questo tipo, allora deve esplicitarlo.

Una seconda corrente dottrinale è, invece, favorevole al riconoscimento della retroattività anche quando la pena sia stata espiata (Casabó, Cerezo Mir, Landrove Díaz, Cobo del Rosal e Vives Antón). Al riguardo, si ritiene che la tesi sia compatibile con l'art. 2 del codice penale e che risponda meglio alle esigenze di giustizia materiale, perché se un cambiamento legislativo depenalizza una certa condotta o ne attenua la rilevanza penale, non è logico che la condanna precedente continui a produrre effetti giuridici penali (precedenti penali, applicazione dell'aggravante di recidiva, etc.).

Luzón Peña suggerisce una terza via, consistente nel mantenere la regola generale della non applicazione retroattiva della legge favorevole rispetto alle sentenze compiute già eseguite, con l'eccezione della recidiva, in ossequio alla sesta disposizione transitoria del codice penale, secondo cui "non sono sottoposte a revisione le sentenze la cui pena sia stata eseguita o sospesa, anche se sia pendente l'esecuzione di altre decisioni, come pure le sentenze totalmente eseguite, ciò non impedendo che il giudice o il tribunale, i quali potrebbero in futuro tenerne conto agli effetti della recidiva, debbano previamente controllare se il fatto da esse sanzionato non sia più delitto o riceva una pena minore secondo questo codice".

La *Sala* penale del Tribunale supremo, con sentenza del 3 febbraio 2001 (ric. n. 16/1999), ha così chiarito quale sia il limite alla retroattività delle norme favorevoli: "non possono privarsi di effetto le pene già scontate e travolgere ciò che è stato eseguito". Del resto, in relazione ad una pena pecuniaria, ha rilevato che, in base all'art. 8 della legge sulla grazia del 18 giugno 1870, l'indulto esime dal pagamento della somma dovuta, ma non legittima certo la restituzione di quanto già pagato, a meno che non sia altrimenti previsto in maniera esplicita (FD 2).

#### **4. Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale avente ad oggetto precetti penali o l'interpretazione degli stessi**

In ossequio all'art. 40 della legge *orgánica* n. 2/1979, del 3 dicembre, sul Tribunale costituzionale (LOTIC), "le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di leggi, disposizioni o atti con forza di legge non permettono la revisione di processi conclusi in cui siano stati applicati leggi, disposizioni o atti incostituzionali, fuorché nel caso dei processi penali o contenzioso-amministrativi riferiti ad un procedimento sanzionatorio nel quale, come conseguenza dell'annullamento della norma applicata, discende una riduzione della pena o della sanzione o un'esclusione, esenzione o limitazione della responsabilità". La dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale, che è resa con sentenza avente efficacia *erga omnes* e che costituisce una fonte di diritto penale (sia pur di matrice negativa), è un "fatto nuovo" ai sensi dell'art. 954, comma 4, della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* [legge processuale penale approvata con regio decreto del 14 settembre 1882] e comporta – come si dirà<sup>26</sup> – la revisione dei processi in cui la norma penale dichiarata illegittima sia stata applicata.

---

<sup>26</sup> V. *infra*, par. 5.2.

Per contro, non possono spiegare alcun effetto retroattivo le sentenze che dichiarino l'illegittimità di una norma penale nella misura in cui esse possano risultare sfavorevoli (ad es., se si dichiara incostituzionale una norma che pone una causa di esclusione della responsabilità penale).

In teoria, non costituisce un caso di successione delle norme penali quello in cui si dichiara la nullità, non di una disposizione, ma di una o più possibili interpretazioni (ad esempio, nell'ambito di un ricorso di *amparo*). Tuttavia, il Tribunale costituzionale ritiene che la sanzione dell'interpretazione illegittima di una norma penale si debba poter ripercuotere positivamente sui cittadini che sono stati condannati per causa di tale interpretazione, potendo la dichiarazione di incostituzionalità essere configurata un "fatto nuovo" ai fini della revisione della condanna. Così il Tribunale si è pronunciato nella STC 150/1997, del 29 settembre, giudicando un ricorso di *amparo* riguardante gli effetti della STC 111/1993, del 25 marzo, che aveva dichiarato illegittima l'interpretazione estensiva *in malam partem* dei tribunali del termine "titolo" nel reato di esercizio abusivo della professione. Trattandosi di un ricorso di *amparo*, il giudice non riteneva applicabile l'art. 40 LOTC e segnalava che l'unica via possibile fosse sollecitare l'indulto totale.

Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che "la retroattività sancita dall'art. 40, comma 1, *in fine*, LOTC è un'eccezione *in bonum* a quanto prevede, in termini in apparenza assoluti, l'art. 161, comma 1, lettera a), Cost. (secondo cui la dichiarazione di illegittimità interessa la norma espunta dall'ordinamento ma le sentenze in cui sia stata applicata non perderanno il valore di *res judicata*). Tuttavia, una simile eccezione trova il suo fondamento inequivoco [...] nella stessa Costituzione, e precisamente, nell'art. 25, comma 1, che vieta, tra l'altro, che alcuno possa subire condanna penale o sanzione amministrativa in applicazione di norme penali la cui incostituzionalità sia stata dichiarata dal Tribunale costituzionale. [...] È del tutto evidente che la portata generale implicita all'art. 25, comma 1, Cost. non esaurisce la sua portata in quanto è disposto dall'art. 40, comma 1, LOTC, che si applica solo [...] ai processi in cui si dichiara l'incostituzionalità. Tale principio generale, infatti, deve estendersi [...] a calibrare gli effetti di qualsivoglia processo costituzionale, il che presuppone l'esistenza di canali di revisione penale per eliminare, in aderenza a quanto richiesto dall'art. 25, comma 1, Cost., ogni effetto della sentenza di condanna emessa in conformità ad una interpretazione della legge penale che è stata disautorata, in quanto incostituzionale, in una sentenza che risolve un ricorso di *amparo*" (FD 5).

In sede dottrinale<sup>27</sup> si è sostenuto che, in via di principio, il ricorso di revisione è idoneo per i casi in cui, in base alla nuova interpretazione, conseguente all'incostituzionalità della precedente, il fatto debba essere ritenuto penalmente irrilevante, ma non per quelli in cui la nuova interpretazione comporti solo una riduzione della responsabilità penale (ad es., perché riguardi solo un'aggravante). Per quest'ultima ipotesi, l'indulto parziale sarebbe la sola soluzione per poter adeguare la pena al cambiamento interpretativo verificatosi<sup>28</sup>.

## 5. Gli effetti delle decisioni in materia penale dei giudici ordinari

Particolarmente controverso è il tema inerente agli effetti dei mutamenti nella giurisprudenza dei tribunali ordinari che incidano su una disposizione penale. Si pone, infatti, l'alternativa tra la loro

---

<sup>27</sup> Cfr. A. LLABRÉS FUSTER, "Artículo 2", cit., 47.

<sup>28</sup> Sull'utilizzabilità dell'indulto, v. anche *infra*, par. 5.2.

applicazione retroattiva o soltanto *pro futuro*, alternativa che viene sovente esaminata anche alla luce di un constatato eccessivo rilassamento da parte del legislatore in ordine al rispetto dei principi di determinazione e tassatività del reato.

### 5.1. I mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*

Nell'ordinamento spagnolo, la giurisprudenza non è fonte del diritto e in materia penale vige il principio di legalità, per cui il Tribunale supremo nega che possa applicarsi a decisioni giurisdizionali il divieto costituzionale della retroattività delle norme sfavorevoli. Altrimenti detto, il mutamento di giurisprudenza non può essere configurato alla stregua di un'autentica successione di norme penali nel tempo.

Una parte della dottrina ritiene che, da un punto di vista sostanziale, le conseguenze sfavorevoli di un mutamento giurisprudenziale siano le stesse della norma penale *in peius*, donde la necessità di estendere il divieto di irretroattività<sup>29</sup>. Così, si sono avanzate alcune proposte, tra cui quella di introdurre nelle sentenze che sanciscono il mutamento interpretativo una clausola di salvaguarda indicativa della loro applicazione unicamente ai fatti che abbiano luogo da quel momento in poi (c.d. clausola *von-nun-an*, assimilabile alla tecnica del *prospective overruling*), ma non al fatto di specie che ha propiziato il mutamento giurisprudenziale. In alternativa, si propone l'applicazione analogica di quanto previsto per la legge penale dall'art. 2, comma 1, del codice penale. Il Tribunale supremo ha negato fondamento a siffatte prospettazioni, ma ha accolto nelle sue decisioni un'altra soluzione che la dottrina aveva indicato per minimizzare la portata dei possibili mutamenti giurisprudenziali *in peius*, vale a dire il ricorso – invero eccezionale – all'istituto dell'errore sul precetto penale (art. 14 del codice penale). In buona sostanza, si è ammesso che, al momento del compimento del fatto, l'autore abbia potuto errare sulla rilevanza giuridica del suo comportamento nel senso di ritenere conforme a diritto un comportamento che – in base alla (nuova) giurisprudenza – era invece antigiuridico: la  *fictio*  è dunque quella secondo cui il soggetto è stato indotto in errore dalla giurisprudenza precedente<sup>30</sup>. Si ritiene, peraltro, che una tale soluzione sia possibile solo quando una condotta ritenuta lecita al momento della sua realizzazione passi successivamente ad essere considerata antigiuridica. In quest'ottica, non potrebbe estendersi la rilevanza dell'errore ai casi in cui il cambiamento presupponga l'aggravamento di un fatto già delittuoso o il passaggio di un illecito dall'ambito extra-penale a quello penale: in entrambi i casi, infatti, l'autore doveva già essere a conoscenza dell'antigiuridicità del fatto e, con precipuo riferimento al secondo caso, è noto che non si riconoscono effetti all'errore sulla natura penale di un divieto<sup>31</sup>.

Onde chiarire la posizione assunta dal Tribunale supremo sulla rilevanza dell'errore, pare opportuno tradurre alcuni sottoparagrafi del *fundamento de derecho* secondo della sentenza della Sala penale del 9 giugno 2011 (ric. n. 2561/2010), in cui lo stesso Tribunale ha ripercorso le decisioni fondanti della sua *doctrina* in materia:

---

<sup>29</sup> Cfr. A. LLABRÉS FUSTER, "Artículo 2", cit., 47.

<sup>30</sup> Cfr. J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n. 11, 1993, 255-257.

<sup>31</sup> Cfr. A. LLABRÉS FUSTER, "Artículo 2", cit., 47.



“2. Sull’applicabilità delle nuove linee giurisprudenziali ai fatti accaduti anteriormente alla modifica interpretativa dei tribunali, questa *Sala* ha stabilito una consolidata giurisprudenza nella quale distingue chiaramente tra l’interpretazione retroattiva della legge sfavorevole al reo e la giurisprudenza che presenta le stesse conseguenze sfavorevoli, non estendendo a quest’ultima il divieto di applicazione a fatti anteriori che invece vige rispetto alla legge penale.

“E così, già nella sentenza 883/1994, del 15 maggio, in relazione all’applicazione del delitto di corruzione, si affermava che «il principio di legalità (art. 25, comma 1, Cost.) non garantisce l’irretroattività della giurisprudenza, ma delle leggi. Come riconosciuto dalla dottrina maggioritaria, la nuova interpretazione del testo legislativo in vigore al momento della commissione del reato implica, in ogni caso, l’applicazione della legge in vigore al momento del fatto, ciò che è garantito dal divieto di applicazione retroattiva delle leggi. Inoltre, i cambiamenti giurisprudenziali non violano l’art. 24 Cost. quando sono motivati e fondati.

“Nella sentenza 1179/2001, del 20 luglio, in occasione dell’applicazione del reato di detenzione illegale di cui all’art. 480 del Codice penale del 1973 ad un ufficiale di polizia in ossequio ad un criterio giurisprudenziale già consolidato nella *Sala*, si è sostenuto che il principio di legalità dell’art. 25, comma 1, della Costituzione e l’equivalente dell’art. 2 del codice penale si riferiscono unicamente alla applicazione della legge in vigore al momento del fatto, ciò che è garantito dal divieto di applicazione retroattiva della legge; quindi è esclusa dal principio di legalità l’interpretazione giurisprudenziale, che non comporta alcuna violazione dei diritti fondamentali quando i cambiamenti giurisprudenziali sono motivati e fondati – STS dell’11 maggio 1994 –, specialmente quando l’interpretazione giurisprudenziale si basa su una *doctrina* consolidata ed è emanata dalla *Sala* penale nell’esercizio della funzione che costituzionalmente le spetta di operare il controllo della legalità nella applicazione della legge da parte resto degli altri tribunali e, al contempo, di dotare di certezza del diritto l’ordinamento – art. 9, comma 3, Cost. – mediante la sua funzione di interprete ultimo della legge penale.

“Nello stesso senso si è pronunciata la STS 801/2010, del 23 settembre, applicando il sottotipo iper-aggravato di reato di cui all’art. 370, comma 3, del codice penale (traffico di stupefacenti), in particolare quando si è riferita al concetto di “nave” applicabile dopo il *plenum* non giurisdizionale del 25 novembre 2008. Questo Tribunale ha affermato, per legittimare l’applicazione della nuova giurisprudenza sul concetto di nave, che il fatto che l’*acuerdo*<sup>32</sup> interpretativo di questa *Sala* penale sia posteriore ai fatti non significa alcunché. Non si può parlare di retroattività poiché questa nuova configurazione del sottotipo aggravato è già presente nella legge che è entrata in vigore il 1° ottobre 2004, e il Tribunale supremo si è limitato a interpretarla. Se si seguisse questa presunta irretroattività mai si potrebbero adottare questo tipo di *acuerdos*, che necessariamente si occupano di questioni concrete sottoposte alla considerazione della *Sala* e che, per definizione, contemplan fatti precedenti [...].

---

<sup>32</sup> L’art. 264 della legge *orgánica* n. 6/1985, del 1° luglio, sul potere giudiziario, prevede che i magistrati che integrano le sezioni di una stessa *Sala* possano riunirsi per uniformare i criteri da loro adottati nell’interpretazione e nell’applicazione della legge e nella prassi processuale. In passato, non si riconosceva alcuna efficacia vincolante agli *acuerdos* del *plenum* non giurisdizionale della *Sala general* penale del Tribunale supremo; una siffatta efficacia è stata però stabilita con l’*acuerdo* del *plenum* non giurisdizionale del 18 giugno 2006. Gli *acuerdos* che riguardano questioni di natura processuale non si possono applicare retroattivamente, a meno che non si constati la violazione di un diritto fondamentale (v. l’*acuerdo* del *plenum* non giurisdizionale del 20 luglio 2010).

“E altrettanto è accaduto con la giurisprudenza inveratasi a partire dalla sentenza sul cosiddetto «caso Parot»<sup>33</sup>, relativa al computo dei benefici penitenziari in fase di esecuzione della sentenza, quando sussiste un concorso reale di reati. Dinanzi alle doglianze dei ricorrenti per l’applicazione della nuova *doctrina jurisprudencial* a condanne relative a fatti precedenti al *plenum* giurisdizionale del 20 febbraio 2006 [che aveva innovato in senso peggiorativo l’orientamento giurisprudenziale], questa *Sala* ha dichiarato che «... la dottrina maggioritaria e la nostra stessa giurisprudenza non ritengono applicabile alla giurisprudenza il divieto di retroattività, che il testo dell’art. 25, comma 1, Cost. riserva alla legislazione e che il testo dell’art. 9, comma 3, Cost. [riserva] a norme legislative o regolamentari. In effetti, la giurisprudenza non crea norme giuridiche di cui si possa predicare la loro irretroattività nel caso non siano più favorevoli. Si limita a stabilire la corretta interpretazione della legge in vigore al momento in cui i fatti punibili sono avvenuti e, quindi, deve essere presa in considerazione al momento in cui la legge si applica (SSTS 197/2006, del 28 febbraio, 898/2008, dell’11 dicembre, e 1076/2009, del 29 ottobre)».

“Inoltre, il Tribunale costituzionale, nel giudicare un ricorso di *amparo* in cui si contestava il cambiamento di orientamento giurisprudenziale relativo alla sostanza MDMA («ecstasy»), che nella nuova interpretazione veniva ritenuta una sostanza in grado di causare gravi danni alla salute, ha dichiarato, con STC 195/2000, del 24 luglio, che, malgrado il ricorrente avesse ragione quando affermava che al momento della realizzazione dei fatti il Tribunale supremo non aveva ancora optato per l’inserimento dell’«ecstasy» nell’elenco delle droghe gravemente dannose per la salute, [...] [seguendo la logica del ricorrente] nessuna sostanza stupefacente o psicotropica avrebbe potuto essere inclusa nella descrizione della fattispecie penale [...] fino a quando non esistesse una prima sentenza della *Sala* penale del Tribunale supremo in questo senso, seguita da altre dello stesso tenore; quindi, si sarebbe potuto sempre sostenere che non fosse possibile attribuire la qualifica più grave se non fosse esistita una *doctrina legal* precedente, mentre l’espressione «gravemente pregiudizievole» per la salute è associata senza alcuna difficoltà alla droga nota come «ecstasy» nella mentalità dell’uomo medio, che funge da misura di tutte le cose in un sistema democratico.

---

<sup>33</sup> Su questo caso si veda, per tutti, M. LLOBET ANGLÉ, 49. *Caso Parot*, in P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011, 895-910. Contro la c.d. *doctrina Parot* sono stati presentati più di una sessantina di ricorsi di *amparo*, in cui, tra l’altro, si è contestata la retroattività *in peius* data alla sua giurisprudenza dal Tribunale supremo per aumentare la pena di condannati con diverse pene superiori a trent’anni (trattasi, nella maggioranza dei casi, di terroristi dell’Eta). Il 19 aprile 2012 il Tribunale costituzionale ha pubblicato sulla sua pagina *web* le decisioni (quasi tutte di rigetto o di inammissibilità) che giudicano metà dei casi presentati. Il Tribunale costituzionale non ha dichiarato illegittima la *doctrina Parot*, ribadendo che non gli spetta stabilire l’interpretazione della legge ordinaria (tanto che solo in tre casi ha accolto i ricorsi di *amparo* presentati). Nelle sue decisioni, il Tribunale costituzionale non ha ritenuto violato il principio di legalità in materia penale, circoscritto alla successione di norme penali nel tempo, né ha riscontrato la violazione di altri principi invocabili di fronte a cambiamenti giurisprudenziali, come il principio di uguaglianza nell’applicazione della legge. I ricorsi di *amparo* accolti sono stati motivati sulla base del fatto che non è possibile modificare una decisione giurisdizionale passata in giudicato (quale una *providencia* che stabilisce la data di liberazione di un detenuto) se non in via di ricorso: si è, in tal caso, determinato la violazione del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all’art. 24, comma 1, Cost., in relazione con il diritto alla libertà personale dell’art. 17, comma 1, Cost., sotto il profilo della violazione del diritto all’intangibilità delle decisioni giudiziarie definitive.

“Per quanto riguarda le obiezioni che fanno riferimento alla [violazione] del principio di uguaglianza, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che i mutamenti giurisprudenziali sufficientemente motivati non violano il diritto di cui all’art. 14 Cost. (SSTC 42/1993 e 71/1998).

“Di conseguenza, diventa chiaro che [...] non si viola, con i cambiamenti giurisprudenziali sfavorevoli al reo, il principio di irretroattività della legge penale, in quanto non ci troviamo davanti a norme ma davanti a sentenze che rispettano il principio di legalità.

“3. E nella stessa direzione ci dobbiamo pronunciare quando si analizza il problema dal punto di vista dottrinale, poiché la dottrina maggioritaria ritiene che il mutamento interpretativo, purché rientri nella lettera della norma, comporta realmente la concretizzazione della volontà della legge, per cui non deve essere percepito come l’applicazione di una nuova norma con effetto retroattivo. Altrimenti si bloccherebbe l’evoluzione della giurisprudenza e si assisterebbe ad una sorta di fossilizzazione dell’interpretazione normativa e del suo adeguamento alla realtà sociale.

“La giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha ripetutamente dichiarato che i cambiamenti di orientamento giurisprudenziale sono possibili, purché motivati e ragionevoli, per cui le leggi penali devono essere interpretate senza oltrepassare il senso letterale o grammaticale possibile e seguendo le regole assiologiche che informano il testo costituzionale ed i modelli di argomentazione accettati dalla comunità scientifica, senza incorrere in interpretazioni stravaganti ed imprevedibili per i destinatari della norma (SSTC137/1997, 278/2000, 123/2001, 228/2002, 120/2005, 151/2005, 283/2006, 258/2007, 91/2009 e 57/2010, ecc.) Tutto ciò significa che si può applicare al cittadino un orientamento giurisprudenziale diverso da quello che solitamente si utilizzava al momento in cui è stato commesso il reato, a condizione che tale interpretazione non sia imprevedibile o stravagante per l’intelletto del soggetto.

“D’altra parte, il divieto di applicare i cambiamenti giurisprudenziali a fatti commessi prima della modifica presupporrebbe il riconoscere alla giurisprudenza una natura normativa che non ha, assimilandola ad una fonte diretta del diritto.

“È vero che può darsi l’eventualità che un imputato agisse fiducioso nell’applicazione di una norma secondo un orientamento ermeneutico tradizionale più favorevole o meno pesante di quello che gli è stato applicato in base ad una nuova linea giurisprudenziale. Tuttavia, a ciò si deve rispondere che è un fatto eccezionale che il cittadino motivi il suo comportamento in relazione agli orientamenti giurisprudenziali, dal momento che nella prassi non è comune che li conosca.

“Orbene, nel caso si verificasse una situazione eccezionale di questo tipo, in modo che si provasse che il cittadino abbia agito convinto ed affidandosi ad una interpretazione normativa non più seguita quando sia giudicato, sarebbe possibile applicare l’istituto dell’errore di diritto, che opera sull’elemento della colpa e non sulla tipizzazione della sua condotta. Sarà così sempre che si verifichi in sede probatoria la situazione eccezionale dell’errore che si adduce a propria difesa.

“Il sistema che alcuni paesi anglosassoni hanno adottato, consistente nell’emettere, in casi concreti, decisioni semplicemente prospettive (*prospective overrulings*), ovvero per il futuro, affinché servano da avvertimento al cittadino riguardo all’inizio di una nuova interpretazione di una disposizione, non risulta esportabile in ordinamenti giuridici dove non vige il sistema del precedente, ma il principio di stretta legalità in materia penale, come è il nostro caso”.

## 5.2. I mutamenti giurisprudenziali favorevoli al reo

In Spagna non esiste, in ambito penale, un ricorso in cassazione per violazione della *doctrina legal* e la giurisprudenza non è fonte produttiva di “norme”, per cui il discostarsi dalla *doctrina legal* non presuppone una violazione di legge rilevante in sede di ricorso in cassazione. Tuttavia, nulla osta – ovviamente – a che nel quadro di un ricorso in cassazione contro una sentenza non definitiva il Tribunale supremo possa applicare, anche d’ufficio, una nuova interpretazione della legge che di fatto risulti più favorevole al reo (come avvenuto, ad es., nella STS del 19 de ottobre, FD 1, riguardante l’art. 529, comma 7, del codice penale).

Nella sentenza del 30 gennaio 2001 (ric. n1305/1999), nel risolvere un ricorso in cassazione per violazione di legge, la *Sala* penale del Tribunale supremo ha rilevato che la questione posta era “se, in esecuzione di una sentenza, il tribunale d’istanza giudicante [poteva] procedere a modificare la sua stessa decisione precedente e definitiva, per il fatto che dopo fosse comparsa una *doctrina* giurisprudenziale più favorevole [...]. [La] possibilità di procedere alla revisione del dispositivo della sentenza definitiva – da non confondere con il ricorso straordinario di revisione – è contemplata nelle disposizioni transitorie del Codice penale del 1995, al fine di rendere possibile l’applicazione retroattiva del nuovo codice ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, già giudicati secondo i precetti del codice penale in vigore al momento di commettersi. Ma non esiste norma sostanziale né processuale che permetta di alterare una sentenza definitiva – tranne che per la via del ricorso di revisione che qui non è stata adoperata – per fare applicazione retroattiva della nuova giurisprudenza favorevole, né in tale caso è possibile far ciò mediante l’applicazione analogica delle previsioni normative del regime transitorio del codice penale, perché la dottrina giurisprudenziale di questa *Sala* penale non crea norme giuridiche né è sottoposta al regime di retroazione stabilito nelle disposizioni transitorie del codice penale in vigore” (FD 3).

D’altra parte, l’art. 954, comma 4, della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECr) apre la via al ricorso straordinario di revisione contro sentenze passate in giudicato “quando, successivamente alla sentenza, sopravvenga la conoscenza di nuovi fatti o di nuovi elementi di prova che evidenzino l’innocenza del condannato”. Ma la giurisprudenza non è un “fatto nuovo” agli effetti del ricorso di revisione.

Anni addietro, il Tribunale supremo ha ritenuto, in casi specifici, che un mutamento interpretativo potesse costituire un “fatto nuovo” ai sensi dell’art. 954, comma 4, LECr e dunque permettere la presentazione di un ricorso di revisione (STS, *Sala* penale, del 13 febbraio 1999, ric. n. 980/1998), giungendo ad affermare che “d’accordo con alcune voci dottrinali, quando una decisione giurisprudenziale, in questo caso reiterata, è dichiarata formalmente obbligatoria per le decisioni future, svolge esattamente lo stesso ruolo della legge” (FD 3).

Tuttavia, successivamente, dopo gli *acuerdos* del *plenum* non giurisdizionale del 19 luglio 2000, relativo alla nuova relazione concorsuale tra i reati di traffico di droghe e di contrabbando, o dopo l’*acuerdo* del 19 ottobre 2001, relativo all’interpretazione della quantità di droghe o sostanze stupefacenti ritenuta “di notoria importanza” ai sensi dell’allora art. 369, comma 3, del codice penale, il Tribunale non ha parimenti riconosciuto la possibilità di ricorrere alla revisione.

In linea generale, dunque, allorché si diano casi di sentenze passate in giudicato, l’unica possibilità di estendere al condannato i benefici derivanti dal cambiamento giurisprudenziale è la

richiesta di indulto parziale<sup>34</sup> che abbia per oggetto il condono della pena per la parte corrispondente alla diminuzione conseguente al cambiamento giurisprudenziale, soluzione che è stata esplicitamente confermata dalla *Sala* penale del Tribunale supremo, tra le altre, con la sentenza del 23 maggio 2000 (ric. n. 782/1999).

---

<sup>34</sup> L'art. 62 Cost. pone l'indulto come una prerogativa del Re che si esercita in base alla legge. La legge che lo disciplina è la legge del 18 giugno 1870 (*Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto*). Il codice penale si riferisce ad esso negli artt. 4, comma 3 (il giudice "ricorre al Governo per esporre quanto ritiene opportuno circa la deroga o la modifica di un precetto o la concessione dell'indulto, senza che ciò sia di pregiudizio all'immediata esecuzione della sentenza, quando dalla rigorosa applicazione delle disposizioni di legge derivi la punibilità di un'azione o di un'omissione che, a giudizio del giudice o del tribunale, non debbano essere punite o quando la pena sia di gran lunga eccessiva, tenendo conto del danno cagionato della violazione [del precetto penale] e delle condizioni personali del reo"), e 130, comma 1 (dove l'indulto figura tra le cause che estinguono la responsabilità penale).

# Brevi notazioni sul sistema statunitense

di Paolo Passaglia

## 1. Il divieto di *ex post facto laws*

La Costituzione federale stabilisce espressamente che “no [...] *ex post facto law shall be passed*” (*Article I, Section IX, Clause 3*). Il divieto di norme retroattive è formulato in termini generali, tanto da applicarsi sia al livello di governo federale che a quello degli Stati membri.

La lettera della previsione lascerebbe intendere un divieto generalizzato per qualunque legge. In realtà, la Corte suprema federale, già alla fine del XVIII secolo, ha avuto modo di delimitare la portata della norma costituzionale con una sentenza che, ancora oggi, disegna le linee fondamentali della materia. Il riferimento va alla decisione sul caso *Calder v. Bull*<sup>1</sup>, in cui l'*opinion* del Justice Chase<sup>2</sup>, rifacendosi espressamente a Blackstone, ha chiarito, innanzi tutto, che “il divieto [...] non è di approvare qualunque legge concernente il e successiva al fatto, ma la ratio e l'intentio chiari ed ovvi del divieto sono che i legislatori dei diversi stati non approvino leggi dopo un atto posto in essere da un suddito o da un cittadino le quali siano in rapporto con questo atto e puniscano il soggetto per averlo posto in essere”; “considerato in questa luce, il divieto è un baluardo ulteriore in favore della sicurezza personale del soggetto, per proteggere la sua persona da sanzioni da parte di leggi che hanno una efficacia retrospettiva”. “Non penso – prosegue *Justice Chase* – che [il divieto] sia stato introdotto per garantire il cittadino nei suoi diritti proprietari o contrattuali”, perché bandire l'utilizzo di *ex post facto laws* ha avuto, per i *Founding Fathers*, semplicemente il significato di proteggere l'individuo “da danni e sanzioni in conseguenza di una legge di tal genere”: tutto ciò che fosse andato oltre “sarebbe stato inutile, e quindi improprio”<sup>3</sup>.

In buona sostanza, la *ex post facto laws clause* è stata delimitata, nella sua operatività, alle sole leggi penali, e soltanto a quelle che non siano favorevoli al reo. Infatti, “ogni *ex post facto law* deve necessariamente essere retroattiva, ma non ogni legge retroattiva è una *ex post facto law*. Solo le prime sono vietate. Ogni legge che elimina o danneggia diritti riconosciuti in base a leggi esistenti è retroattiva, ed è generalmente ingiusta e può essere oppressiva, ed è una buona regola generale che una legge non abbia effetti retroattivi; ma ci sono casi in cui leggi possono giustamente, ed a beneficio della comunità o anche di individui, riferirsi ad un periodo anteriore alla loro entrata in vigore, come le leggi di amnistia o di indulto. Sono certamente retroattive e letteralmente sono entrambe concernenti e successive ad atti commessi»; tuttavia, non può considerarsi una *ex post facto law* quella «che attenua il rigore del diritto penale»<sup>4</sup>. Ne discende che di *ex post facto law* può parlarsi, da un punto di vista tecnico, solo in uno dei seguenti casi: “1° qualunque legge che renda

---

<sup>1</sup> 3 U.S. 386 (1798).

<sup>2</sup> Non essendo ancora intervenuta la prassi di redigere una *opinion of the Court*, la sentenza è stata redatta secondo la tradizione inglese della *seriatim opinion*: i quattro giudici che hanno fatto parte del collegio giudicante hanno dunque tutti esposto la propria posizione.

<sup>3</sup> 3 U.S. 390.

<sup>4</sup> 3. U.S. 391.



criminale e sanzioni un'azione compiuta prima dell'approvazione della legge, e che era legittima quando è stata posta in essere; 2° qualunque legge che aggravi un reato, o che ne muti in negativo la qualificazione rispetto a quando è stato commesso; 3° qualunque legge che cambi la pena, ed infligga una pena superiore di quella che la legge assegnava al reato, quando è stato commesso; 4° qualunque legge che alteri il sistema probatorio e che accetti una prova minore o diversa da quella richiesta dalla legge al momento della commissione del fatto al fine di giungere alla condanna dell'autore"<sup>5</sup>.

Successivamente a queste affermazioni, la limitazione della irretroattività alle sole modifiche *in malam partem* è rimasta ferma, nella giurisprudenza della Corte suprema federale, almeno in linea di principio, nonostante la dottrina non abbia mancato di rilevare talune occasioni nelle quali l'aderenza alla regola posta non è parsa così ferma<sup>6</sup>.

Al di là di queste problematiche, ciò che più interessa, ai presenti fini, è che le elaborazioni concernenti le *ex post facto laws* non abbiano influito, se non molto marginalmente, sulle modifiche *in bonam partem*, per le quali ci si è limitati ad escludere il divieto della retroattività, senza però porre alcun obbligo di retroattività. E dall'assenza di qualunque indicazione costituzionale si è ricavata la implicita conferma della tradizionale *doctrine* di *common law* sul c.d. *abatement*, in base alla quale la *abolitio criminis* spiega la propria efficacia sui processi in corso, decretando il venir meno della pretesa punitiva, a meno che il legislatore non abbia espressamente disposto il contrario<sup>7</sup>.

Il discorso si fa più complesso allorché la modifica legislativa non produca una *abolitio criminis*, ma solo una mitigazione della pena. In tal caso, si ritiene che non si possa riscontrare il venir meno della pretesa punitiva, giacché, anche in assenza di una clausola di salvezza dei processi in corso, il legislatore ha comunque inteso confermare l'antigiuridicità del fatto, sia pure con conseguenze meno gravi per il suo autore<sup>8</sup>; in ordine alle conseguenze del fatto-reato, poi, allorché il legislatore non abbia specificato gli effetti del suo intervento per il passato, la giurisprudenza applica retroattivamente la *lex mitior*. Quando, invece, la legge reca una clausola di salvezza relativa ai processi in corso, l'orientamento maggioritario delle corti statali è nel senso di dar comunque luogo

---

<sup>5</sup> 3 U.S. 390.

<sup>6</sup> Si citano, ad esempio, i casi *Hawker v. New York*, 170 U.S. 189 (1898), in cui si è esclusa la violazione della *ex post facto laws clause* ad opera di una legge che vietava l'esercizio della professione medica da parte di individui che fossero stati condannati, anche nel passato, per determinati reati, e *Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585 (1913), relativa ad una legge che introduceva la misura dell'espulsione per donne che fossero state condannate per prostituzione. Più di recente, v. la sentenza sul caso *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003), inerente all'imposizione *ex post facto* ai condannati per reati sessuali della comunicazione, ad intervalli regolari, alla pubblica autorità di determinati dati personali. Sul tema, v. N. MORAWETS, *Twelfth Annual Symposium on Contemporary Urban Challenges: Determining the Retroactive Effect of Laws Altering the Consequences of Criminal Convictions*, 30 *Fordham Urb. L. J.* 1743 (2003).

<sup>7</sup> Con precipuo riferimento al sistema statunitense, v., nella giurisprudenza della Corte suprema federale, *United States v. Passmore*, 4 U.S. 372 (1804); *Yeaton v. United States*, 9 U.S. 281 (1809); *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964). In dottrina, v. A. LEVITT, *Repeal of Penal Statutes and Effect on Pending Prosecutions*, 9 *A.B.A. J.* 715 (1923); J.P. MACKENZIE, *Comment, Hamm v. City of Rock Hill and the Federal Savings Statute*, 54 *Geo. L. J.* 173 (1965); T. RAZEL, *Dying To Get Away With It: How the Abatement Doctrine Thwarts Justice – and What Should Be Done Instead*, 75 *Fordham L. Rev.* 2193, 2196 (2007).

<sup>8</sup> Così *People v. Alexander*, 224 *Cal. Rptr.* 290 (Cal. Ct. App. 1986).

alla applicazione retroattiva (sull'assunto che il legislatore ha inteso confermare, per il passato, soltanto la antiggiuridicità del fatto), mentre le corti federali vedono nella clausola di salvezza un ostacolo all'estensione della *lex mitior* ai processi in corso<sup>9</sup>.

Da notare è che il legislatore, se è nelle condizioni di impedire l'applicazione del principio del *favor rei* nella successione delle leggi nel tempo, è – per converso – anche l'unico titolare del potere di estendere la retroattività della modifica *in bonam partem* anche a coloro che siano stati condannati con sentenza passata in giudicato<sup>10</sup>, giacché la *doctrine* dell'*abatement* e quella elaborata per gli altri casi di *lex mitior* si applicano esclusivamente ai processi penali che non si siano già conclusi<sup>11</sup>.

## 2. La retroattività del precedente

La *ex post facto laws clause* è stata ritenuta, sin da subito, applicabile soltanto all'*enacted law*. Il diritto giurisprudenziale è dunque immune dal vincolo costituzionalmente posto. Da ciò può trarsi conferma della adesione, almeno iniziale, dell'ordinamento statunitense alla teoria classica di *common law*, sulla cui base l'efficacia di precedente propria di una sentenza non può non avere effetti retroattivi, giacché il giudice non crea diritto, ma si limita a dichiararlo.

Le conseguenze di questa impostazione sull'impatto che un *overruling* può avere sui rapporti sociali in corso hanno condotto alla ricerca di tecniche di giudizio meno "impegnative". Ed in quest'ottica, la Corte suprema federale, nel 1932<sup>12</sup>, dopo qualche isolata applicazione nel passato, ha ammesso in linea generale la possibilità per le corti di modulare nel tempo gli effetti del proprio *overruling*, anche limitandoli ai soli casi futuri. Nella sentenza, redatta dal *Justice* Cardozo, che ha affermato tale potere, si legge, tra l'altro: "Non è questa l'occasione per considerare se la divisione nel tempo degli effetti di una decisione sia o meno una valida applicazione della dottrina dello *stare decisis* per come è conosciuto nel *common law*. Valida o non valida, non è in questione alcuna negazione di un diritto protetto dalla costituzione federale. Questo non è un caso in cui una corte, operando l'*overruling* di una decisione anteriore, ha dato alla nuova regola una portata retroattiva, rendendo così invalido ciò che era valido mentre veniva fatto [...]. Uno stato, nel definire i limiti dell'adesione al precedente, può operare una scelta autonoma tra il principio degli effetti futuri o del riferimento al passato. Può dire che le decisioni delle sue corti supreme, anche se successivamente oggetto di *overruling*, sono comunque diritto per gli atti intermedi [...]. D'altro canto, può mantenere l'antico dogma che il diritto dichiarato dalle sue corti ha una esistenza platonica o ideale prima della dichiarazione, nel qual caso la dichiarazione screditata sarà vista come *tamquam non esset*, e la dichiarazione rivista come diritto sin dall'inizio [...]. La scelta per ciascuno stato può essere determinata dalla filosofia giuridica dei giudici delle sue corti, dalle loro concezioni del

---

<sup>9</sup> Cfr. *Holiday v. United States*, 683 A.2d 61 (D.C. Cir. 1996).

<sup>10</sup> Sul punto, v., però, anche quanto si dirà *infra*, par. 3.

<sup>11</sup> Nel senso dell'opportunità di introdurre, per via legislativa, una estensione al principio che estenda la tutela anche ai soggetti condannati con sentenza definitiva, v. S.D. MITCHELL, *In With the New, Out With the Old: Expanding the Scope of Retroactive Amelioration*, 37 *Am. J. Crim. L.* 1 (2009).

<sup>12</sup> *Great Northern Railway Co. v. Sunburst*, 287 U.S. 358 (1932).

diritto, della sua origine e della sua natura. [Noi giudici della Corte suprema federale] non controlliamo la saggezza delle loro filosofie, ma la legalità dei loro atti»<sup>13</sup>.

L'indifferenza costituzionale per gli effetti nel tempo delle decisioni ha così aperto il varco alla rottura esplicita con la tradizione di *common law*, segnata dall'affermazione del c.d. *prospective overruling*<sup>14</sup>. Un siffatto strumento è risultato di particolare importanza soprattutto quando l'attivismo della Corte suprema federale ha imposto profondi mutamenti, non solo rispetto ad orientamenti giurisprudenziali consolidati, ma anche – e soprattutto – nel tessuto sociale: la possibilità di circoscrivere soltanto al futuro l'impatto delle decisioni ha in buona misura “liberato” il giudice dalla necessità di tener conto delle conseguenze che le sue decisioni potevano avere sui rapporti in corso e su situazioni di affidamento ormai radicate. Se ne sono avute significative conferme specialmente nel corso degli anni sessanta, quando la Corte suprema è più volte intervenuta sul diritto penale, sia sostanziale che – ed in misura più marcata – processuale: non a caso, la tecnica del *prospective overruling* ha allora conosciuto la sua massima fioritura<sup>15</sup>, prima di essere formalmente estesa, agli albori degli anni settanta, anche al diritto civile<sup>16</sup>.

Da allora, l'utilizzo del *prospective overruling* ha conosciuto, peraltro, una progressiva rarefazione, almeno a livello federale, sino al momento in cui la Corte suprema statunitense ha operato un *overruling* rispetto ... all'ammissibilità di un *prospective overruling*: nei giudizi penali, sin dal 1987, si è imposto il principio secondo cui una nuova regola deve applicarsi “retroattivamente a qualunque caso, statale o federale, pendente e non ancora definitivo”<sup>17</sup>, giacché “l'integrità del controllo giurisdizionale richiede che [si] applichi [la nuova] regola a tutti i casi simili che siano pendenti”, in ragione del fatto che “la applicazione selettiva di nuove regole viola il

---

<sup>13</sup> 287 U.S. 364 s.

<sup>14</sup> Sul quale, v. W. FRIEDMANN, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, 29 *Modern L. Rev.* 593 (1966); T.E. FAIRCHILD, *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: “Prospective Overruling” or “Sunbursting”*, 51 *Marquette L. Rev.* 254 (1967-1968). In senso critico rispetto all'utilizzo di questa tecnica decisoria, v. R.J. TRAYNOR, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, 28 *Hastings L. J.* 533 (1977).

<sup>15</sup> La decisione forse più famosa tra quelle che hanno operato un *prospective overruling* è quella sul caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), relativa all'ammissibilità nel processo penale di prove acquisite illegalmente. In quella decisione sono state, tra l'altro, enunciate le tre condizioni che dovevano guidare una corte nella delimitazione ai soli fatti futuri degli effetti del proprio *overruling*: il nuovo principio stabilito non doveva essere stato chiaramente preannunciato, e dunque non doveva essere ragionevolmente prevedibile; la applicazione retroattiva della nuova regola non doveva avere un significativo impatto in termini di efficacia della stessa; l'esclusione della portata retroattiva doveva evitare conseguenze inique o ingiustizie o difficoltà.

<sup>16</sup> Con la decisione sul caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971).

<sup>17</sup> Così l'*Held* della decisione sul caso *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987), in cui si è precisato altresì che non può farsi luogo ad una eccezione alla retroattività neppure allorché la nuova regola costituisca una “evidente rottura” con il passato, secondo quanto suggerito nella sentenza *Linkletter v. Walker*, cit. (v. J.R. MCCALL, *A Basic Concern for Process: Commentary on Quo Vadis, Prospective Overruling*, 50 *Hastings L. J.* 805 (1999)). La portata della sentenza sul caso *Griffith*, limitata solo ad alcuni tipi di giudizi penali, è stata poi tendenzialmente generalizzata con la sentenza sul caso *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989). In proposito, v. E.E. BOSHKOFF, *Resolving Retroactivity After Teague v. Lane*, 65 *Indiana L.J.* 651 (1990).

principio che impone di trattare in modo simile imputati posti nella stessa situazione”<sup>18</sup>. Questa *ratio decidendi* è stata poi estesa, *mutatis mutandis*, anche ai processi civili, dove si è definitivamente affermata nel 1993<sup>19</sup>.

Peraltro, il *prospective overruling* non è scomparso dal diritto statunitense, se è vero che, ancora oggi, sia pure con crescente prudenza (e con crescenti critiche), questa tecnica decisoria resiste in diverse giurisdizioni statali<sup>20-21</sup>. Fatte salve queste eccezioni, si è tornati, comunque, al principio tradizionale che vuole l’efficacia di precedente estendersi anche ai rapporti in corso al momento della decisione.

### 3. Quadro di sintesi sugli effetti delle modifiche normative in materia penale

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo emerge una netta distinzione tra gli effetti delle modifiche normative in materia penale a seconda che esse intervengano prima o dopo la definitività di una condanna ed a seconda che le modifiche siano il frutto di deliberazioni legislative ovvero di *overrulings* giurisprudenziali.

Per le condanne non definitive, le modifiche legislative consistenti in una *abolitio criminis* si applicano, come regola generale, salvo che il legislatore non disponga altrimenti. La mitigazione del rigore della legge penale che non integri una *abolitio criminis* si applica anch’essa retroattivamente, sempre facendo salva la diversa volontà espressa dal legislatore. La volontà non compiutamente definita di quest’ultimo, che fa salvi i processi in corso, ma che non specifica se le conseguenze da trarre dal reato siano quelle della disciplina vigente al momento della condotta ovvero quelle più miti successivamente intervenute, è per le corti federali (ma non per la maggioranza delle corti statali) un impedimento alla retroattività di queste ultime.

Con riguardo alle modifiche “migliorative” operate in via giurisprudenziale, può constatarsi come esse, con la sola eccezione, ormai limitata ad alcuni ordinamenti statali, del *prospective overruling*, si applichino retroattivamente in ragione dei principi generali che reggono l’esercizio della funzione giudiziaria.

In virtù di questi stessi principi, la retroattività si estende, per il diritto giurisprudenziale, anche alle modifiche *in malam partem*, ciò che, invece, non avviene (o, almeno, non dovrebbe avvenire) per le innovazioni contenute in leggi, stante il divieto costituzionale di *ex post facto laws*.

---

<sup>18</sup> 489 U.S. 323.

<sup>19</sup> Cfr. la decisione sul caso *Harper v. Virginia Dep’t of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993).

<sup>20</sup> V. G.J. GHATAN, *The Incentive Problem with Prospective Overruling: A Critique of the Practice*, versione consultabile *on line* alla pagina <http://ssrn.com/abstract=1477030>, nel testo in corso di pubblicazione sullo *ABA Real Property, Trust and Estate Journal*, Spring 2010.

<sup>21</sup> Può rilevarsi come, dopo il suo abbandono da parte della Corte suprema federale, il *prospective overruling* conosca un’applicazione piuttosto estensiva soltanto in un ordinamento di *common law* tra quelli più rilevanti da un punto di vista comparatistico: trattasi dell’India, dove è stato applicato per la prima volta nella sentenza sul caso *Golak Nath L.C. v. State of Punjab*, A.I.R. (1967) S.C. 1643: v., per una prima informazione, *Doctrine of Prospective Overruling* (23 febbraio 2008), consultabile all’interno del *blog* su *Indian Law*, alla pagina <http://indianconstitution.blogspot.it/2008/02/doctrine-of-prospective-overruling.html>.

Più delicata è la situazione delle modifiche che intervengano una volta che la sentenza di condanna sia divenuta definitiva. Ciò, ovviamente, non in riferimento alle modifiche *in malam partem*, della cui irrilevanza non è dato discutere. I problemi emergono, piuttosto, per le modifiche migliorative; se è vero, infatti, che, in linea di principio, lo *jus superveniens*, tanto legislativo quanto giurisprudenziale, non rileva, al legislatore non è precluso disporre altrimenti (ché, al riguardo, non sussiste il vincolo delle *ex post facto laws*). A questa eccezione se ne aggiunge un'altra, identificata dal diritto federale allorché si prevede che un giudice “non può modificare il periodo di reclusione una volta che sia stato decretato, salvo che [...] nel caso di un imputato che sia stato condannato ad un periodo di reclusione sulla base di un massimo e di un minimo che siano stati successivamente ridotti dalla *Sentencing Commission* in base a quanto previsto in 28 U.S.C. § 994 (o) [...]” (18 U.S.C. § 3583(c)(2)).

La *Sentencing Commission*, organo chiamato a stabilire in via generale le linee guida che i giudici dovranno seguire per la quantificazione delle condanne in sede penale, deve “periodicamente rivedere e modificare, in considerazione dei commenti e dei dati che giungano alla sua attenzione, le linee guida emanate” (28 U.S.C. §994 (o)). Come è chiaro, innovazioni nel diritto legislativo, ma anche nel diritto giurisprudenziale, ben possono configurarsi come dati sulla base dei quali la *Sentencing Commission* può ridurre le pene detentive e questa riduzione avrà effetti sulle condanne in corso di esecuzione.

La portata di siffatta influenza sulle condanne già definitive è stata di recente significativamente estesa (stante l'elevato numero di soggetti potenzialmente interessati), dopo che, nel 2011, la Corte suprema federale ha riconosciuto la possibilità – in precedenza esclusa – di beneficiare di questa riduzione anche per coloro che siano stati condannati sulla base di un accordo con la pubblica accusa comprensivo anche dell'entità della pena da scontare<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. la decisione del 23 giugno 2011 sul caso *Freeman v. United States* (No. 09-10245).