

## PROSPECTIVE OVERRULING E PROCESSO PENALE

IVAN BORASI

**Sommario:** 1. Premessa 2. La nomofilachia della Corte di Cassazione 3. Il diritto vivente della Corte Costituzionale 4. Il rapporto tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale 5. Lo *stare decisis* 6. L'*overruling* 6.1. Il *prospective overruling* 6.2. Il *distinguishing* 6.3. Il *tempus regit actum* 6.4. L'*obiter dictum* 6.5. L'interpretazione autentica 7. La possibile applicazione interna *de iure condito* degli istituti *de quibus* 8. Conclusioni

### 1. Premessa

Il presente lavoro trae spunto dai recenti arresti giurisprudenziali Trib. Civ. Varese, Sez. I, sent. 08/10/2010 (est. Buffone)<sup>1</sup> e Cass., Sez. Un. Pen., sent. n. 18288 del 2010<sup>2</sup>, entrambi incidenti, il primo nel settore civile, il secondo nel settore penale, sul problema del *revirement* giurisprudenziale del diritto vivente, strettamente connesso alla valenza del precedente in senso lato.

Lo scopo dell'analisi *de qua* è valutare, dopo un *excursus* inerente a profili di sistema interni e comparatistici, la possibile applicazione pratica interna, in ambito processuale penale, dell'istituto di origine anglosassone denominato *overruling*.

La *vexata quaestio* che l'analisi *de qua* vuole superare riguarda l'individuazione delle modalità attraverso le quali l'affidamento delle parti possa essere tutelato di fronte ad un *revirement* completo della giurisprudenza che sconfessi un orientamento giurisprudenziale fino a quel momento considerato *moloch* incontrastato dai più.

Strettamente connessa a quanto sopra ma diversa è la situazione nella quale il giudice di merito o di legittimità non possa attuare un'interpretazione differente dal diritto vivente in quanto altrimenti contrastante con la

---

<sup>1</sup>Consultabile in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>2</sup>Consultabile in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

Costituzione, e debba in tal caso rinviare in via obbligatoria alla Corte Costituzionale. Profilo ulteriore riguarda l'interpretazione delle norme interne alla luce di quelle comunitarie, con i correlati rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE o disapplicazione diretta. Diverso ancora è il profilo di eventuale incompatibilità con la CEDU delle norme interne come interpretate dalla Corte EDU nelle proprie decisioni aventi funzione normante, oggi anch'esse costituzionalizzate *ex art. 117 Cost.*, quantomeno sotto il profilo interpretativo<sup>3</sup> se non di primato *tout court*<sup>4</sup>.

## 2. La nomofilachia della Corte di Cassazione

La fonte del potere nomofilattico<sup>5</sup> della Corte di Cassazione, teleologicamente orientato alla uniforme interpretazione della legge e all'unità del diritto oggettivo nazionale, è rappresentata dall'art. 65 comma 1 del r.d. n. 12 del 1941.

La nomofilachia viene assicurata attraverso la giurisprudenza sedimentata delle Sezioni Unite, civili e penali, della Corte di Cassazione, volta a comporre contrasti ed indicare soluzioni percorribili da parte dei giudici di merito.

Il potere *de quo* è certamente di valenza dinamica, strettamente legato all'evoluzione legislativa ma anche della società *tout court*, andando a correlarsi con le diverse figure del “diritto vivente” e del “precedente” più o meno vincolante.

Assunto certamente connesso riguarda la valenza nell'interesse della legge, prima ancora dell'interesse nel caso concreto, dell'operazione di

---

<sup>3</sup>Ai sensi delle sentt. C. Cost. nn. 348-349 del 2007, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>4</sup>Sulla base del Trattato di Lisbona.

<sup>5</sup>Per un approfondimento sul punto si vedano GORLA, *Postilla su <<l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi>>*, in *Foro it.*, 1976, V, 129 e ss.; FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in *Giust. cost.*, 1986, 39 e ss.; DENTI, *A proposito di Corte di Cassazione e nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, 381 e ss.; SENESE, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.*, 1987, V, 264 e ss.; BIN, *Funzione unificatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Cont. imp.*, 1988, 547; BONSIGNORI, *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente*, in *Cont. imp.*, 1988, 510 e ss.; TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 349 e ss.; MONETA, *Nomofilachia*, in *Cont. imp.*, 1997, 368 e ss.; FANELLI, *Il diritto giurisprudenziale e la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in *Le Corti supreme*, Milano, 2001, 54 e ss.; CANZIO, *Il ruolo del “precedente” e delle “massime” nella formazione ed evoluzione della giurisprudenza di legittimità. Il Massimario della Corte di Cassazione: attualità e prospettive*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/16566.pdf>, 2008.

uniforme interpretazione da parte della Corte di Cassazione; ciò è certamente segno della tendenza di tale operazione in senso normativo, *rectius* normante.

Correlata è la possibile sanzione disciplinare del magistrato in caso di grave e non motivata inosservanza, nell'attività applicativa, del diritto vivente cristallizzato dalle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

### 3. Il diritto vivente della Corte Costituzionale

Il diritto vivente<sup>6</sup> è un concetto espressamente fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 276 del 1974<sup>7</sup> nell'accezione di diritto che vive, della realtà concreta, in contrapposizione con l'astratta lettera morta della mera disposizione non calata nella quotidianità interpretativa ed applicativa.

Nell'evoluzione giurisprudenziale della Consulta il concetto *de quo* è stato reinterpretato come riferito alla giurisprudenza consolidata di merito e di legittimità sul punto ad oggetto di censura costituzionale, tanto da incidere, in un senso o nell'altro, sul giudizio di costituzionalità *tout court*<sup>8</sup>.

Diritto vivente significa diritto sedimentato, che con un parallelo può essere definito consuetudinario, nel senso della necessità di alcuni caratteri propri anche degli usi per potersi definire normativi, ovviamente con le dovute particolarità per l'adattamento al caso concreto, vale a dire l'*usus* e l'*opinio iuris ac necessitatis*.

---

<sup>6</sup>Per un approfondimento si vedano NOCILLA, *A proposito di diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1876 e ss.; ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1148 e ss.; MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, 14 e ss.; PUGIOTTO, *Corte Costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 641 e ss.; PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 3672 e ss.; PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994; PUGIOTTO, *La problematica del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, I, 1, 474 e ss.; MENGHELLI, *Brevi note sulla tanto diffusa nozione di diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1994, 2305 e ss.; MORELLI, *Il <<diritto vivente>> nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, 169 e ss.; EVANGELISTA-CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82 e ss.; D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della corte costituzionale*, in [http://www.cortecostituzionale.it/informazione/file/06\\_11\\_09\\_DAtena.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/informazione/file/06_11_09_DAtena.pdf), 2009; LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, in [http://www.cortecostituzionale.it/informazione/file/06\\_11\\_09\\_Luther.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/informazione/file/06_11_09_Luther.pdf), 2009.

<sup>7</sup>Cfr. MORELLI, *Il <<diritto vivente>> nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., 169.

<sup>8</sup>Sul punto interessanti MORELLI, *Il <<diritto vivente>> nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., 171; Cass., Sez. Un. Pen., sent. n. 18288 del 2010, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), che parla anche della disamina della Corte EDU sul punto.

Il fatto che la figura *de qua* sia nata nella giurisprudenza costituzionale non significa che sia un concetto ad uso esclusivo della stessa, bensì trattasi di patrimonio diffuso di ciascun giudice salvo ovviamente l'*imprimatur* fondamentale, soprattutto per quanto riguarda la motivazione, di un precedente di un'alta corte.

Nell'ottica dell'analisi evolutiva dell'*overruling* in chiave interna tale individuazione nei vari casi concreti è un'operazione delicatissima appannaggio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 65 ord. giud..

Delicatissimo profilo con notevoli risvolti applicativi riguarda l'esatta individuazione del *dies a quo* dell'acquisizione del carattere di diritto vivente di un'interpretazione giurisprudenziale. Da tale termine scatta infatti l'onere di conoscenza imputabile a titolo di colpa. La soluzione deve essere valutata caso per caso dal giudicante, salvo quanto si dirà nel § 7 in caso di *prospective overruling* di un diritto vivente già sedimentato.

#### 4. Il rapporto tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale

*Leading case* dei rapporti tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale<sup>9</sup> è rappresentato da Cass., Sez. Un. Pen., n. 23016 del 2004. La sentenza *de qua* chiarisce che le decisioni interpretative di rigetto della Corte Costituzionale vincolano il solo giudice *a quo* nel non poter applicare l'interpretazione ritenuta illegittima dalla Consulta, mentre per gli altri giudici rappresentano un precedente autorevole che non mina l'autonomia interpretativa propria della funzione giudicante.

Tale assunto è espressione del più generale principio di autonomia interpretativa diffusa, vale a dire patrimonio indissolubile di ciascun giudice, avente come contraltare da un lato la motivazione come espressione della *ratio decidendi* e quindi come possibile motivo di censura in sede di impugnativa, e dall'altro lo spettro dell'abuso del diritto oppure del abnormità<sup>10</sup> quali elementi eventualmente comportanti responsabilità di tipo

---

<sup>9</sup>Per un approfondimento si vedano MORELLI, *Rapporti tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nell'interpretazione della norma giuridica e nell'applicazione del precetto costituzionale*, in *Le Corti supreme*, Milano, 2001, 81 e ss.; Cass., Sez. Un. Pen., n. 23016 del 2004, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>10</sup>*Leading case* sul punto è rappresentato da Cass., Sez. Un. Pen., n. 25957 del 2009, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

disciplinare, o in casi limite civile o penale.

Parametro di valutazione dell'abnormità è da rinvenirsi nel diritto vivente. Solo grazie ad una motivazione particolarmente accurata ed evolutiva il giudice potrà discostarsene senza produrre un *decisum* abnorme, vale a dire che si ponga al di fuori del sistema producendo una stasi dello stesso procedimento o comunque conseguenze non accettabili per il sistema.

Corollario ulteriore di quanto detto è rappresentato dal principio di affidamento che le parti, nonché il giudice penale, hanno in quel precedente autorevole sedimentato nel tempo.

## 5. Lo stare decisis

Nei sistemi di *common law* fondante è il principio dello *stare decisis*<sup>11</sup>, vale a dire del precedente vincolante, strettamente collegato all'autorevolezza della corte che lo esprime.

Il sistema del precedente vincolante si attua attraverso l'opera delle parti e dei giudici che devono comparare il fatto provato con il precedente citato, con possibile utilizzo *tout court* del precedente che solo allora diventa vincolante in senso stretto, oppure con l'individuazione di differenziazioni e quindi una parametrizzazione del precedente con il caso concreto (*distinguishing*), o ancora la realizzazione di un *revirement* che deve comportare il cambio del precedente vincolante per il futuro (*overruling*).

Il precedente vincolante dei sistemi di *common law* certamente individua una funzione normativa della giurisprudenza in quanto attribuisce

---

<sup>11</sup>Per un approfondimento si vedano PICARDI, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 201; TWINING, *Il precedente nel diritto inglese: una demistificazione*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, a cura di VISINTINI, Padova, 1988, 33 e ss.; GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. trec.*, Roma, 1990, XXIII, 4; TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 411 e ss.; TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 19 e ss.; MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, Torino, 1996, XIV, 148 e ss.; SARTOR, *Il precedente giudiziale*, in [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/gstartor1996\\_precedenti\\_contimpr.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/gstartor1996_precedenti_contimpr.pdf), 1996; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999; CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 614; MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 871 e ss.; GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Cont. imp.*, 2004, 1 e ss.; RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279 e ss.; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007.

un'autorevolezza particolare al precedente della corte superiore rispetto al giudice *a quo*.

Nei sistemi di *civil law* non vige il sistema del precedente vincolante in senso stretto, ma è presente comunque la valenza nomofilattica delle corti superiori.

Nell'ordinamento interno la nomofilachia può essere considerata come espressione di una valenza normativa indiretta da parte della Corte di Cassazione, tale funzione deve essere vista in stretto rapporto con il concetto di diritto vivente fatto proprio dalla Corte Costituzionale. In altre parole è dal combinato disposto dell'uniforme interpretazione della legge attuata dalla Corte di Cassazione e sedimentata nel tempo che si attua in concreto il diritto vivente.

Una volta che un'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità diventa diritto vivente acquisisce una valenza normativa indiretta, in quanto attuazione del disposto legislativo nell'applicazione pratica.

Interessante rapporto con quanto detto è certamente portato dalla valenza delle leggi di interpretazione autentica che possiamo considerare come un'esplicazione di quello che il legislatore vuole che per i giudici, e in senso lato i fruitori del diritto, sia considerato il diritto vivente in relazione alla norma da interpretare ed applicare.

Quanto detto sopra rende molto più vicini i sistemi *de quibus* in ordine al profilo del precedente, salve le particolarità di ciascun sistema, a patto che per precedente nei sistemi di *civil law* si parli solamente con riferimento ad un grado di sedimentazione del precedente particolarmente importante tanto da essere considerato un vero e proprio diritto vivente dagli stessi operatori del diritto.

## 6. L'*overruling*

Nei sistemi di *common law* l'*overruling*<sup>12</sup> si attua in concreto attraverso una presa di posizione del giudice precedente che revoca la valenza del precedente astrattamente applicabile, una sorta di abrogazione giurisprudenziale, in ragione della comunanza della *ratio decidendi* tra i due

---

<sup>12</sup>Per un approfondimento si vedano Trib. Varese, Sez. I Civ., sent. 08/10/2010 (est. Buffone) in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in [http://unifi.academia.edu/documents/0176/1870/2010\\_CaponiDecrIngiunTerminiOpposizioneAcademiaJudicium.pdf](http://unifi.academia.edu/documents/0176/1870/2010_CaponiDecrIngiunTerminiOpposizioneAcademiaJudicium.pdf)



casi in comparazione.

E' attraverso l'*overruling* che il giudice ripondera il rapporto tra la *ratio decidendi* e i caratteri del caso concreto in chiave di comparazione evolutiva con quanto già statuito ed avente una valenza di precedente.

Nel nostro sistema invece il *revirement* della giurisprudenza si attua tradizionalmente attraverso una semplice presa di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità che attraverso una motivazione evolutiva, ma anche a volte critica verso la *status quo ante*, esplica il cambiamento con valenza automatica e applicazione retroattiva.

### 6.1. Il *prospective overruling*

L'*overruling* nei sistemi di *common law* ha poi in concreto diverse applicazioni e forme fra le quali quella che interessa l'analisi *de qua* rappresenta il cosiddetto *prospective overruling*, vale a dire l'individuazione per il futuro di un cambio di giurisprudenza che non riguarda il caso concreto ad oggetto nonché i fatti pregressi<sup>13</sup>. I caratteri fondamentali di tale istituto sono proprio quelli, da un lato dell'esplicazione da parte del giudice di un'alta corte del cambio di giurisprudenza, dall'altro la valenza non retroattiva di tale operazione.

### 6.2. Il *distinguishing*

Il *distinguishing* nei sistemi di *common law* riguarda l'operazione del giudice del caso concreto che nell'atto di applicare la norma e la correlata interpretazione sedimentata motiva la non applicazione distinguendo le *rationes decidendi* in comparazione, detto in altro modo si prospetta un diverso *rationale* comportante una sorta di disapplicazione interpretativa nel caso concreto del precedente non completamente sussumibile. Una volta effettuato il *distinguishing* non è possibile effettuare un *overruling* in quanto i presupposti sono alternativi.

*Funditus* si distingue tra *distinguishing* debole o forte<sup>14</sup>. Nel primo caso semplicemente il giudice procedente riscontra la non applicabilità in chiave analogica della *ratio decidendi* alla base del precedente richiamato. Nel secondo caso invece il giudice procedente riscontra rispetto al precedente un fatto impeditivo ulteriore espressione di un rapporto di specificazione per

---

<sup>13</sup>Cfr. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., 263-264.

<sup>14</sup>Per un approfondimento sul punto si veda SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., 261-262.

aggiunta che non permette l'operazione di sussunzione applicativa.

E' attraverso il *distinguishing*, nelle sue diverse forme applicative concrete, che viene temperato il principio dello *stare decisis* in modo tale che lo stesso non risulti a valenza statica ed automatica, bensì possa assumere i caratteri della dinamicità in chiave evolutiva e della puntualità rispetto al caso concreto.

### 6.3. Il *tempus regit actum*

In tema di successione nel tempo di leggi penali in senso lato occorre distinguere tra norme processuali penali e norme penali sostanziali; per le prime vige il principio *tempus regit actum*<sup>15</sup> come esplicazione del principio generale di cui all'art. 11 preleggi, per le norme penali sostanziali si applicano i principi di cui all'art. 2 c.p..

*Tempus regit actum* significa che le norme processuali da applicarsi nel caso concreto sono solo quelle vigenti al momento della stessa applicazione. Problema si pone per quelle norme che non si esauriscono in un unico momento ma che hanno una perduranza nel tempo<sup>16</sup>, *rectius* per la valenza dinamica dell'applicazione di norme vigenti in un determinato tempo in ordine agli effetti della diversa valenza interpretativa pregressa dei vari operatori del diritto che si susseguono nei diversi gradi del processo.

*Vexata quaestio* riguarda anche la qualificazione concreta della nozione di atto, e del connesso momento finale per la sua realizzazione materiale, a cui riconnettere il tempo di vigenza della normativa come concretamente applicata.

### 6.4. L'*obiter dictum*

L'*obiter dictum* è una parte di motivazione “per inciso” non facente parte della *ratio decidendi* del caso; non è vincolante neanche per il caso concreto deciso, ma può assumere un'importante valenza di autorevolezza futura

---

<sup>15</sup>Leading case sul punto è rappresentato da Cass., Sez. Un. Pen, n. 3821 del 2006, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>16</sup>Sul punto interessante Cass., Sez. Un. Pen, n. 3821 del 2006, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).



dell'interpretazione portata<sup>17</sup>.

Diversa è la nozione di *rationale* della decisione, intesa come la giustificazione della *ratio decidendi* del caso rispetto a possibili *rationes* concorrenti<sup>18</sup>.

È anche nella distinzione tra *rationale* e *obiter dictum* che si gioca l'applicabilità o meno di un *revirement* normante.

Mette conto osservare come di *obiter dictum* si possa parlare con diversa valenza a seconda che la precisazione della giurisprudenza riguardi una *quaestio*, seppur non oggetto di disamina in via principale, comunque connessa alla problematica principale oggetto di contrasto, oppure una *quaestio* diversa solo incidentalmente analizzata per una finalità esterna al fatto ad oggetto. Nel primo caso può parlarsi di *obiter* intrinseco mentre nel secondo di *obiter* estrinseco.

## 6.5. L'interpretazione autentica

Le leggi di interpretazione autentica<sup>19</sup> non sono altro che tentativi da parte del legislatore di chiarire in via definitiva il diritto che deve divenire vivente a posteriori, che può in concreto scontrarsi a sua volta con un diritto vivente già cristallizzato. Il carattere fondante di queste leggi è portato proprio dalla retroattività delle stesse che va a collidere con il principio generale di cui all'art. 11 delle preleggi.

Il legislatore non ha un potere generale insindacabile di emanare leggi di interpretazione autentica bensì sconta dei limiti ben precisi che non sono superabili a pena di incostituzionalità delle stesse. In particolare, oltre al limite *ex art. 25 Cost.* per le norme penali sostanziali, è necessario che le leggi *de quibus* esplicitino la propria natura nel testo, e che l'operazione superi il vaglio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*

Nulla vieta che una legge “ragionevole” possa essere quindi emanata per effettuare un'interpretazione autentica di una norma processuale penale già in vigore, ma ciò non deve essere possibile, per il diverso ruolo tra

---

<sup>17</sup>Cfr. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., 244 e ss..

<sup>18</sup>Cfr. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., 243.

<sup>19</sup>Per un approfondimento sul punto anche con riferimento alla giurisprudenza costituzionale ivi citata si vedano PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, 64 e ss.; GAGLIARDI-PAGANO, *Le leggi di interpretazione autentica nell'ordinamento italiano*, in [www.salvador.edu.ar/vrid/iiefgs/tr\\_leggi\\_interpretazione.pdf](http://www.salvador.edu.ar/vrid/iiefgs/tr_leggi_interpretazione.pdf)

legislatore e magistratura, in ordine all'*overruling*. In altre parole non è da ritenersi possibile un *overruling* spurio, vale a dire effettuato per via di interpretazione autentica retroattiva, e non per via legislativa *tout court* con valenza per l'avvenire.

## 7. La possibile applicazione interna *de iure condito* degli istituti *de quibus*

A questo punto dell'analisi è necessario esplicitare il fulcro del ragionamento che deve sintetizzare gli istituti sopra descritti individualizzandoli al sistema italiano.

La novità della tesi esplicanda è quella di rivedere le classiche posizioni in ordine ai mutamenti sopravvenuti del diritto vivente fino a quel momento.

Alla base di questa novità non deve ritenersi solamente una teoria dottrinale astratta, bensì una presa di coscienza del cambiamento anche attraverso l'integrazione dell'ordinamento interno con le fonti sovranazionali richiamate nell'ordinamento, sia dall'articolo 117 Cost. che dall'integrazione portata dal Trattato di Lisbona recentemente entrato in vigore per l'Italia.

Tale operazione vuole in un certo senso cercare di comparare lo *ius superveniens* vero e proprio con quello di matrice giurisprudenziale, in modo da poter arrivare ad una soluzione razionale sul piano sistematico e coerente con i principi indissolubili del processo penale. Sul punto l'art. 7 CEDU viene interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU nel senso di ritenere il principio di legalità in senso materiale comprensivo quindi dell'interpretazione giurisprudenziale<sup>20</sup>.

Si deve ritenere che la Corte di Cassazione nella sua massima espressione delle Sezioni Unite, per quanto interessa l'analisi *de qua*, penali, ha il potere, che gli deriva da una lettura evolutiva dell'art. 65 ord. giud., laddove ritenga di apportare un *revirement* giurisprudenziale, di indicare espressamente o indirettamente nella parte motiva il *prospective overruling* sul punto.

E' indispensabile ribadire che di *overruling* in senso proprio nel nostro ordinamento penale può parlarsi solo con riferimento alle norme processuali

---

<sup>20</sup>Cfr. Cass., Sez. Un. Pen., sent. n. 18288 del 2010, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

in senso stretto<sup>21</sup> e non in relazione alle norme penali sostanziali (e parasostanziali), anche se in pratica per queste ultime gli effetti della teorica del *prospective overruling* processuale in *malam partem* (*contra reum*) sono assicurati dal combinato disposto degli artt. 25 Cost., 2 c.p., 7 CEDU, secondo la visione della legalità materiale. Per i *revirements* sostanziali in *bonam partem* invece, l'applicazione dell'art. 2 comma 4 c.p. porta alla retroattività, carattere questo che li differenzia rispetto alla disciplina delle norme processuali dove il principio del *tempus regit actum*, in caso di *prospective overruling*, porta alla irretroattività<sup>22</sup>.

Il principio del *tempus regit actum* riguarda il profilo dello *ius superveniens* legale ma non vi sono motivi per non ritenere che tale principio debba essere valevole anche per quanto riguarda lo *ius superveniens* giurisprudenziale, proprio in ragione del principio di affidamento che le parti processuali, nonché il giudice, hanno nell'interpretare le norme processuali nel momento della loro applicazione, ciò sulla base anche di un immanente principio di buona fede strettamente connesso all'abuso del diritto ed in particolare ai profili del diritto vivente *tout court*. In altre parole, laddove sia chiara l'interpretazione granitica della giurisprudenza in ordine all'applicazione di norme processuali in un certo senso non si comprende il motivo per il quale un mutamento inaspettato di tale giurisprudenza debba essere imputato alla parte in buona fede e quindi incolpevole.

La diversa interpretazione che ha portato fino ad oggi a ritenere che qualsiasi mutamento giurisprudenziale debba essere ritenuto retroattivo indipendentemente dai parametri suddetti deve ormai ritenersi contrastante con i principi del giusto processo costituzionale e dell'equo processo CEDU.

A ciò si aggiunga il sempre più forte ruolo normante assunto dalle decisioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia CE e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>23</sup>, nonché delle sentenze interpretative di rigetto o di inammissibilità della Corte Costituzionale; ruolo che non può non essere considerato in ordine al cambiamento di visione come sopra formulato.

Dall'altro lato profilo connesso riguarda l'operazione di *distinguishing* del giudice procedente interno, il quale è autonomo nell'applicare al

---

<sup>21</sup>Con riferimento alla procedura civile si vedano BUFFONE, *Termine di costituzione per l'opponente e overruling: la giurisprudenza di merito*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, cit., 8.

<sup>22</sup>Contra per l'ambito civilistico BUFFONE, *Termine di costituzione per l'opponente e overruling: la giurisprudenza di merito*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), ove si parla di *overruling* solo con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali in *malam partem*.

<sup>23</sup>In tema di *overruling* interessanti le pronunce Corte EDU e CGCE richiamate da Trib. Civ. Varese, Sez. I, sent. 08/10/2010 (est. Buffone), in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

sopravvenuto caso concreto l'eventuale nuovo principio di diritto non vincolante *tout court* ma in via indiretta. È proprio attraverso questo *distinguishing* (debole o forte), nella sua accezione compatibile con le peculiarità dell'ordinamento italiano di *civil law*, che deve essere temperato il principio normante del *revirevent* giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in ordine al diritto vivente.

In concreto sarà il principio del *tempus regit actum* che dovrà chiarire non solo quale norma applicare al caso concreto ma anche quale interpretazione debba valere di fronte ad una successione nel tempo di orientamenti differenti.

Profilo problematico di non poco conto riguarda l'individuazione del *dies a quo* dell'*overruling* prospettato, non essendovi, a differenza delle leggi, una disciplina specifica individuativa sul punto. Il suddetto termine deve essere tale da considerare il *revirement* conoscibile, *id est* in caso di violazione imputabile a titolo di colpa. E' ragionevole ritenere che la pubblicazione della sentenza<sup>24</sup> normante delle Sezioni Unite rappresenti il “*point of no return*” anche perché nell'attualità conoscibile con l'ordinaria diligenza attraverso la rete.

E' necessario chiarire che il potere *de quo* della Suprema Corte non può riguardare indicazioni effettuate nell'ambito di *obiter dicta*, e in particolare con riferimento alla forma estrinseca; in tal caso infatti gli assunti della Suprema Corte non sono valutati in via principale bensì in via incidentale, non assumendo quella valenza dirimente del caso che possa portare ad una incidenza generale comportante un mutamento *erga omnes*.

Le applicazioni più importanti della nuova visione sistematica della giurisprudenza nomofilattica devono riguardare certamente gli istituti della nullità e della competenza.

In concreto è proprio attraverso le eccezioni di nullità e di incompetenza, reiterate nel corso dei gradi del processo, che si arriva ad un giudizio finale in rito che porta ad una regressione del procedimento dovuta a mutamenti giurisprudenziali sopravvenuti rispetto ad una giurisprudenza monolitica pregressa sul punto. Di fronte ai principi che governano ormai l'ordinamento processuale penale italiano integrato a livello europeo, non è più sostenibile che avvenga quanto sopra, anche in relazione al principio della ragionevole durata del processo e della connessa tutela del principio di affidamento delle parti corollario della buona fede processuale e del divieto

---

<sup>24</sup>Seppur in ambito civilistico, considera la pubblicazione della sentenza come momento a partire dalla quale applicare per l'avvenire il mutamento giurisprudenziale anche Trib. Civ. Varese, Sez. I, sent. 08/10/2010 (est. Buffone), in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

di abuso del diritto delle norme processuali penali.

Ritenere che lo stesso effetto possa essere conseguito attraverso l'istituto della restituzione in termini<sup>25</sup> ex art. 175 comma 1 c.p.p.<sup>26</sup> costituisce un *escamotage*, certamente lodevole sul piano degli effetti concreti, ma non in linea con la *ratio* dell'istituto *de quo*, vale a dire quello di permettere la regressione del procedimento in modo tale che l'atto inficiato e viziato possa essere ripetuto e quindi il procedimento possa ripartire in modo corretto. La restituzione in termini non nasce come sanatoria ora per allora bensì come sanatoria di regresso, e ritenere il contrario porterebbe a snaturare in radice l'istituto stesso, come anche il ritenere la stessa rilevabile d'ufficio<sup>27</sup>.

In relazione al rapporto tra l'*overruling* e il giudicato deve ritenersi quest'ultimo intangibile a mutamenti giurisprudenziali successivi, salve le ipotesi spurie del giudicato cautelare e di quello esecutivo ove la natura *rebus sic stantibus* degli stessi deve permetterne una tangibilità<sup>28</sup>.

## 8. Conclusioni

In conclusione, il *prospective overruling* effettuato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nell'ambito del potere nomofilattico, alle condizioni e nei limiti di cui sopra, ha un effetto normante per l'ordinamento processuale penale *pro futuro*.

La presa di coscienza dell'effetto *de quo* porta ad una visione compatibile con i principi costituzionali e convenzionali già richiamati, oltre che a quel principio di ragionevolezza corollario dell'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. immanente il sistema.

Il limite all'applicazione *tout court* dell'*overruling*, che altrimenti sarebbe da ritenersi incostituzionale in un sistema come il nostro non basato sul precedente vincolante *tout court* bensì sul precedente autorevole, è dato proprio dal *distinguishing* da farsi valere in motivazione.

---

<sup>25</sup>Sul punto interessanti, seppur con specifico riferimento all'ambito civilistico, le considerazioni contenute in CAPONI, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, cit., 4-5.

<sup>26</sup>Nel settore civile optano per la rimessione in termini ex art. 184 bis c.p.c. in caso di *overruling* Cass. Civ., Sez. II, ord. n. 15811 del 2010, in [www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=2990&idAgg=2](http://www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=2990&idAgg=2); Cass. Civ., Sez. II, ord. n. 16471 del 2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>27</sup>Interessanti in ambito civilistico Cass. Civ., Sez. II, ord. n. 15811 del 2010, in [www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=2990&idAgg=2](http://www.gadit.it/aggiornamento.asp?id=2990&idAgg=2), Cass. Civ., Sez. II, ord. int. n. 14627 del 2010, CED 613684, che applicano d'ufficio la rimessione in termini ex art. 184 bis c.p.c..

<sup>28</sup>Sul punto si veda Cass., Sez. Un. Pen., sent. n. 18288 del 2010, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

Mette conto osservare che il *prospective overruling* processuale interno così delineato, a differenza che nei sistemi di *common law*, vuole incidere principalmente sull'affidamento delle parti in ordine alla certezza delle regole processuali. In altre parole quello che l'istituto *de quo* vuole evitare è un'applicazione retroattiva dell'interpretazione sopravvenuta di una norma processuale, sia in *bonam* che in *malam partem*, con effetti dirompenti sull'affidamento delle parti e quindi sulla buona fede delle stesse.

Una diversa interpretazione si scontrerebbe con la *ratio* di quelle decisioni della Corte Costituzionale che limitano il potere del legislatore ad emanare leggi di interpretazione autentica mascherate, al fine di ottenere la retroattività di norme sopravvenute rispetto ad altre preesistenti in realtà scritte con significato chiaramente diverso rispetto a quanto proposto come interpretazione autentica.

Infine è necessario chiarire che nulla impedisce alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite di andare in contrario avviso ad un diritto vivente nel caso concreto motivando non attraverso un *revirement* generale, bensì in ragione delle peculiarità del caso ad oggetto mantenendo l'avviso sedimentato nel tempo in ordine alle altre ipotesi.